



# Het Nederlandsche burgerlijk procesrecht

<https://hdl.handle.net/1874/235144>

1 6 T

NEDERLANDSCH BURGERLIJKE

**PROCESRECHT**

DOOR

Mr. R. VAN BONEVAL FAURL,  
HOOGLEERAAR TE LEIDEN.

5<sup>e</sup> Deel.

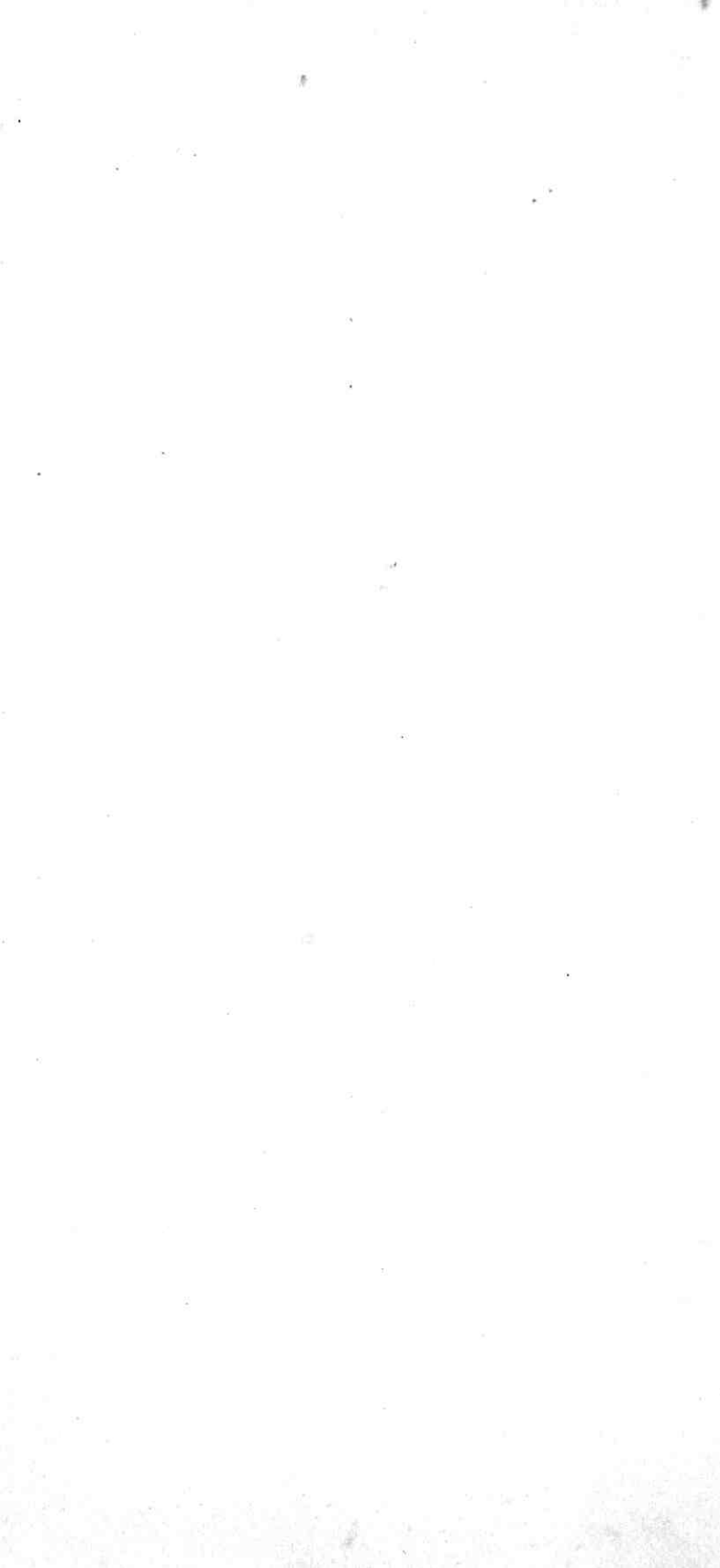
---

LEIDEN. - E. J. BRILL.  
1887.



mm 11960

**L. oct.**  
**1712**





H E T  
NEDERLANDSCHE BURGERLIJKE  
P R O C E S R E C H T

D O O R

Mr. R. VAN BONEVAL FAURE,  
HOOGLEERAAR TE LEIDEN

3<sup>e</sup> Deel.



---

LEIDEN,  
E. J. BRILL.

—  
1887.

RIJKSUNIVERSITEIT TE UTRECHT



1899 7233



Bij de verschijning van het III<sup>e</sup> deel van mijn Procesrecht gevoel ik behoefte om aan hen, die de beide eerste deelen van mijn werk met belangstelling ontvingen, mijne verontschuldiging aan te bieden dat het nu eerst, zeven jaren nadat de tweede druk van de eerste deelen verscheen, kan worden uitgegeven. Die tweede druk bewijst toch eene belangstelling, welke op zich zelve reeds tot de voortzetting van den arbeid bijzonder aanmoedigde. Men zal daarom des te meer overtuigd zijn dat er tot mijn leedwezen afdoende redenen van vertraging hebben bestaan. Want ik heb met opgewektheid den meermalen gestoorden arbeid weder opgevat en voortgezet. Niet alleen omdat ik daartoe van meer dan ééne zijde dringend werd uitgenoodigd, maar ook omdat ik steeds meer overtuigd werd dat eene behandeling van onze burgerlijke rechtsvordering in de door mij gevolgde richting mocht geacht worden geen overbodig werk te zijn.

Reeds in het Voorbericht van den eersten druk wees ik daarop, toen ik schreef: „Het doel van mijn arbeid is zeker niet de waarde der over onze burgerlijke rechtsvordering bestaande werken te verkleinen. De Heeren DE PINTO en OUDEMAN, die het hunne deden op dit gebied, zullen kunnen zien dat ik hunne werken niet onge-

bruikt heb gelaten. Zij brachten de inrichting der rechterlijke macht en de leer der actiën niet in onmiddellijk verband met de rechtspleging; in dat opzicht geef ik althans iets anders en reeds daardoor kan mijn werk naast de hunne reden van bestaan hebben. Op dat onderscheid doelt de titel. Ik stel mij voor niet uitsluitend de burgerlijke rechtsvordering, zooals die in het daartoe bestemde Wetboek geregeld is, maar het burgerlijke procesrecht, alzoo met inbegrip der beide zoeven genoemde onderwerpen, te beschrijven."

Het is vooral die behandeling van de rechtspleging in verband met het materiële recht welke mij voorkomt voor het recht verstand der eerste van groot gewicht te zijn, terwijl ook het materiële recht nog wel door het met de regelen van rechtspleging in verband te brengen licht ontvangen kan.

Hoe groot de verdiensten van de bij ons over de rechtsvordering geschreven werken en verhandelingen zijn, zij dragen toch, naar 't mij voorkomt, evenals de jurisprudentie, de sporen dat over het algemeen de bepalingen der rechtspleging meer accidenteel, naar mate zich daarover rechtsvragen voordeden, onderzocht en behandeld zijn geworden. Daardoor kwam de grondige, systematische, wat men in één woord de wetenschappelijke bewerking pleegt te noemen, niet tot haar recht.

De onderscheiding tusschen formeel en materiël recht, die eene afscheiding van beide in afzonderlijke wetboeken volkomen rechtvaardigt, heeft, ik spreek in het algemeen, tot eene min gelukkige afscheiding in de wetenschappelijke beoefening geleid. De oorzaken daarvan zijn niet ver te zoeken. Zij liggen te zeer voor de hand dan dat ik daarover behoef uit te weiden.

Ik geloof dat ook voor eene grondige hervorming onzer rechtspleging hare beoefening in de door mij aangegeven richting goede vruchten kan opleveren.

Ik beweer natuurlijk niet, waar ik in die richting werkende tot uitkomsten kwam welke eene afwijking van de meest algemeen aangenomen meeningen medebrengen of ook waar zij tot bevestiging daarvan strekken, het rechte te hebben gevonden. Ook aan de volledigheid van mijn onderzoek en aan de waardeering van de gegevens die ik te beoordeelen had kan veel ontbreken — anderen

kunnen dat aanvullen of verbeteren — maar de richting zelve acht ik boven de tot dusver gevolgde aanbevelenswaardig.

Grootere voldoening dan mijne meeningen aangenomen te zien zou ik hebben, als ik door mijne bewerking van het Nederlandsche burgerlijke Procesrecht tot meer algemeene en van grootere belangstelling getuigende studie van dit deel van ons recht mocht hebben opgewekt en als mocht blijken, dat wij in de aangegeven richting tot beter verstand ook van de wetgeving op dit gebied zullen komen. Want er kan zeker meer en beter in die richting gegeven worden. Zoude ik daarom wachten totdat ik zelf tot het geven van dat meerdere en betere in staat ware? Wordt niet het gebouw eerder tot zijne voltooiing gebracht als ieder maar vast geeft wat hij heeft? *Non omnia possumus omnes!*

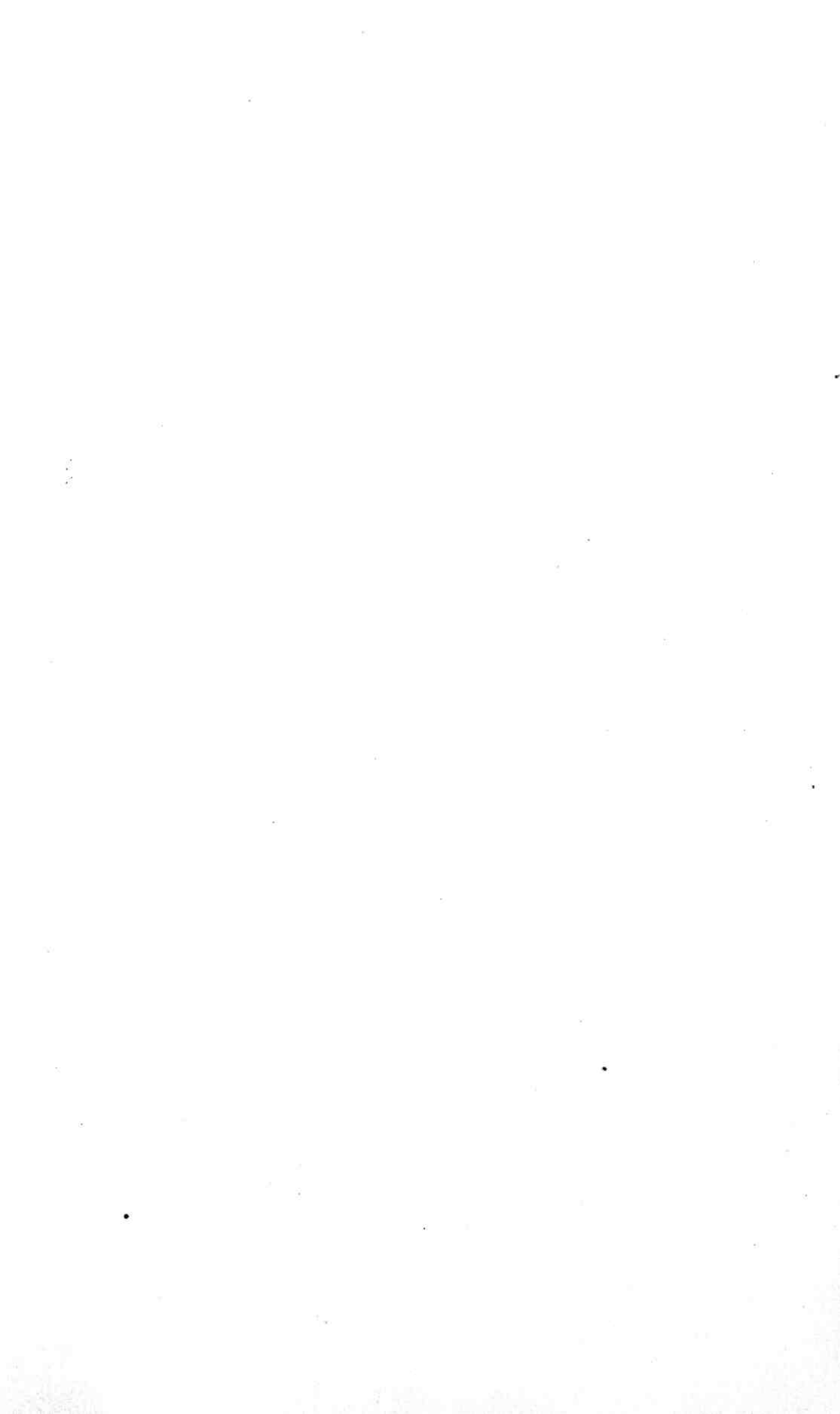
En wat mijne meeningen omtrent bijzondere punten betreft, ook daaraan zullen anderen wel te verbeteren of aan te vullen hebben. Aan onjuiste redeneeringen of misvattingen, uit vooringenomenheid of vooroordeel of uit gebrek aan voldoende onderzoek gesproken, ontsnapt niemand.

Alleen hij die zich voorstelt een *opus absolutum* te kunnen of te moeten geven zal zich door deze overwegingen laten ontmoedigen. Doch wie zich niettemin opgewekt blijft gevoelen om het goede niet voor het onbereikbaar betere prijs te geven, zal, dunkt mij, meer bijdragen tot ontwikkeling en vooruitgang van de wetenschap.

*Leiden*, 30 Juni 1887.

R. VAN BONEVAL FAURE.





# INHOUD VAN HET DERDE DEEL.

## HOOFDSTUK VII.

### INCIDENTEN.

#### AFDEELING I.

##### *Incidenten in het algemeen.*

§ 77. Incidenten in het algemeen . . . . .	Bladz. 1
--	----------

#### AFDEELING II.

##### *Incidenteele vorderingen.*

§ 78. Provisioneele vorderingen . . . . .	6
§ 79. Reconventie. . . . .	14
§ 80. Deelneming in of aan een tusschen anderen hangend geding. I in het algemeen . . . . .	33
§ 81. Vervolg II. Tusschenkomst . . . . .	37
§ 82. Vervolg III. Voeging . . . . .	55
§ 83. Vervolg IV. Vrijwaring . . . . .	69
§ 84. Zekerheidstelling . . . . .	99

#### AFDEELING III.

##### *Incidenten door het voorstellen van exceptiën.*

§ 85. Exceptiën . . . . .	115
---------------------------	-----

#### AFDEELING IV.

##### *Incidenten die de beslissing uitsluiten.*

§ 86. Afstand van de instantie . . . . .	128
--	-----

	Bladz.
§ 87. Verval van de instantie . . . . .	144
§ 88. I. Minnelijke schikking . . . . .	158
II. Verschijning van partijen. . . . .	167

## A F D E E L I N G V.

*Incidenten in verband staande met den staat der partijen en de procureurs.*

§ 89. Schorsing en hervatting van het rechtsgeding . . . . .	173
§ 90. Zg. ontkenenis van gerechtelijke verrichtingen . . . . .	199

## A F D E E L I N G VI.

*Incidenten betrekking hebbende op de rechters of het gerecht.*

§ 91. Wraking van rechters . . . . .	223
§ 92. Rechtsweigering . . . . .	250
§ 93. Jurisdictie geschillen. . . . .	256

---

Aanvulling en verbetering van den tweeden druk der beide eerste deelen . . . . .	259
--	-----

---

# AANWIJZING

DER BLADZIJDEN WAAROP DE ARTIKELEN DER VERSCHILLENDE WETTEN EN WETBOEKEN  
IN HET DERDE DEEL AANGEHAALD WORDEN.

<b>GRONDWET (1815.)</b>		<b>BURGERLIJK WETBOEK.</b>	
Art. 4	bl. 102.	Art. 5	bl. 111.
" 180	" 239.	" 7	" 111.
<b>GRONDWET (1848.)</b>		" 8	" 112.
Art. 156	bl. 170.	" 189	" 126.
" 161	" 81.	" 193	" 126.
" 162	" 239.	" 243	" 60.
<b>WET OP DE RECHTERLIJKE ORGANISATIE.</b>		" 244, § 2.	" 81.
Art. 10	bl. 234.	" 247	" 60.
" 11	" 255.	" 257	" 161.
" 20	" 170, 255.	" 268	" 114.
" 24	" 161, 164.	" 275	" 181.
" 54 n <sup>o</sup> . 1.	" 256.	" 301	" 181.
" 65 n <sup>o</sup> . 1.	" 18, 256.	" 325	" 157.
" 87	" 18, 81.	" 326	" 156, v.
" 88	" 256.	" 352	" 227.
<b>REGLEMENTEN TER VOLDOENING AAN</b>		" 364	" 166.
<b>ART. 19. R. O.</b>		" 391	" 113.
<b>REGLEMENT N<sup>o</sup>. 1.</b>		" 465	" 166.
Art. 45	bl. 182.	" 506	" 113, 166.
" 78 n <sup>o</sup> . 1c.	" 243.	" 607	" 20.
<b>REGLEMENT N<sup>o</sup>. 3.</b>		" 617	" 6.
Art. 28	bl. 221.	" 630	" 89.
" 30	" 221.	" 863	" 61.
<b>KON BESL. 1 JUNI 1879 N<sup>o</sup>. 107.</b>		" 1052	" 57.
Art. 14	bl. 221.	" 1058	" 57.
<b>WET HOUDENDE ALGEMEENE BEPALINGEN</b>		" 1071	" 126, v.
<b>VAN WETGEVING.</b>		" 1072	" 126, v.
Art. 9	bl. 101, 107.	" 1073	" 180.
" 13	" 254.	" 1074	" 126, 180.
		" 1095	" 180.
		" 1130	" 72, 79.
		" 1252	" 87.
		" 1309	" 112.
		" 1329	" 58, 74.
		" 1367	" 60.
		" 1388	" 106.
		" 1401	" 67, 205, 232, 252.
		" 1491	" 118.

## BURGERLIJK WETBOEK.

Art.	1528	bl.	58, 71.
"	1532	"	71.
"	1538	"	71.
"	1539	"	80.
"	1540	"	72, 79.
"	1570	"	72.
"	1571	"	72.
"	1572	"	72.
"	1573	"	72.
"	1581	"	72.
"	1593	"	58.
"	1594	"	58, 68, 71, 79, 91.
"	1702	"	191, 192.
"	1833	"	201.
"	1834	"	200.
"	1838	"	220.
"	1843	"	73, 200.
"	1844	"	200, 205, 209.
"	1850	"	178, 184.
"	1852	"	178.
"	1855	"	178.
"	1867	"	108.
"	1876	"	58.
"	1880 n <sup>o</sup> . 1	"	75.
"	1888	"	165.
"	1902	"	111.
"	1954	"	122.
"	1962	"	170.
"	1971	"	67, 204.
"	1977	"	168.
"	1987	"	146.
"	1988	"	137.
"	1989	"	60.
"	1991	"	150.
"	2018	"	127, 155.
"	2028	"	127.

## WETBOEK VAN KOOPHANDEL.

Art.	12	bl.	168.
"	70	"	73.
"	108	"	75.
"	146	"	74.
"	163	"	73.
"	186	"	74.
"	813	"	185.
"	825	"	160, 252.
"	844	"	252.
"	846	"	61.
"	864	"	62.
Art.	868	"	252.
"	884	"	166.

## WETBOEK VAN BURGERLIJKE

## RECHTSVORDERING.

Art.	4 n <sup>o</sup> . 6	bl.	180.
"	5	"	85.
"	7	"	251.
"	16	"	234.
"	19	"	158, 162, 164, 166, 172.
"	30 (n <sup>o</sup> . 3 1884 n <sup>o</sup> . 94)	"	226, v.
"	31	"	241, 243, 246.
"	32	"	232, 234, v.
"	33	"	235, v.v.
"	34	"	238, 241.
"	35	"	241, 244.
"	36	"	238, v. 243, 244.
"	37	"	118, 238, 241.
"	38	"	235, 243.
"	39	"	243.
"	40	"	245.
"	41	"	249, v.
"	42	"	238, v.
"	43	"	232, 240.
"	45	"	137.
"	46	"	47.
"	49	"	167, 169, 245.
"	51	"	9, 11, 13.
"	53 n <sup>o</sup> . 8.	"	8, 13, v.
"	56	"	13, 115, 244.
"	68	"	73, 77, 79, 82, 96.
"	70	"	68, 71, 73, 87, 88, 89, 93.
"	71	"	87, 91, 93.
"	72	"	36, 73, 90, v.v.
"	73	"	95, 97.
"	74	"	80, 81, 95.
"	75	"	114, 198.
"	76	"	46, 86, 197.
"	79	"	46.
"	93	"	115, 119, 124, v. 128, v.v.
"	103	"	168.
"	110	"	155.
"	125	"	32, 50, 106, 107, 109, 122, 144, 158, 190, 198.
"	126 § 1.	"	80.
"	126 § 7.	"	122.
"	126 § 10.	"	122.
"	126 § 14.	"	80, 81.
"	130	"	20.
"	132	"	20, 22.
"	133	"	46, 50, 86.

## WETBOEK VAN BURGERLIJKE

## RECHTSVORDERING.

Art. 135	bl. 46, 194.	Art. 257	bl. 180, 194.
" 136	" 178, 193, 215.	" 258	" 180.
" 138	" 51.	" 259	" 194, v. 199.
" 139	" 51, 53, 137.	" 260	" 194, v.
" 140 n <sup>o</sup> . 2.	" 6, 10, 12.	" 261	" 197, v.
" 141	" 11, 41, 49, 50, 53, 84, 110, 137, 153, 215.	" 262	" 197.
" 143	" 27, 45.	" 263	" 199, 206, v.v.
" 147	" 51, 182.	" 264	" 215, 216, v.v. 223.
" 151	" 127.	" 265	" 28, 210, 218.
" 152	" 99, 103, 106, 119, 124.	" 266	" 210, 212, 214.
" 153	" 110, 112, v.	" 267	" 213.
" 154	" 119, v.v.	" 268	" 213.
" 155	" 82, 96, 115, 119, v.v.	" 269	" 208, 213, 217.
" 156	" 96, 120.	" 270	" 210, 212, 214, v.v.
" 157	" 19, 119, v.	" 271	" 208, v.v., 213, 215, 218.
" 158	" 115, 119, 121, 123, 130, v.	" 272	" 219, v.v.
" 159	" 115, 118, 123, 126, v.v.	" 273	" 215, v.
" 160	" 116, 119, 128, v.v. 134, 136.	" 274	" 249, v.
" 161	" 116, 129, v. 135, 137.	" 275	" 248, v.v. 256.
" 165	" 32.	" 276	" 248, v. 256.
" 170	" 237, 252, 255.	" 277	" 250, 256.
" 174	" 182, 184.	" 278	" 139.
" 199	" 168.	" 279	" 139, v.v. 157.
" 200	" 155.	" 280	" 145, 149, v. 157.
" 205	" 155.	" 281	" 150.
" 206	" 155.	" 282	" 145, 147, 149, 156, 157.
" 215	" 155.	" 283	" 151, 153.
" 219	" 168.	" 284	" 153, 157.
" 222	" 168.	" 285	" 156.
" 247	" 12, 84, 110, 137, 215.	" 286	" 35, v.v. 41, 49, 66.
" 248	" 4, 118.	" 287	" 42, 49, 67.
" 250	" 17, 18, 20, 21, 31.	" 288	" 42, 44, 47, v.v.
" 251	" 23.	" 289	" 68.
" 252	" 25, 28, 30, 31.	" 290	" 51, 53.
" 253	" 30, v.v.	" 291	" 9.
" 254	" 170, 174, 184, 185, 188.	" 314	" 122.
" 255	" 97, 174, 181, 184.	" 324 3 <sup>o</sup> .	" 138.
" 256	" 174, 179, 181, 193, v.	" 324 4 <sup>o</sup> .	" 242, 249, 255.
		" 324 7 <sup>o</sup> .	" 13.
		" 324 12 <sup>o</sup> .	" 215, 238
		" 328	" 182, 184.
		" 348	" 21.
		" 366	" 252.
		" 367	" 252.
		" 376	" 38, 51.
		" 379	" 51.
		" 436	" 21.
		" 456	" 54, v.
		" 538—43	" 54, v.
		" 540	" 55,

WETBOEK VAN BURGERLIJKE  
RECHTSVORDERING.

Art. 576	bl. 55.
" 577	" 55.
" 587 n°. 10.	" 102.
" 616—19	" 112.
" 710 n°. 1.	" 102.
" 754	" 55.
" 755	" 55.
" 768	" 102.
" 778	" 160.
" 792	" 8.
" 810	" 60.
" 820	" 9.
" 824	" 2, 11, 12, 13.
" 844—853	" 250, 252, v.
" 845	" 251, 254, v.
" 846	" 243, 251, v.
" 847	" 251, 254, v.
" 848	" 254.
" 850	" 231, 252, 255.
" 851	" 255
" 852	" 252, 256.
" 853	" 254, 256.
" 880	" 155.
" 881	" 155.
" 897	" 166.

WETBOEK VAN STRAFVORDERING.

Art. 351 (thans 321).	bl. 235.
" 354 (thans 324).	" 241.
" 355 (thans 325).	" 243.
" 356 (thans 326).	" 243.

WETBOEK VAN STRAFRECHT.

Art. 138	bl. 231.
" 284	" 231.
" 285	" 231.
" 317	" 231.
" 318	" 231.
" 364	" 228.

TARIEF VAN JUSTITIEKOSTEN IN  
BURGERLIJKE ZAKEN.

Art. 23 k.	bl. 113.
------------	----------

WET VAN 23 APRIL 1879 N°. 75 TOT  
WIJZIGING DER REGELING VAN DE KOSTEN IN  
BURGERLIJKE ZAKEN EN VAN DE BEVOEGDHEID  
DER PROCUREURS TOT HET BEPLEITEN DIER  
ZAKEN.

Art.	bl. 143.
------	----------

WET VAN 14 JANUARI 1815 N°. 4 HOU-  
DENDE BEPALINGEN OP DE INSCHRIJVING VAN  
KAPITALEN IN HET NIEUWE GROOTBOEK DER  
NAT. SCHULD.

Art. 2	bl. 112.
--------	----------

WET VAN 26 MEI 1841 N°. 14 HOUDENDE  
NADERE BEPALINGEN NOPENS DE CONSIGNATIE  
VAN EFFECTEN AAN TOONDER ENZ.

Art.	bl. 113.
------	----------

WET VAN 22 APRIL 1885 N°. 32 TOT  
REGELING EN BEPERKING DER UITOEFENING  
VAN HET REGT VAN VEREENIGING EN VERGA-  
DERING.

Art. 11	bl. 192.
---------	----------

# HOOFDSTUK VII.

## INCIDENTEN.

### AFDEELING I.

#### § 77. INCIDENTEN IN HET ALGEMEEN.

Niet altijd loopt het geding zóó eenvoudig af, als zijn loop in het vorige hoofdstuk werd beschreven. Incidenten; waarin zij bestaan.

Voorvallen van allerlei aard kunnen het geding verwickelen, zijn omvang uitbreiden, zijn loop vertragen. Want zij kunnen eene afzonderlijke behandeling van bijzondere punten noodzakelijk maken, tot welker beëindiging eene bijzondere, meestal afzonderlijke, beslissing of althans eene uitspraak des rechters noodig is en dit dikwijls vóór dat met de behandeling van het geding zelf kan worden voortgegaan. Uitbreiding kan het geding vooral erlangen wanneer de behandeling van andere tusschen partijen of ook tusschen beide of een hunner en derden bestaande geschillen aan een aanhangig geding wordt vastgeknoopt.

Al zoodanige voorvallen als hier bedoeld worden met de algemeene benaming van incidenten aangeduid.



Soorten. Zij kunnen tot twee hoofdgroepen worden teruggebracht.

Overzicht en groepeeriing. In de eerste plaats behooren er toe die vorderingen welke in den loop van een reeds over eene andere vordering aanhangig geding worden ingesteld, hetzij alleen een aanhangig geding tot hare instelling aanleiding kan geven, hetzij zij ook het voorwerp eener zelfstandige behandeling kunnen zijn; m. a. w. hetzij het aanhangig geding de oorzaak of de aanleiding van de incidenteel ingestelde vordering is. Zij maken als incidenteele VORDERINGEN eene bijzondere groep der incidenten uit.

Tot deze incidenteele vorderingen behooren: de provisioneele vorderingen, welke om hare strekking van zelf incidenteel worden ingesteld (Cf. art. 824). Voorts behooren daartoe vorderingen, welke naar aanleiding of in verband met eene reeds aanhangig gemaakte worden ingesteld, met name reconventioneele vorderingen en vorderingen tot vrijwaring.

Gelijk de laatstgenoemde een geding tegen een derde buiten de oorspronkelijke partijen doen ontstaan, kan ook een derde incidenteel zijne rechten doen gelden door tusschenkomst of voeging.

Eindelijk kan nog in 't bijzonder daartoe gebracht worden de vordering tot zekerheidstelling voor de kosten van het geding.

Aan deze incidenten, die meer bepaaldelijk den naam van incidenteele vorderingen verdienen (verg. de begripsbepaling van rechtsvordering in Dl. I. § 29) zijn nauw verwant die waartoe de verdediging aanleiding kan geven door de afzonderlijke voordracht van exceptiën.

De tweede hoofdgroep der incidenten bestaat uit maatregelen van procedure, welke door den rechter bevolen, in den regel door partijen gevraagd worden. Daarbij is echter geen sprake van vorderingen, die erkenning van recht of veroordeeling beoogen en onmiddellijk tegen de tegenpartij zijn gericht, maar van verzoeken aan den rechter die, al is het op 't initiatief van partijen, het proces leidt en van wien partijen alleen oneigenlijk gezegd kunnen worden iets te vorderen.

Meerdere van zoodanige incidenten kunnen ten gevolge hebben, dat de beslissing des rechters wordt uitgesloten of voorkomen. De afstand en het vervallen van de instantie, de minnelijke schikking door den rechter tusschen partijen tot stand gebracht behooren

daartoe, terwijl met dezelaatste de verschijning van partijen voor den rechter in nauw verband staat.

Deze incidenten kunnen ook het gevolg zijn van verandering in den staat der partijen of van hare procureurs (schorsing en hervatting van het geding) of van handelingen der procureurs waar hunne gerechtelijke verrichtingen eene ontkenenis van de partijen uitlokken.

Wanneer voorts partijen bezwaar hebben tegen de rechters zoodat zij deze wraken of wanneer het gerecht, tot rechtspraak geroepen, daartoe niet in staat is en alzoo eene verwijzing naar een ander gerecht moet plaats hebben, zullen zich ook incidenten voordoen, terwijl de rechter in 't bijzonder daartoe aanleiding kan geven door zich aan rechtsweigering schuldig te maken.

Eindelijk levert niet het minst het door partijen te leveren bewijs, de bewijsvoering, de stof van incidenten, welke den loop van het geding noodzakelijk vertragen omdat de rechter veeltijds alleen langs dezen weg in staat zal zijn over het aan zijn oordeel onderworpen geding met kennis van zaken uitspraak te doen.

Dit algemeen overzicht der te behandelen incidenten moge al dadelijk eenig inzicht geven in de verwickeling waaraan een geding kan blootstaan; de groepeerings, die soortgelijke bij elkander brengt, kan het overzicht gemakkelijk maken en eene zekere orde voor de behandeling aangeven.

De gemeenschappelijke benaming van incidenten aan deze in inhoud en strekking zoo verschillende en uit zoo verschillende voorvallen ontstane procedures gegeven is aan hun formeelrechtelijk karakter, dat zij zich nl. in aanhangige gedingen voordoen, ontleend. Gemeenschappelijke voor allen als zoodanig geldende regelen van materieel recht zijn er niet en zoo zal iedere groep of ieder incident in 't bijzonder, voor zooveel nodig, uit het materieelrechtelijk oogpunt worden besproken. Doch de incidenten zijn ook niet aan zoodanige algemeene voorhen gemeenschappelijke regelen van procedure onderworpen, die tot eene opzettelijke en afzonderlijke behandeling aanleiding geven. De wet brengt dit althans niet mede. Al wordt in eene der afdeelingen van den IIIen titel van het eerste Boek van incidenteele vorderingen gehandeld (afd. 10), en al geeft de toelichting daarvan indertijd gegeven aanleiding tot de onderstelling, dat de wetgever hier algemeene regels

dacht te stellen voor alle incidenten, in zooverre hij ze niet aan bijzondere bepalingen onderwierp, — uit inhoud en strekking der artikelen in afd. 10 voorkomende en hunne overeenstemming met die van den franschen Code betreffende de DEMANDES incidentes (P. I. L. II. tit. 16. § 1.) blijkt, dat deze bepalingen voor een zeer bijzondere soort van incidenten geschreven werden. Men had daarbij nl. vooreerst alleen incidenteele vorderingen op het oog en van deze meer bepaaldelijk de zoodanige, welke als nieuwe vorderingen in het reeds aanhangig geding werden gebracht en die, wanneer zij niet als de reconventioneele van den verweerder uitgingen (waarover onze wetgever in 't bijzonder handelt: afd. 11) vooral bestonden in vermeerdering van den oorspronkelijken eisch met daarmede in verband staande vorderingen. Het instellen van deze laatste wordt echter bij ons door art. 134 uitgesloten. Verg. de Memorie van toelichting op B. II. tit. II. van het ontwerp W. v. B. R. (uitg. Belinfante) I. bl. 137 en hierboven Dl. II. bl. 49. Terwijl nu daaruit eene bepaling als van art. 248 zich wel laat verklaren, maar hare algemeene toepassing door haren inhoud zelven wordt uitgesloten, blijft er van de 10<sup>e</sup> afdeeling slechts eene enkele bepaling van procedure over, die bij ontbreken van een bijzonder voorschrift op de incidenten kan worden toegepast bijv. bij de provisioneele vorderingen, maar dan ook beter, bij de behandeling der incidenten in 't bijzonder, kan worden herinnerd. Men kan alzoo eigenlijk niet zeggen dat in het wetboek de incidenten in het algemeen behandeld worden, maar wel dat men daarin onder verschillende benamingen, incidenteele procedures geregeld vindt.

Orde van be- Naar aanleiding van deze groepeerings zullen de incidenten het onder-  
handeling. werp van de volgende afdeelingen van dit Hoofdstuk uitmaken :

Afdeeling II. Incidenteele vorderingen.

„ III. Exceptiën.

„ IV. Incidenten die de beslissing uitsluiten of voorkomen.

„ V. Incidenten betrekking hebbende tot den staat der partijen of tot de procureurs.

„ VI. Incidenten betrekking hebbende op de rechters of het gerecht.

De incidenten betrekking hebbende tot de bewijsvoering, welke in deze volgorde in de derde plaats hadden kunnen worden opgenomen, zullen

met de leer van het bewijs zelve het onderwerp van het VIII<sup>e</sup> hoofdstuk uitmaken.

In den Code de procedure waarvan het eerste en tweede boek aan de rechtspleging in eersten aanleg is gewijd (Livres I de la justice de paix; Livre II des tribunaux inférieurs) wordt van sommige incidenten in beide boeken gehandeld. In B. I tit. 6 over vrijwaring; tit. 7: getuigenverhoor; tit. 8: gerechtelijke plaatsopneming; tit. 9: wraking van rechters. De onderwerpen van tit. 6 en 9 behooren alzoo tot wat ik tot den inhoud van dit VII<sup>e</sup> hoofdstuk heb gebracht. In B. II komen de exceptiën voor in tit. 9, waaronder de zekerheidstelling en de vrijwaring. De incidenten betreffende de bewijsvoering maken het onderwerp van tit. 10—15 uit; terwijl de 16<sup>e</sup> titel onder het opschrift des incidents in § 1 enkele bepalingen bevat des demandes incidentes en in § 2 de l'intervention. Tit. 17 en 18 hebben betrekking op incidenten betrekkelijk tot de partijen en de procureurs; tit. 19, 20 en 21 op incidenten met den rechter of het gerecht in verband staande. Tit. 22 en 23 behandelen het vervallen en den afstand van de instantie (Verg. de hierboven aangewezen IV<sup>e</sup> afd.).

Terwijl bepalingen over sommige incidenteele vorderingen in ons Wetboek evenals in het fransche in verband met andere onderwerpen voorkomen, vinden we bij ons in tit. I van B. I, in afd. 3, over de wraking der rechters en in afd. 5 over de vrijwaring gehandeld. In tit. II komen enkele bepalingen over sommige incidenten betreffende de bewijsvoering voor, terwijl ten aanzien van de andere in art. 125 naar tit. III wordt verwezen. Van dezen laatsten titel behoort afd. 3 (van voorloopige verzoeken en exceptiën) gedeeltelijk tot het onderwerp van de II<sup>e</sup> afd. van dit hoofdstuk, met name de vordering tot zekerheidstelling en overigens tot het onderwerp van de III<sup>e</sup> afdeeling; afd. 5 tot en met 9 betreffen de bewijsvoering. Afd. 10 schijnt, onder 't opschrift van incidenteele vorderingen, algemeene bepalingen daarover te bevatten, afd. 11 behandelt de reconventie, afd. 12 en 13 slaan op de incidenten met den staat van partijen en de procureurs in verband staande, afd. 14 op de incidenten betreffende de gerechten, afd. 15 en 16 behandelen den afstand en het vervallen van de instantie, terwijl eindelijk afd. 17 voeging en tusschenkomst regelt, waarover in onze eerste afdeeling zal gehandeld worden.

In een duidelijker systematisch verband en eene logische volgorde worden de incidenten behandeld in het Ontwerp W. v. B. R. II B. tit. 2.

Doch het opschrift: van incidenteele VORDERINGEN, schijnt mij te beperkt. Beter zou 't mij voorkomen de in dien 2den titel behandelde onderwerpen onder de meer algemeene benaming van incidenten saam te vatten. Zie de beweegredenen daarvan in de Toelichting Dl. I bl. 137. Al kunnen er goede redenen worden aangevoerd, waarom de ontwerper enkele der door mij in dit Hoofdstuk tot de incidenten gebrachte onderwerpen daarvan heeft uitgesloten en in een ander verband behandeld, geloof ik toch dat de aanleg van dit werk, den omvang aan het onderwerp der incidenten gegeven, rechtvaardigt.

## AFDEELING II.

### INCIDENTEELE VORDERINGEN.

#### § 78. PROVISIONEELE VORDERINGEN.

Wat het zijn. Onder provisioneele vorderingen zijn die vorderingen te verstaan, welke strekken om iets te geven, te doen of niet te doen voor den duur van het geding of gedurende den loop daarvan.

Ik gaf deze bepaling van de provisioneele vordering in § 30, bij gelegenheid dat ik, bij de behandeling van de onderscheidingen der actiën, wees op die welke, in verband met het voorwerp van den eisch, de provisioneele vorderingen stelt tegenover de principale. Ofschoon de wetgever deze vorderingen in art. 140 n<sup>o</sup>. 2 voorloopige vorderingen noemt, komt het mij voor dat, èn omdat het nederduitsche woord het begrip niet duidelijk teruggeeft èn omdat de praktijk voortdurend van provisiën spreekt, de benaming van provisioneele vorderingen de voorkeur verdient. Als nederduitsche uitdrukking ware vordering bij voorraad te gebruiken en daartoe kon art. 617 B. W. aanleiding geven. Voorzienen en beslissingen bij voorraad zijn echter meer bepaaldelijk die, welke de president geeft vooral in kort geding.

Met opzicht tot het bijzonder karakter dezer vorderingen verwijs ik naar de aangehaalde § 30 (I bl. 225 en 226). Ofschoon ik daar met instemming aanhaalde de opmerking van den heer KAPPELNE, waaruit volgt dat de bevoegdheid tot het instellen eener provisioneele

vordering niet beperkt is tot de gevallen in de wet vermeld, omdat de wetgever het onderwerp niet opzettelijk regelt en derhalve de onderscheiden gevallen niet bij zulk eene gelegenheid opnoemt, maar daarvan gewaagt bij de behandeling van gevallen die tot het instellen van eene provisioneele vordering meer bepaaldelijk aanleiding geven, zoo blijf ik toch ook van meening dat, buiten de in de wet aangewezen gevallen, provisioneele vorderingen alleen kunnen te pas komen, wanneer zij de strekking hebben om het een of ander toegewezen te zien voor den loop van het geding, wat bij alle in de wet behandelde gevallen voorkomt. Het komt mij voor, dat het karakter van spoedeischend, dat sommigen hier ten onrechte vorderen, alleen daaruit voortvloeit dat men iets voor den duur van het geding wil toegewezen hebben. De op de provisioneele toewijzingen toepasselijk verklaarde voorloopige tenuitvoerlegging staat ook niet daarmede in verband dat de beslissing op zich zelve spoed eischt, maar dat zij gedurende den loop van het geding haar beslag moet krijgen. Van eene voorloopige uitkeering van datgene wat gevorderd wordt of met het oog op datgene wat gevorderd wordt, zooals dat door MERLIN en andere fransche rechtsgeleerden wordt aangenomen en ook in het ontwerp van 1820 art. 3252, 3256, wordt toegestaan, mag geen sprake wezen. Wanneer iemand aanspraak maakt op eene erfenis, dan is hij niet bevoegd te vorderen dat hem bij voorraad een gedeelte van die erfenis of een bepaalde som tot onderhoud worde uitgekeerd, gelijk MERLIN meent. Evenmin gaat het aan met BONCENNE aan een behoeftige partij aanspraak op eene voorloopige uitkeering uit het voorwerp van het proces, hetzij tot onderhoud, hetzij tot voorziening in aan te wenden proceskosten toe te kennen of met RODIÈRE den rechter te vergunnen om aan den schuldeischer die niets heeft, door den gedaagde een zeker gedeelte van het gevorderde, behoudens teruggave na einduitspraak, te doen uitkeeren. Dit moge in de oude praktijk hebben gegolden en FABER (aangeh. bij MERLIN) moge geleerd hebben dat het den rechter vrijstaat „*actori consulere ne inopia et litem et vitam deserere cogatur*”, voor het eene staat de kosteloze procedure, voor het andere de bijzondere en openbare liefdadigheid open, maar de rechter heeft geen beschikking over het voorwerp van 't proces, noch over de beurs van den gedaagde. Hij is geroepen het geschil te beslissen, maar nergens is hem de bevoegdheid gegeven om ten aanzien van het onderwerp des geschils te beslissen op zoodanige wijze dat hij niet uitsprekt wat recht is, maar wat te dien aanzien zal gelden, terwijl hij naar het recht zoekt. Die macht des rechters

zou eene uitdrukkelijke bepaling vorderen; zij ligt niet opgesloten in de macht des rechters zooals die uit de bestaande wettelijke bepalingen voortvloeit. Al moge het nog zoo waarschijnlijk zijn dat de eischer gelijk zal krijgen, al is zijne vordering door een geldigen titel gestaafd, het is niet in dien zin dat het „provision est due au titre” mag worden toegepast. De eenige bepaling, welke tot eene provisioneele vordering betrekking heeft en op een geval doelt als de hier besprokene, is art. 792. Maar zelfs in dat geval, waar over een saldo van rekening getwist wordt en het zeker is dat het aanwezige saldo moet worden uitgekeerd, wordt niet eens aan den rechthebbende de bevoegdheid gegeven om althans de uitkeering van dat saldo of een gedeelte daarvan te vorderen, maar „kan de overstorting daarvan in de kas der gerechtelijke consignatiën bevolen worden.” Dus wordt de rekenplichtige voor den duur van het proces van de bewaring ontheven, maar zoolang de rechter het niet bij einduitspraak aan den rechthebbende heeft toegewezen kan deze niet op uitkeering aan hem, maar alleen op overstorting in een derde plaats, de onder het beheer van den Staat gestelde consignatiekas, aanspraak maken.

De jurisprudentie heeft bij ons tot dusver, voor zoover mij bekend, in den hier aangegeven zin uitspraak gedaan. In denzelfden zin als het op bl. 226 van Dl. I aangehaalde vonnis van Rotterdam oordeelde de rechtbank van Maastricht den 29 April 1869, W. v. h. R. no. 3171 nadat zij vroeger (31 Januari 1867 W. v. h. R. ibid.) provisioneel tot uitkeering van het erkend bedrag van eene grootere vordering had veroordeeld. Beide uitspraken worden vermeld in de Pasierisie van Mrs. van OPPEN in v<sup>o</sup>. provisioneele vordering n<sup>o</sup>. 5 en 6. In het vonnis van 1869 overwoog de Rechtbank terecht „dat eene vordering bij provisie niet ten onderwerp kan hebben de hoofdzaak, zelfs niet eenig deel daarvan, daar toch in dit laatste geval de toe- of afwijzing der vordering niet zou zijn eene provisioneele toe- of afwijzing, maar eene definitieve toe- of afwijzing van een gedeelte der hoofdvordering.” De rechtbank wederlegt daarna niet eens het hoofdargument dat zij in 1867 putte uit art. 53 n<sup>o</sup>. 8, als vloeide uit de bevoegdheid des rechters om provisioneele toewijzingen te doen de bevoegdheid voort om een gedeelte der vordering bij provisie toe te wijzen. Blijkbaar eene onhoudbare rede-  
neering.

Op welk tijdstip moet de prov. vordering ingesteld worden?

De provisioneele vordering wordt ingesteld tegelijk met of nà de principale- of hoofdvordering.

CARRÉ Procedure I Q 571, in overeenstemming met PIGEAU, leert dat de provisioneele vordering ook vóór de principale kan worden ingesteld. BOITARD leert hetzelfde (op art 134, I bl. 291.) en CHAUVEAU vereenigt zich met dit gevoelen. Zij verwijzen dan daarbij in de eerste plaats naar het kort geding. Ik acht dit gevoelen niet juist. Al wordt er, bij de regeling van het kort geding, van voorzieningen bij voorraad gesproken, en al kunnen deze te pas komen in een geval dat er een geding te wachten zij over eene zaak die met betrekking tot het onderwerp van het kort geding de hoofdzaak genoemd kan worden, ik meen dat het onderwerp van het kort geding juist bestaat in het nemen van zoodanige maatregelen die uit hun aard een provisioneel karakter hebben en daarom toch definitief kunnen worden bevolen en dat dit de betrekkelijke beteekenis van het bij voorraad hier is. Zie I bl. 350. Terwijl het nu aan den eischer vrijstaat om voor zoodanige maatregelen ook bij de rechtbank te ageeren, en de president zelf partijen naar de rechtbank verwijzen kan (art. 291), zou ik evenmin in dat geval die vordering eene provisioneele willen noemen. Mij dunkt, art. 51 onderstelt dat eene provisioneele vordering in een geding gedaan wordt; anders geen mogelijkheid om de provisie en de hoofdzaak bij één vonnis te beslissen. Wanneer de Rechtbank te Rotterdam, bij het meermalen aangehaalde vonnis zegt, dat zij tegelijk met of even voor de hoofdvordering worden ingesteld dan wijst dat even voor op de noodzakelijkheid dat er een geding over de hoofdvordering ahangig gemaakt worde, maar dan schijnt ook daaruit te volgen, dat h. i. de provisioneele vordering niet anders dan tegelijk met de hoofdvordering kan worden ingesteld. Er moet bovendien verband bestaan met eene hoofdvordering en welk ander verband kan dit zijn dan dat de provisioneele vordering iets beoogt dat gedurende den loop van 't proces moet plaats hebben? Dan komen we ook weder tot de noodzakelijkheid van het tegelijk met of na niet vóór de hoofdvordering Alleen zou men wat de president der Rechtbank krachtens art. 820 B. R. kan bevelen het onderwerp kunnen noemen van eene provisioneele rechtsvordering vóór het geding ingesteld doch dan zou 1<sup>o</sup>. de beschikking van den president kracht moeten hebben ook gedurende den loop van het geding, wat ik niet aanneem; 2<sup>o</sup>. zou die hier zg. provisioneele eisch toch niet vallen in de categorie der door ons behandelde omdat die machtiging en dat bevel buiten vorm van proces worden gevraagd en toegewezen.



Hoe in te stellen?

Wordt de provisioneele vordering tegelijk met de principale vordering ingesteld, dan wordt zij in hetzelfde exploit van dagvaarding opgenomen en kan voor haar op korten termijn worden gedagvaard.

Geschiedt dit laatste dan wordt van zelf op de provisie geprocedeerd, zooals voor zaken op korten termijn is voorgeschreven. Is op de provisie tegen denzelfden dag als op de hoofdzaak gedagvaard, dan worden ook beide op denzelfden dag ter rolle aangebracht.

Wanneer de hoofdzaak van gewone behandeling is, wordt, terwijl partijen voor de hoofdzaak naar de procesorde worden verwezen, op de provisie ten dienenden dage geconcludeerd en verder geprocedeerd als voor zaken van summieere behandeling is voorgeschreven. Is de hoofdzaak aan de summieere behandeling onderworpen, dan kan tegelijkertijd op de hoofdzaak en op de provisie conclusie van eisch worden voorgedragen; ook in de conclusie van antwoord en bij de verdere behandeling kunnen beide samengaan, doch meerendeels zal de provisie meer spoed vereischen en dientengevolge op kortere termijnen behandeld worden dan de hoofdzaak. art. 140, 2°.

CARRÉ stelt t. a. p. de zaak zóó voor alsof, wanneer de provisie tegelijk met de hoofdzaak wordt ingesteld, altijd voor de eerste op korten termijn en voor de laatste op den gewonen tijd gedagvaard wordt. Daar het van belang is op de provisie hoe eer hoe beter eene beslissing te verkrijgen, zal de dagvaarding op korten termijn gewoonlijk aanbeveling verdienen. Uit het exploit van dagvaarding, waarin ook de hoofdvordering is opgenomen, blijkt dat ook daarvoor gedagvaard is en ook die alzoo aanhangig is geworden; de rechter zal dus de betrekking welke de provisie tot de hoofdzaak heeft daaruit kunnen beoordeelen. Noodzakelijk is evenwel die korte termijn voor de provisie niet. Niets belet om ook daarvoor op den gewonen termijn te dagvaarden. Is de hoofdzaak van gewone behandeling dan wordt van zelf over de provisie spoediger geprocedeerd en hare behandeling van die der hoofdzaak afgesneden, omdat de voorloopige vorderingen in art. 140 n°. 2 voor summieere behandeling vatbaar zijn verklaard. Maar ook wanneer de hoofdzaak van summieere behandeling is, kan nog de provisie op zich zelve en daardoor spoediger behandeld worden, wanneer b.v. de eischer dadelijk conclusie van eisch op de provisie voordraagt en voor die op de hoofdzaak eenig uitstel vraagt. Doch indien de hoofdzaak ook van

eenvoudigen aard is en even spoedig behandeld kan worden, bestaat er geen bezwaar dat de behandeling van beide gezamenlijk plaats hebbe. De wetgever vooronderstelt dit zelfs in art. 51.

Wordt de provisioneele vordering ingesteld nadat de principale vordering reeds ter terechtzitting was gebracht, dan wordt, in zaken van gewone behandeling, die vordering bij eene eenvoudige akte ter rolle gebracht, de tegenpartij bij avenir opgeroepen om conclusie te hooren nemen en daarop te antwoorden, hetzij dadelijk, hetzij op eene nadere terechtzitting. arg. art. 824.

In summiere zaken wordt de provisioneele eisch op een dienenden dag bij conclusie ingesteld en beantwoord. art. 141.

Stelt de gedaagde een provisioneele eisch in dan zal hij deze zelfde wijze van procederen volgen, indien hij den eisch niet op de terechtzitting zelve, waarop de zaak aangebracht werd, instelde.

De provisioneele vorderingen zijn incidenten, omdat zij, ter gelegenheid van eene andere vordering ingesteld, een bijkomend geschilpunt aan de beslissing des rechters onderwerpen. Wordt de provisioneele vordering afzonderlijk behandeld dan komt daardoor haar incidenteel karakter duidelijker uit, maar zij beantwoordt geheel aan het karakter van een incident bij uitnemendheid, wanneer zij in een reeds aangebracht geding ingesteld wordt. Er kan dan ook geen quaestie zijn of de voorloopige vorderingen behooren tot de incidenteele. In art. 824 worden vorderingen die geheel het karakter van provisioneele hebben met de algemeene benaming van incidenteele aangeduid.

Wanneer nu incidenteele vorderingen voorkomen in zaken van summiere behandeling dan worden zij ten dienenden dage ingesteld bij gemotiveerde conclusies volgens art. 141. De eischer zal dus, als hij den provisioneele eisch niet in de dagvaarding heeft opgenomen, dien kunnen instellen op den eersten dienenden dag, om het even of hij dan zijne conclusie van eisch op de hoofdzak al af niet voordraagt. Ook op een later dienenden dag, bij gelegenheid van het nemen van conclusie van antwoord of andere verschijningen ter audientie zal hij dat kunnen doen en de gedaagde zal, wil hij zijnerzijds provisie vragen, van diezelfde gelegenheden gebruik kunnen maken.

In zaken van gewone behandeling zoude, zonder nadere bepaling, de provisioneele vordering, als incidenteele, den weg moeten volgen bij

art. 247 aangewezen en zou dan ook over dit incident eene instructie door wisseling van beteekende schrifturen moeten plaats hebben. Doch deze wijze van behandeling wordt door de bijzondere bepaling van art. 140 n°. 2 welke voorloopige vorderingen tot summiere zaken maakt, uitgesloten. De vraag is nu maar, hoe komt de voorloopige vordering, na het aanbrengen der hoofdzaak ingesteld wordende, op de terechtzitting? Maakt eis cher of gedaagde van den eersten dag, waarop zij na dagvaarding ter rolle verschijnen, gebruik om de provisioneele vordering in te stellen, dan staat niets aan het nemen van eene conclusie op die terechtzitting in den weg en daarmee is dan van zelf de summiere behandeling van het incident geopend. Maar als die terechtzitting voorbij is gegaan, dan behoeft natuurlijk niet te worden gewacht totdat de schriftelijke instructie van de hoofdzaak zal zijn afgelopen of de daarvoor gestelde termijnen verstreken zijn. Toch zullen eerst dan partijen op het door een hunner uitgebracht avenir ter terechtzitting verschijnen. De weg, die in zoodanig geval voor het instellen der provisioneele vordering gevolgd moet worden, kan uit art. 824 worden afgeleid. „De incidenteele vorderingen” heet het daar, „gedaan naar aanleiding van artikel 268 en 269 van het burgerlijk Wetboek, zullen bij eene eenvoudige akte ter rolle worden gebracht en summier beslist.” Zij worden alzoo vervat in eene gemotiveerde conclusie, deze wordt bij akte van procureur tot procureur aan de tegenpartij beteekend en deze tevens opgeroepen om ter terechtzitting te verschijnen ten einde die conclusie te hooren nemen en daarop te antwoorden. Op deze wijze alleen wordt het mogelijk de bij art. 140 n°. 2 voorgeschreven summiere behandeling op de in eene zaak van gewone behandeling (gelijk de echtscheiding) opkomende provisioneele vorderingen toe te passen. De wetgever moet zich echter bepaaldelijk hierbij hebben voorgesteld dat de provisioneele vordering eerst wordt ingesteld, nadat reeds de terechtzitting waarop de hoofdzaak aangebracht werd, heeft plaats gehad. Dat deed hem de vorderingen ook waarschijnlijk hier incidenteele vorderingen noemen. De Code sprak in art. 878 van „demandes en provision” en zeide daarvan „seront portées a l’audience” zonder daarbij van de wijze waarop te gewagen. Daar evenwel in zaken van gewone behandeling, naar ons wetboek in afwijking van den Code, eene verschijning van partijen op de bij dagvaarding aangewezen terechtzitting plaats heeft, staat niets aan het nemen eener conclusie op die terechtzitting in den weg. De strekking van art. 824 is toch geen andere dan om in eene zaak van gewone behandeling, de summiere behandeling van een incident mogelijk te

maken en daaraan voldoet ook de onmiddellijk ter audientie genomen conclusie. Dat art. 824 ook bij het instellen van andere provisioneele vorderingen kan worden toegepast is nauwelijks twijfelachtig.

Nadat het geding over de provisie door het nemen van wederzijdsche conclusiën in staat van wijzen is gebracht, worden pleidooien daarover gehouden en wordt het Openbaar Ministerie gehoord indien dit op de hoofdzaak moet gehoord worden.

Verdere  
instructie.

Mocht de hoofdzaak tegelijk met de provisie in staat van wijzen gebracht zijn, dan kan de rechter op beide bij een en hetzelfde vonnis uitspraak doen. Art. 51.

Het op de provisie gewezen vonnis kan voorloopig uitvoerbaar worden verklaard met of zonder borgtocht. Art. 53. 8°.

De uitspraak over kosten kan worden voorbehouden tot het vonnis op de hoofdzaak. a. 56 § 2.

Het hooren van het Openbaar Ministerie op de provisioneele vorderingen vloeit dunkt mij daaruit voort, dat, ofschoon de provisioneele vordering een ander voorwerp heeft dan de hoofdzaak, zij toch tot het geding over de hoofzaak behoort. Wanneer art. 324 bijv. zegt dat het O. M. moet gehoord worden in de zaken welke betreffen echtscheidingen, dan zal niet kunnen ontkend worden, dat de voorloopige vordering, die in het proces tot echtscheiding door de vrouw gedaan wordt tot eene uitkeering tot onderhoud of om zich een verblijf buiten de echtelijke woning aangewezen te zien, of de vordering door een der procedeerende echtgenooten omtrent het toezicht over de kinderen hangende het geding, tot die zaken behooren.

Hierboven is reeds opgemerkt dat het geval, dat de hoofdzaak en de provisie in staat van wijzen zijn, bepaaldelijk bij zaken van summiere behandeling kan voorkomen. Dat nu in dit geval niet twee maar één vonnis wordt gewezen is eenvoudig een maatregel tot besparing van onnoodigen omslag en kosten. En wat betreft het nut dat een uitspraak over de provisie hebben kan als toch ook reeds de hoofdzaak beslist wordt, zoo heeft BOITARD I, ad art. 134, er te recht op gewezen, dat vooreerst de vraag, wie de kosten van het geding over de provisie zal dragen, moet worden uitgemaakt en daartoe een beslissing over gelijk of ongelijk op dat punt noodig is, en dat ten anderen de uitspraak op

de provisioneele vordering voorloopig uitvoerbaar kan worden verklaard (zie art. 53 n<sup>o</sup>. 8), zoodat de executie van het vonnis op dit punt onafhankelijk wordt van een ingesteld appèl verzet of cassatie van het vonnis op de hoofdzaak. Volkomen stemt CHAUVEAU daarmede in bij CARRÉ Q. 572, 2<sup>o</sup>. Opmerking verdient hierbij art. 17 van tit. XVII der ordonnantie 1667: „Si les instances sur la provision, et sur la definitive, sont en même tems en état, les juges y prononceront par un même jugement, et pourront ordonner qu' en cas d'appel leur jugement sera exécuté [quant à la partie provision; JOUSSE] par manière de provision en baillant bonne et suffisante caution lorsqu'il échet de juger par provision. Abrogeons l'usage de donner en ce cas séparément la sentence de provision et la definitive.” De Code zeide ook in art. 134: „les juges seront tenus de prononcer sur le tout par un même jugement.” Waarom bij ons weder gelegenheid gegeven tot nuttelooze kostenmakerij? Volgens VAN DEN HONERT ad § 51 schijnt deze wijziging in 1837 zonder toelichting en discussie aannemelijk gevonden te zijn.

#### § 79. RECONVENTIE. \*)

Wat reconventie is.

De eisch in reconventie of wedereisch is de zoodanige, welke de verweerder instelt tegen den eischer in het door dezen tegen hem aanhangig gemaakte geding en alzoo bij denzelfden rechter voor wien hij gedagvaard werd.

De verweerder maakt van de gelegenheid gebruik, nu hij tegenover den eischer, op wien hij ook eene vordering heeft, in het geding staat, dezen met die vordering aan te spreken. Wij hebben hier alzoo te doen met eene vordering, die in een aanhangig geding wordt ingesteld en uit dat oogpunt tot de incidenteele vorderingen behoort. Eene verwikkeling of uitbreiding erlangt het oorspronkelijk geding eerst dan, wanneer op de reconventie te gelijk met de conventie wordt voortgeprocedeerd. Ofschoon dit niet altijd gebeurt is het daarop toch toegelegd met de toelating der reconventie in het algemeen. Op den oorsprong dezer instelling wees ik I bl. 382, daarbij tevens wijzende op haren grondslag en op de gevallen, waarin de wet het instellen van een reconventioneelen eisch uitsluit. Daarbij teekende ik aan dat, naar het Rom.

\*) J. KRAMERS de eisch in reconventie. Acad. proefschrift verdedigd te Leiden. Rotterdam 1883.

recht, geen verknochttheid tusschen de vordering in conventie en die in reconventie behoeft te bestaan. Er ontstaat eene formeele verknochttheid door de vereeniging der beide vorderingen in één geding en die vereeniging van twee vorderingen stond bij de reconventie naar het R. R. op den voorgrond. Op dien grondslag (het Canon. recht sloot zich aan het R. R. aan, met uitzondering van de in Nov 96 den gedaagde opgelegde verplichting) is de leer der reconventie door de Italiaansche Juristen verder ontwikkeld. Was aanvankelijk het forum reconventionis het middel om twee vorderingen in één geding te vereenigen ter wille van den verweerder, DURANTIS maakt van het aldus erkende forum gebruik om den verweerder de gelegenheid te verschaffen den eischer voor denzelfden rechter aan te spreken en laat hem toe dit te doen ook na de litis contestatie, in den verderen loop van het geding, waartoe vooral het „durante iudicio” in C. 3 de rescriptis in VI<sup>o</sup>. I, 3, aanleiding gaf. Dan valt vereeniging weg ofschoon de rechter de bevoegdheid heeft bij één vonnis beide geschillen te beslissen. Dit gaf later CINUS aanleiding tot de onderscheiding tusschen eigenlijke reconventie, die tegelijk met de conventie behandeld en derhalve op het laatst onmiddellijk na de litis contestatie wordt ingesteld en de oneigenlijke, welke instelling gedurende den geheelen loop van het proces vrijstaat. Daarnaar heeft zich de reconventie in het gemeene duitsche proces gevormd. De invloed van de italiaansche processualisten, meer bepaaldelijk MARANTA † 1530, die van de latere Italianen het uitvoerigst de reconventie behandelt in zijn Speculum aureum part. 5 dist. 12 n<sup>o</sup>. 17, gaf aan de rom.-canonieke leer het overwicht. Tegenover deze gemeenrechtelijke leer (reconventio iuris communis) stond die van het op den Sachsenspiegel berustende Saksische recht (reconventio iuris Saxonici). Daarbij stond op den voorgrond de competentie des rechters: waar de eischer recht vraagt, daar moet hij ook recht nemen. Die bepaling van des rechters bevoegdheid moest vooral strekken om samenhangende, aan elkander verknochte vorderingen door denzelfden rechter te doen beoordeelen. Niet de gelijktijdige en gezamenlijke behandeling, de vereeniging in één geding, maar de om de verknochttheid wenschelijke berechting door denzelfden rechter was hier de leidende gedachte. Stelde de gedaagde zijne vordering bij een ander rechter tegen den eischer in, deze zou door een beroep op de exceptio connexitatis ob continentiam causarum de verwijzing kunnen doen uitspreken naar het gerecht, waarbij hij zijne vordering aanhangig had gemaakt. Hetzelfde beginsel rechtvaardigt de reconventie in zoodanig geval. Een en

ander wordt herinnerd in eene verhandeling van Prof. Dr. FUCHS das Recht der Widerklage, insbesondere nach den neueren Civilprozesordnungen in Archiv f. d. Civ. Praxis LIII blz. 149—188. In Duitschland komt alzoo dezelfde tegenstelling voor tusschen het gemeene recht en het Saksische recht als in Frankrijk tusschen het Rom.-Canonieke en het Costumier recht. (zie I bl. 382 waarbij echter te vergelijken de aant. van DAVOT op regel 703 der Institutes-Cont. van LOYSEL, Uitg. van DUPIN en LABOULAYE). Het eerste heeft ook bij onze oud-Vaderlandsche rechtsgeleerden de overhand gehad en is de grondslag voor onze wet gebleven. Onze MERULA (IV tit. 43) en VROMANS Tractaet de foro comp. I Cap. 1. n°. 16 beroepen zich beide op MARANTA. Wat zij omtrent de reconventie leeren, leeren ook VOET ad. tit. de jud. 5. 1., HUBER Hedend. Rechtsgeleerdheid IV. 30 en eindelijk VAN DER LINDEN Jud. Practycq. I, B II, 4 § 12 en 13. De Alg. manier van procedeeeren van 1799 huldigt in hoofdzaak hunne leer in art. 73 en v.v. en nog meer in het bijzonder ook het Wetb. op de rechtspleging van 1809 art. 617 vv. In sommige stad- en landrechten was de reconventie uitgesloten of beperkt. Verg. KRAMERS t. a. p. bl. 29 vv. — In de duitsche proceswetten van den nieuweren tijd treft men, volgens de ontwikkeling van Dr. FUCHS, verscheidenheid aan naarmate de een of de andere leer daarbij gevolgd werd; de meeste huldigen de gemeenrechtelijke leer, anderen namen het beginsel van connexiteit uit het Saksische recht over. De Civilprozesordnung bepaalt dan ook in § 33 dat verknochtheid een vereischte is. „Bei dem Gerichte der Klage kan eine Widerklage erhoben werden, wenn der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche oder mit dem gegen denselben vorgebrachten Vertheidigungsmitteln in Zusammenhang steht.” „Zusammenhang”, wordt daarbij aangeteekend, ist Konnexität des gemeinrechtlichen Sprachgebrauch.” Zie echter STRUCKMAN u. KOCH ad § 33. Ook is in het belgisch ontwerp, vooral op grond dat dit naar de fransche wetgeving het meest algemeen aangenomen gevoelen was, het vereischte van connexiteit op den voorgrond gesteld. Livre I tit. 4 ch. 1 Zie het Rapport van ALLARD bl. 216.

In welke gevallen?

Een eisch in reconventie kan in ieder geding worden ingesteld waar dit niet door de wet is uitgesloten.

De wet sluit de reconventie uit in de volgende gevallen:

1°. Wanneer eischer en gedaagde in het geding in reconventie in eene andere hoedanigheid tegenover elkander zouden staan dan in het geding in conventie;

2°. Wanneer de rechter in conventie volstrekt onbevoegd is om van den eisch in reconventie kennis te nemen;

3°. Tegenover eene possessoire actie mag de petitoire in reconventie niet worden ingesteld;

4°. In gedingen over de tenuitvoerlegging van een vonnis;

5°. In hooger beroep, wanneer de eisch in reconventie in eersten aanleg niet was ingesteld. Art. 250.

In ieder geding. Deze regel van het rom.-can. proces, tegenover het saksische, hetwelk connexiteit van beide zaken vordert, is overeenkomstig met onze vroegere rechtspleging. MERULA cap. 6. n°. 1: „Reconventie heeft ordinairie plaatse in alle zaaken, in welke deselve niet en werd bevonden uitdrukkelijk verboden” met beroep op MARANTA. Evenzoo in de aantekening van MIDDELLANDT op VROMANS t. a. p. aant. 26, bl. 28 2° kol. VOET ad tit. de iud. 5. 1. n°. 78 sqq. leert hetzelfde. Ofschoon hij den regel niet uitdrukkelijk formuleert, geeft hij de gevallen op waarin reconventie niet is toegelaten. Hetzelfde bij v. D. LINDEN Jud. practyq. I blz. 170. Alg. Man. 1799, art. 74. Wetb. op de rechtspleging van 1809, art. 618.

Uitzonderingen. 1°. Men kan dit eigenlijk geene uitzondering maar alleen eene nadere bepaling noemen, omdat eene andere hoedanigheid ten gevolge heeft dat er werkelijk een ander persoon in het geding zou gebracht worden. Als de gedaagde tegen den eischer A., die in hoedanigheid van voogd van B. optreedt, een eisch in reconventie instellen welke A. persoonlijk betreft, dan zou de voogd, alzo de minderjarige B, eischer in conventie zijn, terwijl A. zelf, dus een geheel ander persoon, gedaagde in reconventie zou worden. De reconventie geeft wel den gedaagde de gelegenheid om in hetzelfde geding den eischer die hem daagde, maar niet een ander die hem niet daagde, te betrekken. „Naardemaal de reconventie geen plaats heeft als tegens ymand, die uyt syn eigen hoofde ofte op zijn eigen naam ageert, soo kunnen geen Momboirs, Curateurs, Procureurs ofte andere Administrateurs ageerende uyt hoofden ende op den naam van hare Minderjarige, ofte andere Meesters, voor haar eige schult worden aangesproken in reconventie.” MIDDELLANDT op VROMANS t. a. p. blz. 30 1e kol. VOET t. a. p. n°. 81—84; v. D. LINDEN blz 170. Alg manier van 1799 vermeldt deze uitzondering niet, in Wetb. van 1809 komt zij voor art. 618, a.



2°. De bepalingen omtrent de bevoegdheid des rechters met betrekking tot het onderwerp van het geschil (de volstrekte bevoegdheid) zijn bepalingen uit haren aard van openbare orde. Al komen er nu bepalingen in de wet voor, waarin de wetgever ook hier afwijkingen toelaat door den wil van partijen, het ging niet aan dit gevolg aan de reconventie te verbinden dewijl dan aan ééne van de partijen de bevoegdheid om inbreuk te maken op de volstrekte bevoegdheid zou zijn toegekend.

De wetgever maakt ook eene uitzondering voor het geval dat de rechter onbevoegd mocht zijn met betrekking tot den persoon tegen wien de reconventie zoude worden gericht, ingevolge art. 65 n°. 1 en art. 87 R.O. Hier wordt natuurlijk art. 65 n°. 1 der wet van 1838 bedoeld, welke bepaling bij de wet van 1875 n°. 204 werd ingetrokken, terwijl n°. 2 van dat artikel thans n°. 1 is. De aanhaling van art. 65 n°. 1 moet dus geschrapt worden. Maar ook de uitdrukkelijke vermelding van art. 87 zullen met mij nog overbodig achten zij, die ook daarin een geval van volstrekte onbevoegdheid zien. Alleen de terminologie door de wet gebezigd van: onbevoegdheid met betrekking tot den persoon in tegenstelling van „met betrekking tot het onderwerp des geschils” kon door den klank der woorden, aanleiding tot misvatting geven, indien hier alleen van de onbevoegdheid met betrekking tot het onderwerp des geschils was gesproken. Daarom werd indertijd het art. niet geheel ten onrechte aangevuld. Maar de bevoegdheid van den H. R. in art. 87 R. O. aangewezen is daarom toch inderdaad geene bevoegdheid *ratione personae*, geen relatieve maar eene volstrekte bevoegdheid. Ook art. 87 R. O. is attributief van jurisdictie Zie I. bl. 319 v. Het aan den Staat, den Koning en de leden van het kon. huis toegekende *forum privilegiatum* berooft alzoo de door hen in rechte geroepen verweerder van de bevoegdheid om tegen hen bij reconventie te procedeeeren. Maar die geprivilegieerde personen zullen ook voor den Hoogen Raad als gedaagde optredende tegen hunnen eischer geen reconventioneele eisch kunnen instellen, want de Hooge Raad zou onbevoegd zijn daarvan kennis te nemen met betrekking tot het onderwerp van het geschil. Zie W. J. VAN BONEVAL FAURE, Het *forum privilegiatum* van art. 161 der grondwet, Acad. proefschr. Leiden 1887. bl. 16 vv. en bl. 26.

MERULA zondert ook in de eerste plaats uit zaken „van welke de jugs in conventie geensints en mag kennen” t. a. p. cap. 6 n°. 2. MIDDELLANDT op VROMANS bl. 27 2<sup>e</sup> kol. VOET t. a. p. n°. 85, v. D. LINDEN bl. 171. Alg Manier art. 74a Wetb. 1809. art. 618b.

Bij de toepassing zal in het oog moeten worden gehouden op welke

wijze de voorschriften omtrent de onbevoegdheid in het algemeen in toepassing worden gebracht. Zoo zal de kantonrechter zich onbevoegd moeten verklaren, wanneer de eisch in reconventie eene waarde van een hooger bedrag mocht hebben dan waarvoor hem rechtsmacht is opgedragen. Wordt daarentegen bij eene arrondissementsrechtbank een eisch in reconventie ingesteld, welke tot de bevoegdheid des kantonrechters behoort, dan zal de rechtbank, met toepassing van art. 157 B. R., zich eerst dan onbevoegd verklaren, als de gedaagde in reconventie zich op zijne onbevoegdheid heeft beroepen.

De wet op de nieuwe rechterlijke inrichting van 1861 wilde het voordeel der reconventie, gelijktijdige behandeling van meer gedingen voor denzelfden rechter, zooveel mogelijk behouden en schreef daarom in art. 50 voor dat, wanneer de kantonrechter, met opzicht tot het onderwerp van het geschil, onbevoegd mocht zijn, om kennis te nemen van den eisch in reconventie, hij, óf de kennisneming van den eisch in conventie aan zich kan houden, óf beide gedingen verwijzen naar den rechter die bevoegd is om van den eisch in reconventie kennis te nemen." Deze bepaling stemt overeen met art. 8 § 3 van de fransche wet van 25 Mei 1838, sur les justices de paix welke bepaling de belgische wetgever had overgenomen in art. 22 der wet van 25 Maart 1841. Ook bij ons had reeds de Minister DONKER CURTIUS in zijn Ontwerp houdende vereenvoudiging in het Wetb. van burg. rechtsv. van 1855, bij art. 9 § 2, dat voorbeeld gevolgd. Door de groote meerderheid in de afdelingen van de Tweede Kamer goedgekeurd, hebben de bedenkingen daartegen ingebracht de Regeering reeds toen niet van haar voorstel teruggebracht. Toch heeft de bepaling dit bezwaar dat de eischer zich tengevolge van eene reconventioneele vordering zal afgetrokken zien van dien rechter voor welken hij zijne vordering moest brengen; dat de rechter zich onttrekt aan de kennisneming eener vordering die volkomen tot zijne bevoegdheid behoort; dat de kantonrechter aan de arrondissements rechtbank rechtsmacht zal opdragen; dat de redenen waarom de kantonrechter verwijzen of splitsen zal in de wet niet kunnen worden bepaald, zoodat eene zeer verschillende rechtspraak hier zal kunnen ontstaan en eindelijk, dat de wet zelve aanleiding geeft tot een proces in een proces, vermits de vraag: verwijzen of splitsen? als van zelf een punt van debat tusschen de partijen zal gaan uitmaken. Opmerking verdient dat de belgische wetgever van 1876 van deze bepaling terugkwam, die noch bij de extraparlamentaire Commissie (Zie rapport van ALLARD bl 166) noch bij de parlementaire (rapport

van prof. THONISSEN bl. 57, bijval vond. De belgische wet van 25 Maart 1876 past het beginsel van afzonderlijke waardeering der beide vorderingen toe, maar veroorlooft alleen dat de rechtbank de reconv. vordering aan zich houdt, wanneer het bedrag daarvan beneden het bedrag van hare bevoegdheid is. art. 37.

Wat bij ons in 1855 werd voorgesteld op 't voorbeeld van Frankrijk en België en in België in 1876 werd afgekeurd was in meer dan een der nieuwe duitse wetboeken aangenomen. Zie FUCHS t. a. p. bl. 178

3o. Met verwijzing naar MARANTA sluit ook MERULA, n<sup>o</sup>. 3, de reconventie uit in bezitsgeschillen; niet evenwel in alle gevallen, want, zegt hij, „daar werd bij de rechtsgeleerden groot onderscheid gemaakt of de reconventie geschied in cas van complaincte of simple saisine of in cas van maintenue.” MIDDELLANDT, in zijne aant. op VROMANS, p. 28 zondert zonder nadere bepaling „saken in cas van Spolie en Complaincte” uit. HUBER n<sup>o</sup>. 12 sluit de reconventie tot het petitoir in eene possessoire aanspraak uit; VAN DER LINDEN laat de reconventie toe in cas van maintenu doch acht ze eveneens in cas van complainte en spolie uitgesloten. VOET n<sup>o</sup>. 86, is van oordeel dat ook hier generalis reconventionis aequitas ut actor eundem debet agnoscere iudicem alia ex causa vicissim conventus, toepasselijk is en de reconventie nergens wordt verboden, doch hij wijst er dan toch, n<sup>o</sup>. 87 op, dat naar de Hollandsche praktijk de reconventie in bezitsgeschillen niet was toegelaten. Deze uitzondering werd in Alg. Manier 1799 gemaakt bij art. 210 en 212 en in 't Wetboek 1809 in art. 618z, opgenomen.

Bij ons is de uitzondering niet dan eene toepassing van het verbod van cumulatie van het petitoir en het possessoir in art. 130, en meer bepaaldelijk van het verbod den gedaagde in art. 132 gesteld om ten petitoire te ageeren voordat op den tegen hem ingestelden eisch ten possessoire is recht gedaan en aan de veroordeeling voldaan. Zoo sluit ook HUBER, t a. p. n<sup>o</sup>. 12, de reconventie in dit geval uit „omdat de quaestie van het bezit noodzakelijk moet voorgaan en die van eygendom moet volgen, want het spottelijk soude zijn yemant in een sententie tot het bezit af, en de eigendom toe te wysen, omdat deze d'andere terstont soude inslocken.”

De bepaling sluit niet uit eene reconventioneele vordering tot handhaving in het bezit, welke art. 210 Alg. manier van 1799 uitdrukkelijk toeliet en art. 607 B. W. in verbis: „dat van wederzijden gevorderd wordt” onderstelt.

4<sup>o</sup>. Ook deze uitzondering vermeldt MERULA Cap. 2 n<sup>o</sup>. 2, „omdat

reconventie geen plaats heeft naar sententie," en MIDDELLANDT op VROMANS bl. 28 kol. 2, met aanhaling wederom van MARANTA. Het schijnt ook het gevoelen van VOET n<sup>o</sup>. 80, terwijl HUBER er uitdrukkelijk op wijst n<sup>o</sup>. 9, „ten einde de processen niet al te lang souden worden opgehouden, 'twelk de gedoemde met sulke nasleepende reconventiën schijnen te willen doen." VAN DER LINDEN leert hetzelfde bl. 172. In Alg. Manier 1799 vond ik de uitzondering niet, wel in Wetb. 1809 art. 618<sup>e</sup>. MIDDELLANDT spreekt evenwel niet alleen van sententies, condemnaties maar ook van „de executie van eenig ander instrument, hetwelk parate executie heeft." Daartoe behoorde ook bij ons de uitzondering uitgebreid te zijn. (Ontw. 1865 II. tit. 1 art. 36 n<sup>o</sup>. 3.) Immers de executie, ook die aan authentieke acten toegekend snijdt het geding af, en waar de conventie, door het vonnis of de acte is opgeheven, ook geen reconventie. Art. 436 is niet voldoende om art. 250 n<sup>o</sup>. 4 toepasselijk te doen zijn. Men merke evenwel in verband met de voor deze uitzondering opgegeven reden op, dat niet de executie zelve een geding is, maar dit eerst door een verzet tegen de executie ontstaat.

5<sup>o</sup>. „Reconventie heeft geen plaatse voor den juge in de tweede instantie" zegt MERULA, zich weder beroepende op MARANTA, t. a. p. n<sup>o</sup>. 6. MIDDELLANDT teekent hetzelfde aan op VROMANS bl. 29 2<sup>e</sup> kol. met een beroep tevens op rechterlijke uitspraken in Holland en in Friesland. Evenzoo VOET n<sup>o</sup>. 80 „quod iudex in appellatione de eo tantum cognoscere debeat ac definire utrum a iudice inferiore recte an perperam indicatum sit; atque adeo officium eius haudquaquam sese extendere possit ad ea, de quibus in prima lite neque cognitio interposita, neque sententia lata est." Zie ook HUBER n<sup>o</sup>. 9, VAN DER LINDEN p. 171 en 172. In de Alg. Manier van 1799 wordt de uitzondering in art. 74 *b* beperkt tot de appellen bij de gerechtshoven; in het Wetboek 1809 komt zij zonder beperking voor in art. 618<sup>d</sup>. De door VOET aangevoerde reden wordt voor ons recht bevestigd door art. 348 B. R., terwijl men nog deze overweging kan doen gelden, dat de verweerder in reconventie anders van eene instantie zou worden beroofd en de hoogere rechter ook volstrekt onbevoegd zou zijn om rauwelijks of in het geheel van zoodanige vordering kennis te nemen zoodat eigenlijk art. 250 n<sup>o</sup>. 2 dit geval reeds mag geacht worden nittesluiten.

HUBER meent nog dat het van zelf spreekt dat „reconventie niet kan aangesteld worden over eene sake die noodzakelijk wachten moet nae de uitkomst van de conventie" en hij vindt daarvan de toepassing in

de uitsluiting van de petitoire actie bij wijze van reconventie in het possessoir geding, n<sup>o</sup>. 11 en 12. Naar onze wet zou deze uitzondering zoo algemeen niet, bepaaldelijk niet bij analogie van n<sup>o</sup>. 3, mogen worden aangenomen. Want terwijl eene uitzondering uit haren aard geen analogische uitbreiding toelaat, zou nog in het geval van n<sup>o</sup>. 3 deze bijzondere reden kunnen gelden dat volgens art. 132 zelfs aan de veroordeeling in het possessoir voldaan moet zijn, voordat de veroordeelde ten petitoire mag ageeren. Doch, al mogen sommige wetten dien eisch in het algemeen hebben gesteld, dat nl. de beslissing op de reconventie niet afhankelijk zij van de beslissing op de conventie, naar de leer der italiaansche juristen, met name van DURANTIS Spec. jud. II, I, tit. de reconv. § 2 n<sup>o</sup>. 1 gold deze voorwaarde wel voor de gelijktijdige behandeling en beslissing der reconventie, niet voor het gebruik maken van het middel op zich zelf. Het zal dus evenzeer naar ons recht een reden voor den rechter zijn om de afzonderlijke behandeling van de conventie en de reconventie te bevelen.

De vraag, of in een geding tot echtscheiding of tot scheiding van tafel en bed door den gedaagde bij reconventie echtscheiding of scheiding van tafel en bed kan worden gevorderd, heeft meermalen bij onze rechterlijke colleges een onderwerp van beslissing uitgemaakt. Zij werd in verschillenden zin beantwoord. Zeker had de rechtbank van Breda ongelijk, toen zij bij vonnis van 11 Januari 1859 W. v. h. R. n<sup>o</sup>. 2051 besliste, dat tegen de vordering tot scheiding van tafel en bed bij reconventie geen scheiding van tafel en bed op grond van andere feiten kan worden gevorderd, omdat volgens het Ned. recht tot de reconventie connexiteit met de conventie zou worden gevorderd. Dit gevoelen is met de duidelijke letter en met de beraadslagingen over de wet in lijnrechten strijd. De jurisprudentie wordt vermeld in VAN OPPEN'S Pasicrisie v<sup>o</sup>. Echtscheiding n<sup>o</sup>. 2, 54—57.

Het doen van een eisch in reconventie wordt door de wet als eene bevoegdheid van den gedaagde erkend. Daaruit volgt dat de eischer den eisch in reconventie niet met een wedereisch mag beantwoorden. „Reconventio reconventionis non datur” was de oude spreuk. „En dient ook hierbij gevoegd dat de Eischer in Conventie en verweerder in reconventie gereconvenieerd zijnde niet en mag wederomme reconvenieeren den verweerder in Conventie en Eischer in Reconventie. Want dat zoude zijn veele processen op eenen hoop brengen en den Juge met onverdraaglijk werk overvallen.” Dus MERULA Cap. 3 n<sup>o</sup>. 3 met beroep op

de Italianen. EVENZOO MIDDELLANDT OP VROMANS bl. 29 2<sup>o</sup> kol. VOET n<sup>o</sup>. 89. HUBER n<sup>o</sup>. 14. VAN DER LINDEN spreekt er niet van.

Het doen van een eisch in reconventie is eene bevoegdheid van den verweerder, geene verplichting. Wel had JUSTINIANUS in Nov. 96 C. 2 het hem in zooverre tot eene verplichting gemaakt, dat hij hangende het geding waarin hij gedaagde was, geen vordering tegen den eischer bij een ander rechter mocht instellen, doch uit C. 3 de rescriptis in 6<sup>to</sup> werd het tegendeel afgeleid, omdat zij alleen op gedelegeerde rechters zag. DURANTIS liet de vordering bij een ander rechter toe, ofschoon de gedaagde had kunnen ageeren in reconventie, indien de eischer daartegen niet excipieerde. MERULA verwijst (cap. 6 n<sup>o</sup>. 6) naar 't verschil van gevoelen onder de doctoren. VOET twijfelt ook of het bij ons aangaat, ofschoon hij meent dat het Canonieke recht ten deze met het Rom. recht overeenstemt. HUBER acht de bepaling van Nouvelle 96 toepasselijk, met beroep op ZUTPHEN tit. van reconv. art. 5. Twijfel als bij ons ontmoet men ook bij de Deutsche processualisten, van welke de nieuwere (die van deze eeuw) de verplichting niet kennen of, zooals LINDE, Lehrbuch § 95 n<sup>o</sup>. 2, ze door den usus fori opgeheven achten; HEFFTER System § 145 die echter ook op dissentieerenden wijst nt. 269. Zie PLANCK Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten bl. 358—361.

Zonderling komt mij de meening voor van den kantonrechter n<sup>o</sup>. IV te Amsterdam, die een eisch bij reconventie toeliet waar hij, verstek verleende tegen den eischer in conventie, den gedaagde te dien opzichte van de instantie ontsloeg. Waar de aanleg van den eisch is vervallen zoodat de eischer niet optreden mag, kan toch moeilijk een ander juist op grond van dien aanleg tegen hem optreden. De eischer is uit het geding gezet, hoe zal de gedaagde hem er, bij wijze van reconventie, dus zonder dagvaarding, weder inkrijgen? Zie het vonnis in W. v. h. R. n<sup>o</sup>. 5318.

De eisch in reconventie moet dadelijk bij het antwoord van den verweerder in conventie worden gedaan. art. 251. Wanneer in te stellen?

Uit deze bepaling volgt dat de bevoegdheid van den gedaagde tot het doen van een reconventioneeelen eisch vervalt, wanneer hij, bijaldien de conventie is van gewone behandeling, in zijne schriftuur van antwoord of, indien er geene schrifturen werden gewisseld, bij zijne ter terechtzitting voorgedragene conclusie van antwoord, den eisch niet heeft ingesteld en, bijaldien de conventie is van summieere behandeling,

dit niet bij conclusie van antwoord ter terechtzitting heeft gedaan. Bij schriftuur van dupliek of bij eene ter terechtzitting toegelaten conclusie van dupliek of nog later zou de reconventie als te laat ingesteld niet-ontvankelijk zijn. Zie over deze formeele beteekenis van het antwoord en ook over de materieele beteekenis daarvan in dit artikel Dl. II bl. 96 en 97. Men verg. de uitvoerige bestrijding mijner meening door KRAMERS t. a. p. bl. 42—47.

Da delijk bij het antwoord. Daarmede is niet alleen uitgesloten het „onmiddellijk na de litis contestatie” van het oude recht dat met het instellen van den eisch bij de litis contestatie gelijk werd gesteld, maar heeft de wetgever, op het voorbeeld van onze oude rechtsgeleerden, ook gebroken met de inzonderheid door het gezag van DURANTIS, op grond vooral van C. 3 de receptis in VI<sup>o</sup>. en C. 1 X de mut. petit. 2, 4. in de gerechtspraktijk ook in Duitschland (Cf. FUCHS t. a. p. bl. 170) gevestigde leer, dat de reconventie gedurende den geheelen loop van het proces mocht worden ingesteld. Was, op grond van het Rom. recht, de strekking der reconventie voornamelijk gevonden in het gelijktijdig behandelen van twee vorderingen in één geding voor denzelfden rechter, het belang van den gedaagde, dat daarmede ook reeds behartigd werd, trad bij deze leer nog meer op den voorgrond. Deze leer bracht toch mede dat die gelijktijdige behandeling, het *pari passu*, op den achtergrond geraakte en de splitsing in de behandeling van de conventie en de reconventie bij het later instellen van de laatste (die dan ook on-eigenlijke reconventie genoemd was) regel werd. Deze leer werd ook door MARANTA ontwikkeld. MERULA vermeldt vrij uitvoerig Cap. 2 n<sup>o</sup>. 1 en 2 de leer der gelijktijdige en gezamenlijke behandeling, welke hij eene waarachtige eigenschap der Reconventie noemt en die dan ook daarom moest gedaan worden „of voor de Litis contestatie of daarna doch terstond en immediate d. i. zonder eenige judicieele acte te plegen;” en de andere leer, volgens welke „de gedaagde reconvenieërende den eischer gehoord mag worden ook tot sluytinge toe in Rechte.” Doch zeer stellig is zijn besluit n<sup>o</sup>. 3: „Naar onzen styl is de Reconventie onafscheidelijk als 't behoort geaccompaigneerd met de litiscontestatie of om eigentlijker uit te drukken, de Litiscontestatie met de Reconventie: en werd in beiden bij Partijen alzo in alle wezentlijke en toe-vallige Acten van de Gerechtshandelinge voortgevaren; dat ze gelijkelijk voleindigt worden, en bij 't Hof definitivelijk op eenen tijd volkend. Deze onafscheidelijke Societeit en gemeenschap van Reconventie en Litis



contestatie word genoegzaam gespeurd uit de formen en manieren van Reconvenieeren, die dagelijks geuseerd worden." Zie ook Cap. 5. MIDDELLANDT op VROMANS, bl. 26 1<sup>e</sup> kol., wijst op deze leer als een noodzakelijk gevolg van de reconventie, doch hij laat ook de reconventie na litis contestatie toe met dit gevolg dat dan wel de jurisdictie wordt geprorogeed en gefondeerd van de reconventie maar dat de gelijktijdige behandeling wegvalt. bl. 27 kol. 2. VOET n<sup>o</sup>. 80 betoogt daarentegen dat naar Canoniek en ook naar Rom. recht niets belet de reconventie gedurende den geheelen loop van het proces in te stellen, doch hij wijst uitdrukkelijk op de rechtsgeleerden die een ander gevoelen voorstaan. HUBER n<sup>o</sup>. 3 en 6 leert hetzelfde als VOET met beroep op ZUTPHANIUS tit. van reconventie artt. 3, 9. VAN DER LINDEN zegt eenvoudig, bl. 169, dat de reconventie doorgaans geschiedt tegelijk met het antwoord in ééne en dezelfde conclusie. De Alg. Manier van 1799 in art. 73 en het Wetb. van 1809 in art. 617, maken dezen regel tot een bindend voorschrift en dit voorbeeld heeft onze wetgever gevolgd.

Volgens het Belgisch Ontwerp wordt de eisch in reconventie in overeenstemming met de fransche jurisprudentie in elken stand van het geding zelfs in appèl toegelaten. Zie rapport van ALLARD p. 217.

De eisch in conventie en die in reconventie worden tegelijk voldongen en bij een en hetzelfde vonnis beslist. Verdere  
behandeling.

Splitsing en dien ten gevolge behandeling van elk op zich zelve heeft plaats:

1<sup>o</sup>. indien de rechter mocht oordeelen dat de eene vroeger dan de andere kan worden afgedaan;

2<sup>o</sup>. indien een van beide vorderingen voor summiere behandeling vatbaar is.

Niettegenstaande de splitsing blijft de rechter over de eene vordering zoowel als over de andere tot oordeelen bevoegd. Art. 252.

Terwijl zelfs de meeste voorstanders van het later instellen en alzoo afzonderlijk behandelen der reconventie van oordeel waren, dat de eigenlijke reconventie het gelijkelijk voldongen en vonnissen medebracht, gaven toch ook de voorstanders van deze laatste leer toe, dat splitsing en dientengevolge afzonderlijke behandeling en beslissing bij uitzondering kon plaats hebben, niettegenstaande de reconventie tegelijk met of onmiddellijk na de litis contestatie, gelijk behoorde, was aangebracht. MIDDELLANDT op VROMANS bl. 26 kol. 2 laat op den zooveen aange-



haalden regel van het tegelijk voldingen dit volgen: „Ten ware dat een van beide de saken spoed was vereischende en er gevaar in den uytstel van tyd was.” MERULA zegt hieromtrent, Cap. 6 n<sup>o</sup>. 4 weder met aanhaling van MARANTA: „En in gevalle de zaake in conventie is volle rechtspleging vereischende, en de zaake in conventie summier proces afvorderende; zoo heeft Reconventie cok plaatse; doch niet ten einde de zaake van reconventie afgedaan mag worden gelijkelyk met de zaak in conventie, want d'ene zoude d'ander verhinderen: maar alleen om bij den gedaagde gefondeerd te worden, nopende de reconventie, de jurisdictie voor den rechter in conventie: dewelke gehouden is de zaak van Reconventie ook terstond bij de hand te nemen, omme van dezelve de kennis te beginnen, dog niet om d'ene met d'andere definitivelyk af te doen: maar de zaak in Conventie voor d'andere, zoo haast als 't mogelijk is; de zaak in Reconventie als het Proces volschreven is en geconcludeerd in Rechten.” Hetzelfde leert VOET n<sup>o</sup>. 86 van dit geval opmerkende „reconventionem ad id saltem proficere posse, ut actor summaria agens actione judicem eundem agnoscat mutua conventus petitione et ita competens ibi forum sortiatur.” HUBER n<sup>o</sup>. 10 stelt wel op den voorgrond dat in een summier proces de wedereisch alleen kan worden toegelaten indien ook deze van summieren aard is, en hij wijst ook hierop, in n<sup>o</sup>. 12, om in het possessoir, de petitoire vordering bij wijze van reconventie uit te sluiten, doch schijnt toch evenals MERULA ze in het summier proces in 't algemeen toe te laten, mits de instantien gescheiden worden „omdat anders een eischer van het summier proces ongelijk soude geschieden indien syn sake, door een ander van langer train opgehouden soude worden.” Bij de Algemeene Manier van 1799 wordt in art. 76 en v.v. en evenzoo in het Wetboek van 1809, in art. 620 en volgende, bij de algemeene regeling van de wijze waarop de zaken voldongen worden, tevens geregeld de wijze waarop de behandeling der reconventie moet plaats hebben zóó dat zij met die der conventie pari passu kan gaan.

Wordt de eisch in conventie met die in reconventie tegelijk voldongen, dan zal, indien beide zaken summier zijn, den eischer van zelf de gelegenheid moeten worden gegeven om op den eisch in reconventie, bij conclusie van antwoord door den gedaagde gedaan, bij eene conclusie te antwoorden. In zaken van gewone behandeling zal ditzelfde moeten plaats hebben indien er geene schrifturen gewisseld zijn.

Is de zaak in conventie van gewone, die in reconventie van summiere behandeling, dan zal de gedaagde bij schriftuur antwoordende en zijn

eisch in reconventie doende den eischer bij avenir doen oproepen ten einde in de reconventie op de terechtzitting conclusie te nemen. Is de zaak in conventie van summiere, die in reconventie van gewone behandeling, dan zal de gedaagde bij zijne conclusie van antwoord zijn eisch in reconventie instellende tevens den rechter hebben te verzoeken om partijen, wat de reconventie betreft, te verwijzen naar de procesorde en zal den eischer de bij art. 143 bepaalde termijn van veertien dagen zijn gegund om dien aldus ingesteld en door mededeeling van een afschrift te zijner kennis gebrachte eisch in reconventie met eene schriftuur van antwoord te bestrijden, gelijk anders door den gedaagde de dagvaarding beantwoord wordt.

Bij de pleidooien wordt, voor zoover mij bekend, en terecht, de regel gevolgd welke in de Algemeene Manier 1799 art. 263 en in het Wetboek van 1809 art. 824 was voorgeschreven: „De pleidooien zullen, zonder onderscheid of er reconventie in het proces plaats heeft dan niet, gedaan worden bij eisch, antwoord, re- en dupliek.”

Eene beslissing des rechters zal noodig worden, wanneer, in het geval van facultatieve splitsing, zijn oordeel daarover door eene der partijen, welke de splitsing verlangt, zal zijn ingeroepen.

Het op zoodanig geschil te wijzen vonnis behoort tot de preparatoire en zal dus niet dan met het vonnis op de hoofdzaak aan het oordeel des rechters in hooger beroep kunnen worden onderworpen. Verg. art. 46 § 2 en 336 B. R. Arrest Hof 's Hertogenbosch 13 Maart 1877, W. v. h. R. n<sup>o</sup>. 4290.

Indien de eischer in conventie niet van antwoord dient op den eisch in reconventie tegen hem ingesteld, beslist de rechter in reconventie op de eenzijdige voordracht des eischers in reconventie als op tegenspraak.

Eischer in conv. tot antwoord op reconv. verplicht?

Er kan in dit geval geen sprake zijn van verstek. Immers de reconventie berust juist op de aan den gedaagde verleende bevoegdheid om den tegenover hem in lite staanden eischer bij die gelegenheid aan te spreken. De stelling des eischers in conventie, gedaagde of, beter, verweerder in reconventie, staat gelijk met die van een gedaagde die verschenen zijnde op de eerste terechtzitting, later wegblijft en niet antwoordt op den tegen hem ingestelden eisch. Zie II blz. 159 v.

Onze oude processualisten waren verdeeld omtrent het gevolg van het niet-antwoorden des eischers. Volgens MERULA zou de gedaagde dan niet gehouden zijn iets te zeggen op de conclusie des eischers in

conventie en zou zelfs de rechter bevoegd zijn den eischer „recht en justitie te ontzeggen in de conventie.” Cap. 4. Ditzelfde leerde reeds TANCRED ordo iudiciarius (id. BERGMANN) p. 187—189, terwijl BALDUS uitstel van de uitspraak over den eisch in conventie wilde. MIDDELLANDT teekent aan (bl. 28 kol. 2), dat het gevolg is: scheiding van de reconventie van de conventie en gevolgen als van verstek ten profijte des eischers in reconventie. VOET n<sup>o</sup>. 10 zegt hetzelfde als MERULA, dat nl. de gedaagde tegen den niet-antwoordenden eischer niet behoeft voort te procedeeeren, maar hij kent hem tevens de bevoegdheid toe om èn de conventie èn de reconventie tegen den oorspronkelijken eischer als bij verstek door te zetten.

Volgens de Alg. Manier 1799 schijnt het gevolg van het niet antwoorden door den eischer op de reconventie neer te komen op hetgeen ik voor ons recht uit de bepalingen omtrent het verweeren en voldingen afleidde. Immers, terwijl volgens art. 76 de eischer verplicht is, bij zijne replick op het antwoord, den gedaagde tevens te antwoorden op de reconventie, bepaalt art. 81 dat, wanneer een der partijen op den daartoe bepaalden dag niet repliceert, de wederpartij verzoekt en de Rechter verklaart dat de zaak zal worden gehouden voor voldongen. Dezelfde bepalingen treft men in het Wetboek van 1809 art. 620 en 624 aan.

Dat, gelijk o. a. VOET n<sup>o</sup>. 80 opmerkt, de eischer in conventie zich niet aan de reconventie kan onttrekken door afstand van zijn eisch in conventie te doen, volgt naar ons recht reeds daaruit dat na het antwoord door den eischer niet anders afstand mag worden gedaan dan met toestemming van den gedaagde. Mocht nu al de gedaagde in dien afstand toestemmen, daarmede had hij zelf geen afstand van de reconventie gedaan en zou dus deze niettemin overeenkomstig de wet bij antwoord bij den rechter aanhangig gemaakt, ook bij hem aanhangig blijven.

Vonnis. De eisch in reconventie wordt met dien in conventie bij een en hetzelfde vonnis afgedaan.

Indien er splitsing heeft plaats gehad voor het voldingen van beide zaken, wordt ook in beide afzonderlijk doch altijd door denzelfden rechter gevonnist.

Ook zonder dat splitsing was bevolen voor het voldingen, kan de rechter, bevindende dat de eene zaak voor de andere kan worden afgedaan, de eene afdoen en in de andere doen voortprocedeeeren. Art. 252.

„De Juge is gehouden” zegt MERULA, Cap. 5, „van beide gelijk kennis te nemen. Beider allegatiën, redenen en bescheid hoorende en narstelijk overwegende even groot en goed regard nemende op beide, doch altijd eerst op de conventie als *priore loco nata*”, altijd weder met beroep op MARANTA. Dit zal ook thans nog wel toegepast moeten worden. Toch kunnen bij de ruime toepassing van de reconventie de bijzondere omstandigheden der zaak en de verhouding tusschen beide vorderingen eene afwijking van dien regel noodzakelijk maken. Wanneer tegenover een eisch tot echtscheiding een reconventioneele eisch tot echtscheiding wordt toegelaten, zoude de uitspraak van echtscheiding op de conventie de uitspraak daarvan op de reconventie onmogelijk maken. Toch zou het kunnen zijn dat de eisch van beide zijden gegrond ware en zou het niet aangaan de nadeelen der echtscheiding alleen toe te rekenen aan den eischer in reconventie op grond dat de tegenpartij hem bij het instellen van den eisch tot echtscheiding voor was geweest. (Verg. echter vonnis Maastricht bij v. OPPEN t. a. p. n<sup>o</sup>. 57 en Amsterdam ald. n<sup>o</sup>. 2.). Het komt mij althans voor dat hier niet kan gevolgd worden het voorschrift door BALDUS gegeven (Add. ad Durantis § 5.): „*Conventio et reconventio debent simul una sententia terminari; duae tamen sententiae sunt pronuntiandae et duae formae.*” Zal in het aangegeven geval de rechter tot eene rechtvaardige uitspraak komen, dan zal hij de voor beide eischen aangevoerde feiten gelijkelijk en gezamenlijk hebben te overwegen en, waar beide gegrond werden bevonden, zal de ontbinding van het huwelijk door echtscheiding bij ééne uitspraak recht doende op den eisch in conventie en die in reconventie met toewijzing van den eisch en van den wedereisch moeten geschieden.

Reeds BALDUS leerde t. a. p. dat, als de eene zaak vóór de andere ter beslissing rijp was, bij afzonderlijke vonnissen uitspraak moest worden gedaan en MARANTA zegt hetzelfde. Ook MERULA leert Cap. 5 n<sup>o</sup>. 3. „Waar 't zaake dat de Juge bevonden word meer te spoedigen de zaake van conventie dan van reconventie zoekende d'een voor d'ander definitivelijk af te doen: in dezen gevalle zou 't werk van de Juge met de Sententie daarop gevolgd, wel mogen gehouden worden voor goed en van waarde (hoewel zommige contrarie sustineren) doch zoude de Verweerder in Conventie en Eischer in Reconventie daar van om zulk grief mogen appelleren.” Dit laatste merkte ik reeds hierboven op, toen ik het vonnis over de splitsing als een praeparatoir vonnis

qualificeerde. Doch hierboven in den tekst heb ik bepaaldelijk het oog op het geval dat aanvankelijk geen splitsing was bevolen en beide zaken tegelijk in staat van wijzen zijn gebracht. Hebben nu in de eene zaak de pleidooien geleid tot eene nadere conclusie, waarbij een nader onderzoek gevraagd wordt of bewijs wordt aangeboden, of acht de rechter ambtshalve een onderzoek in de een of andere zaak noodig, dan zal hij daarom de andere voor definitieve beslissing rijp kunnen achten en dan in de een van beide zaken het gewilde onderzoek bevelende, en daartoe die zaak aanhoudende, in de andere definitief kunnen beslissen. De geschiedenis der instelling en het beginsel dat de wetgever volgde in art. 252, dat de eene zaak niet om de andere moet worden opgehouden, brengen deze bevoegdheid des rechters mede en de woorden van art. 252 behoeven niet in dien zin te worden verstaan, dat, als eens het tegelijk voldingen is bevolen ook de uitspraak bij een en hetzelfde vonnis noodzakelijk zoude zijn. Het tegendeel kan niet worden afgeleid uit art. 253 § 2.

Bevoegdheid  
des rechters.

De aan den gedaagde toegekende bevoegdheid om een eisch tot reconventie bij denzelfden rechter in te stellen heeft ten gevolge dat deze rechter met opzicht tot dien eisch tot oordeelen bevoegd is en in dien zin (Verg. I. bl. 394) wordt dus zijne rechtsmacht uitgebreid.

In het  
hoogste res-  
sort?

Wat aangaat zijne bevoegdheid om in het hoogste ressort of onder hooger beroep recht te spreken, deze is afhankelijk van het bijeen gevoegd bedrag der beide vorderingen. Gaat het gezamenlijk bedrag der beide vorderingen de rechtsmacht van den rechter om in het hoogste ressort recht te spreken te boven, dan wordt hooger beroep toegelaten.

Mochten evenwel de beide zaken zijn gesplitst en daarin afzonderlijk gevonnist zijn, dan blijven de voor het hooger beroep gestelde regelen op iedere zaak toepasselijk. Art. 253.

De reconventie brengt alleen verandering in de betrekkelijke bevoegdheid des rechters. Zie I bl. 381 vv. en hierboven bl. 18.

Ten aanzien van de volstreckte bevoegdheid oefent de reconventie alleen invloed uit bij de bepaling der appellabiliteit. Wanneer het bedrag van de vordering in reconventie gevoegd bij dat van die in conventie boven de f 200 komt blijft de kantonrechter bevoegd om van beide vorderingen kennis te nemen. Immers de bevoegdheid omtrent den eisch in reconventie wordt alleen uitgesloten, wanneer deze op zich zelve

boven de f 200 ware. Art. 250 n<sup>o</sup>. 2. Daarom kan het niet consequent geacht worden, wanneer de wetgever in art. 253 § 1 bepaalt dat de appellabiliteit van het gezamenlijk bedrag der vorderingen afhankelijk is. Het gevolg zal zijn dat als twee niet appellabele vorderingen (beide beneden f 50) bij den kantonrechter zullen zijn gebracht in conventie en reconventie, zij daardoor appellabel worden, wanneer hun gezamenlijk bedrag f 50 te boven gaat. De aard der reconventie brengt dat niet mede. Daarom bepaalde de Wetgever in 1861 (Wet N. R. I. art. 51) terecht, dat hooger beroep niet wordt toegelaten, wanneer de kantonrechter bevoegd is, zoowel over den eisch in conventie als over dien in reconventie in het hoogste ressort recht te spreken. Iets anders zou het zijn, wanneer over een der beide eischen slechts in eersten aanleg kan worden recht gesproken. Voor dat geval bepaalt dezelfde wet in art. 51 § 2 dat het beroep voor beide wordt toegelaten, tenzij (§ 3) beide zaken mochten zijn gesplitst, en daarin afzonderlijk mocht zijn gevonnist. Dit is geheel in overeenstemming met de hoofdstrekking der reconventie: de gelijktijdige en gezamenlijke behandeling van de beide zaken bij denzelfden rechter. Heeft dit plaats gehad, bleken de beide zaken daarvoor vatbaar te zijn, dan moeten zij ook niet door het appél weder van elkander gerukt worden en, terwijl hooger beroep regel is, behoort de anders voor beroep niet vatbare zaak, nu daarvoor vatbaar verklaard te worden

Bij splitsing volgt iedere zaak haar eigen lot. „Buitengemeen zonderling” noemt LIPMAN, Wetb. v. B. R. bl. 114, dit gevolg aan de splitsing door art. 252 § 2 verbonden, omdat daarbij „daadwerkelijk den rechter zelve de keuze gelaten wordt, of hij in het eerste dan wel in het hoogste ressort wil rechtspreken.” Ofschoon OUDEMAN I blz. 294 en DE PINTO bl. 390 dit gevoelen deelen, acht ik het om het boven gezegde onjuist. Genoemde rechtsgeleerden vergeten, dat van geen keuze des rechters, welke willekeur vooronderstelt, sprake kan zijn, waar de rechter tot de splitsing gehouden is door de wet (art. 252 § 2), of de splitsing beveelt na te hebben bevonden dat de eene vroeger dan de andere kan worden afgedaan. In geen geval laat dus de wetgever aan den rechter de keuze; willekeur in zijne beslissing sluit zij duidelijk genoeg uit. De bepaling van de wet van 1861 was ook voorgesteld in het Ontwerp van 1855 tot vereenvoudiging in de rechtspleging, art. 12. In België toonde de wetgever zich bevreesd voor willekeur van den gedaagde, die de hoofdzaak appellabel zou trachten te maken door eene

appellabele reconvent. vordering in te stellen. Zelfs leverde de jurisprudentie voorbeelden op dat de rechter dit misbruik in zijne vonnissen signaleerde. Zie Rapport ALLARD bl. 167 en THONISSEN p. 57. Daarom heeft de wet van 1876 beide vorderingen, haar eigen natuur, ook wat betreft de beroepbaarheid, laten behouden. art. 37. Bij ons werd door de derde afdeeling der Tweede kamer indertijd dit bezwaar tegen art. 253 ingebracht. De Regeering meende dat het door de bevoegdheid des rechters om te splitsen werd voorkomen. Ik geloof niet dat dit juist is. Want dat is niet de grond, die 's rechters oordeel moet bepalen, omtrent de vraag of de eene zaak vroeger dan de andere kan worden afgedaan.

Schriftelijke  
behandeling.

In zaken waarin eene schriftelijke behandeling bevolen is, moet de reconventioneele eisch gedaan worden bij de schriftuur van antwoord bedoeld in art. 165. Is de reconventioneele vordering niet aan de schriftelijke behandeling onderworpen, dan zal de splitsing gevraagd moeten worden bij acte van procureur tot procureur, waarbij de tegenpartij ter terechtzitting wordt geroepen om de splitsing te hooren uitspreken en partijen naar de gewone behandeling te hooren verwijzen of conclusie te doen nemen ter audiëntie.

Verg. OUDEMAN I bl. 291.

Kantongerechten.

Bij de kantongerechten zijn de bepalingen van art. 250 v.v. omtrent de reconventie toepasselijk volgens art. 125. De voorschriften omtrent het verweren en voldingen in betrekking tot de reconventie zullen hier dezelfde wijzigingen ondergaan als zij in het algemeen voor de kantongerechten verschillen.

Van splitsing der zaken op grond van den summieren aard van een van beide kan hier natuurlijk geen sprake zijn. Verg. de aantekening op een vonnis der arr. Rechtb. te Groningen in Rechtsgel. Bijblad XIII (1863) bl. 819.

## § 80.

DEELNEMING IN OF AAN EEN TUSSCHEEN ANDEREN  
HANGEND GEDING.

## I. IN HET ALGEMEEN.

Een derde kan in een tusschen anderen aanhangig geding tot handhaving van zijn recht opkomen, hetzij om dit tegenover beide partijen te doen gelden, hetzij omdat hij, bij de overwinning van eene der partijen belang hebbende, deze in eisch of verwerping wil ondersteunen. In het eerste geval heeft er tusschenkomst, in het andere voeging plaats.

Overzicht der onderscheidene gevallen.

De voeging kan òf uit eigen wil plaats hebben, òf ten gevolge van eene daartoe door eene der partijen gedane oproeping. Alleen de eerste is in onze wet onder de benaming van voeging bekend; de tweede kan het gevolg zijn van de oproeping in vrijwaring, welke eene op zich zelf staande wijze van deelneming van derden is in of aan een tusschen anderen aanhangig geding.

Cf. § 21, I bl. 150—152.

Onze tusschenkomst is blijkbaar de interventio van het fransche recht en de nauwe verwantschap met de romeinsche interventio ligt voor de hand. Toch wordt *intervenire* in de romeinsche rechtsbronnen alleen gebruikt voor wat wij meer bepaald voeging plegen te noemen. l. 63 D. de re jud. 42, 1. l. 4 § 4. D. de app. 49, 1. Nauwkeuriger is daarvoor de ook in de bronnen gebezigde uitdrukking *causae adesse*." l. 69 D. de procur. 3, 3. l. 55 pr. D. de evict. 21, 2 l. 29 pr. D. de inoff. test. 5, 2. Onze tusschenkomst in de bepaalde in den tekst aangegeven beteekenis was als zoodanig in het R. R. niet bekend. PLANCK heeft in zijne uitstekende verhandeling „die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozessrecht", § 55, aangetoond hoe, naar aanleiding van hetgeen de italiaansche rechtsgeleerden uit eenige met het R. R. in verband gebrachte plaatsen van Canoniek recht hadden afgeleid, de deutsche processualisten als GAILL († 1587) en P. FRIDERUS *Mindanus* († 1616) de grondleggers zijn geweest van eene algemeene theorie voor de interventie, waarbij wat wij als tusschenkomst en voeging hebben aangeduid tot ééne instelling en onder de gemeenschappelijke benaming van tusschenkomst werd gebracht, welke dan in interventio



principalis en accessoria (de laatste aanwijzende de interventio der Romeinen) werd onderscheiden. FRIDERUS onderscheidde bepaaldelijk de interventio ad submovendum vel ad assistendum. Het nadeelig gevolg der theorie was, dat twee instellingen die wezentlijk verschillen, aan dezelfde regelen werden onderworpen, terwijl datgene wat zij beide gemeen hebben niet wezenlijk maar toevallig is. PLANCK stelt dan ook, op 't voorbeeld van LINDE, Zeitschr. f. Civlir. u. Prozess V. 420 v., voor om te scheiden wat verkeerdelijk vereenigd werd en zooveel mogelijk tot het R.R. terug te keeren. WETZEL volgt hem in hoofdzaak in § 64 van zijn System. Doch de duitsche wetgever heeft de gangbaar geworden theorie behouden, terwijl hij in B. I abschn. 2. tit. 3 onder het opschrift: „Betheiligung dritter am Rechtsstreite” de Hauptintervention § 61, 62 en de Nebenintervention § 63—68 regelt, elk van beide daarbij evenwel aan eigene regelen onderwerpende.

De fransche wetgever heeft aan dit onderwerp geringe aandacht geschonken. Op het voorbeeld van de ordonnantie van 1667, die, in den elfden titel over de wijze van procedeeren bij de rechterlijke colleges (des délais et procédures ès cours de parlement, grand conseil et cours des aides, en première instance et cause d'appel), in een eenig art. 28, niets anders bepaalde dan hoe de intervention werd aangebracht en berecht, bepaalt ook de fransche wetgever zich in den C. de proc. (art. 339—341) tot enkele regelen omtrent de wijze van procedeeren, zonder in 't minst de bevoegdheid tot interventie nader te bepalen. Dit geeft zelfs CARRÉ aanleiding om op de n<sup>o</sup>. 1270 gestelde vraag: En quel cas une partie peut-elle intervenir dans un procès? te antwoorden: „Cette question tient plutôt soit à la qualité soit au fond du droit des parties, qu'aux règles et aux formalités de la procédure; et par ce motif nous sommes dispensés de lui donner tous les développemens dont elle serait susceptible.” (Verg. de in Dl. I bl. 14 medegedeelde opmerking van PUCHTA). Intusschen geeft hij toch eene nadere verklaring van het woord intervention door er op te wijzen, dat daaronder begrepen is zoowel de hierboven aangeduide door de Duitschers dus genoemde Neben-intervention als hunne Hauptintervention. Toch worden beide niet zorgvuldig onderscheiden. Evenmin bij de andere fr. schrijvers en in de jurisprudentie. Eene uitzondering maakt BOURBEAU. Al houdt hij in zijne Continuation de BONCENNE, Theorie V, p. 108 sv. aan de uitgebreide beteekenis aan intervention gegeven vast, geen der fransche schrijvers geeft eene betere principieele ontwikkeling van het leerstuk en onderscheiding der beide soorten van interventie. Ook in het fransche

recht is dus het begrip veel uitgebreider dan dat van de oorspronkelijke romeinsche interventio. Onze wetgever heeft, in de artt. 285—288 den franschen in hoofdzaak volgende, toch gemeend te moeten aanwijzen, wie tot interventie bevoegd zijn (art. 285) maar hij heeft bovendien, bij de herziening, welke het wetboek in 1837 onderging, de instelling zelve niet uitsluitend met de algemeene benaming van tusschenkomst aangewezen, maar daarbij tevens van voeging gesproken. Tot toelichting dezer bijvoeging werd gezegd: „Behalve de interventie of tusschenkomst was ook ten allen tijde in de praktijk bekend eene voeging: dit kan te pas komen, wanneer een derde belang heeft zich met een der partijen te voegen, dan blijven de partij en de gevoegde te zamen in het geding, terwijl de interveniente eigenlijk in de plaats der partij tusschentreedt; men kan wel de voeging onder het algemeen begrip van interventie verstaan, doch het is meer juist voorgekomen dit onderscheid aanschouwelijk te maken ook in de uitdrukking, daar het reeds in den aard der zaak bestaat.” Wellicht heeft men bij deze onderscheiding op het oog gehad het overnemen van de zaak in tegenstelling van het zich voegen, zooals dit geregeld wordt in de Algemeene Manier van proc. 1799 (§ 93 en 94 van de Manier van procederen voor de Rechtbanken) en in art. 643 en 644 van het Wetboek van 1809, Cf. VAN WASSENAER Praxis Judiciaria Cap. I n<sup>o</sup>. 95 sqq. en n<sup>o</sup>. 101, doch het begrip van tusschenkomst in de meer bepaalde beteekenis van het woord, de Hauptintervention der Duitschers, en van het geval dat, zooals CARRÉ het uitdrukt, „l'intervenant se rend partie adverse de l'un et de l'autre (demandeur et défendeur) wordt daarmede niet teruggegeven. In den zin van CARRÉ vatten dan ook OUDEMAN I bl. 319 en de PINTO II 1, bl. 400 de tusschenkomst op en wees het Hof van Noordholland in een arrest van 3 Mei 1855 W. n<sup>o</sup>. 1723 op dit onderscheid tusschen tusschenkomst en voeging; in dien zin is er eene juiste onderscheiding gemaakt. Terwijl nu de Franschen met hunne intervention de rom. interventio tot een ander daar niet toebehoorend geval uitbreiden; de Duitschers de rom. interventio als Neben-intervention qualificeeren en daarnaast eene den Romeinen niet bekende Hauptintervention aannemen, heeft bij ons de romeinsche interventio de benaming van voeging gekregen en staat de tusschenkomst als eene in den vorm althans verwante instelling daarnaast. Was het causae adesse voor de Rom. instelling eene betere aanduiding dan intervenire, ons: voeging is, nu men nog eene andere tusschenkomst kent dan de rom. interventio, daarvoor een veel betere

benaming. Doch de terminologie, welke onze wetgever in art. 285 wilde aannemen, is volstrekt geene standvastige. Men heeft althans geen recht om, waar de wet in bijzondere gevallen van tusschenkomst in een geding spreekt, aan de tusschenkomst tegenover de voeging te denken ook niet in den zin waarin de toelichting van 1837 het onderscheid opvatte. Als vertaling van het fr. *intervention* kan er zeer wel *voeging* onder te verstaan zijn.

In het ontwerp van 1865 wordt er op gewezen, dat de voeging eene species is van het genus: tusschenkomst. Daarom wordt er van tusschenkomst en voeging gehandeld; ook komt het eigenaardige der voeging beter uit door de bijvoeging: „zich bij eene der partijen mogen voegen.” Of het laconisme, dat overigens ook het Ontwerp bij de regeling van dit onderwerp blijft inacht nemen, wordt gerechtvaardigd door de opmerking, „dat het verschil in de praktijk genoeg bekend is en daarenboven de procedure in beide gevallen dezelfde is” (moet dit ook zoo zijn?) valt te betwijfelen.

Voeging kan door eene oproeping in vrijwaring bewerkt worden, doch dan valt zij niet onder de technische beteekenis van het woord. Ook is het er ver af dat de oproeping in vrijwaring alleen betrekking zou hebben tot eene uitnoodiging aan een derde gedaan om met een der partijen aan een tusschen haar en een andere aanhangig rechtsgeding deel te nemen. De oproeping in vrijwaring is eene zelfstandige van de voeging te onderscheiden instelling, ofschoon zij door haar gevolg in enkele gevallen met de voeging verband houdt. Zie art. 72.

Dat de voeging en tusschenkomst in ons Wetb. van de incidenteele vorderingen is gescheiden en in titel III in de 17<sup>de</sup> afd. bijna geheel achteraan komt, is wellicht daaraan toe te schrijven dat deze incidenteele vordering door een derde ingesteld wordt en alzoo het geding niet tot de oorspronkelijke partijen beperkt blijft.

Het gemeenschappelijk kenmerk van de drie hier saamgevoegde instellingen: tusschenkomst, voeging en oproeping in vrijwaring ligt daarin dat een derde in een tusschen anderen hangend geding optreedt. Ik meen daarbij van deelneming in een geding bij tusschenkomst, deelneming aan een geding bij voeging en van beide bij vrijwaring te mogen spreken.

## § 81.

## VERVOLG.

## II. TUSSCHENKOMST.

Beweert een derde aanspraak te kunnen maken op een zaak of recht, <sup>Wanneer komt zij te pas?</sup> waarover tusschen andere personen een geding aanhangig is gemaakt, dan kan hij in dit geding tusschen komen en langs dien weg den eisch tot erkenning van zijn recht tegen beide partijen instellen. Arg. art. 285.

De tusschenkomst is alzoo eene bijzondere wijze waarop iemand een eisch kan instellen. Is de gewone weg die van dagvaarding van den tegenstander, hier spreekt men hem aan in een geding waarin hij reeds met een ander over het voorwerp van den strijd is gewikkeld.

Art. 285 zegt eenvoudig, dat een ieder, die een belang heeft in een rechtsgeding tusschen andere partijen aanhangig, tot voeging of tusschenkomst bevoegd is. Was het van zooveel gewicht daarover eene afzonderlijke bepaling te maken? Of zou aan dergelijk optreden in een tusschen anderen gevoerd geding te denken zijn zonder dat er eenig belang bestond? Waren de fransche schrijvers het bij de behandeling der intervention zoo geheel eens over de natuur van het belang en twisten zij b.v. niet, of hier aan een dadelijk aanwezig of ook aan een voorwaardelijk of toekomstig belang, aan een onmiddellijk of ook aan een middellijk belang te denken zij? En wanneer men mag aannemen, dat de wetgever door eenvoudig van belang te spreken, geen enkel belang heeft willen uitsluiten, werd dan toch de uitdrukking niet te onbepaald, nu men van tusschenkomst en voeging beide ging handelen? Kon bij de tusschenkomst althans dat belang niet nader bepaald zijn? Naar aanleiding van hetgeen door de fransche schrijvers omtrent de tweërlei intervention geleerd wordt, acht ik 't geoorloofd om ook voor ons recht gebruik te maken van hetgeen de Duitschers met hunne onderscheiding van Haupt- en Neben-intervention hebben in het licht gesteld en alzoo bij de tusschenkomst het belang te zoeken in het bestrijden van beider partijen beweringen door daartegenover te stellen een recht, dat de intervenient voor zich zelve, met opzicht tot het voorwerp van het aanhangig geding, beweert te hebben. Zoo spreekt § 61 van de Civilprozessordnung van de bevoegdheid tot Hauptintervention als toekomende aan hem die „die Sache oder das Recht, worüber zwischen anderen Personen ein Rechtsstreit anhängig geworden ist,

ganz oder theilweise für sich in Anspruch nimmt." In dat geval alleen toch zal de intervenient zich stellen tegenover beide partijen.

De tusschenkomst zal alzoo te pas komen, wanneer iemand beweert eigenaar te zijn van eene zaak die een ander van den houder als zijn eigendom opvoert; wanneer tegen den bezitter eener nalatenschap de vordering tot uitkeering der nalatenschap is ingesteld door iemand die als erfgenaam bij versterf daartoe gerechtigd beweert te zijn en een ander beweert als nader bloedverwant of ingevolge testament recht op de nalatenschap te hebben; wanneer een erfgenaam als uitsluitend tot de nalatenschap gerechtigd, de teruggave vordert van eene door den erfflater in bewaring gegeven zaak, terwijl een ander als medeerfgenaam daarop ook aanspraak maakt. Voorts: eene schuldvordering is tweemaal aan onderscheiden personen gecedeerd; de schuldenaar wordt tot betaling aangesproken door hem die het eerst heeft beteekend maar wiens acte van cessie een latere dagteekening draagt; als interveniënt treedt nu de andere cessionaris op grond van een vroegere cessie ook al werd die later beteekend.

Waartoe strekt die tusschenkomst? Is zij in 't geheel wel noodig? Immers het recht van den eenen eischer is wel in zoover afhankelijk van dat van den ander, dat beide niet tegelijk bestaan kunnen, het eene het andere uitsluit, maar, al wordt de verweerder tegenover den een veroordeeld, is daarmede niet uitgemaakt dat de ander geen recht heeft. Over zijn recht werd niet geoordeeld, hij kan het, zelfs nadat de veroordeelde verweerder aan het veroordeelend vonnis heeft voldaan, tegen dengene aan wien de zaak toegewezen werd, doen gelden. Want „res inter alios indicata aliis non nocet." Let men intusschen op het feitelijk gevolg, dan zal er toch voor den tweeden eischer, in geval hij niet kan tusschenkomen, wel nadeel kunnen ontstaan en met het oog daarop heeft de wetgever zelfs het middel van verzet door derden toegekend tegen het vonnis dat onze rechten benadeelt (art. 376 v.v.). Zeer natuurlijk is alzoo de toekenning van een middel dat die benadeeling kan voorkomen. Liet men de afzonderlijk tegen denzelfden gedaagde door de onderscheiden rechthebbenden ingestelde vorderingen haar eigen gang gaan, dan zouden tegenstrijdige uitspraken mogelijk worden, in zoover de erkenning van het recht van beide eischers in de onderscheiden processen zelfs door denzelfden rechter mogelijk ware. Men denke slechts aan onvoldoende verdediging. Gelijk nu de gedaagde, wanneer hij, in de voorbeeldshalve vermelde gevallen, voor verschillende rechtters is gedaagd, door de exceptie van verknochtheid kan

bewerken, dat beide vorderingen bij denzelfden rechter in een geding worden saamgebracht en dientengevolge te samen behandeld, gelijk hij, voor denzelfden rechter gedagvaard, de voeging van beide vorderingen in een geding kan verlangen, zoo heeft de tweede eischer de bevoegdheid ditzelfde gevolg door tusschenkomst te doen ontstaan. Hij voorkomt alzoo het nadeel dat ook hij van tegenstrijdige uitspraken zou kunnen ondervinden. Dezelfde rechter zal over beide aanspraken oordeelen; de tusschenkomende eischer zal tegen denzelfden gedaagde zijn recht tot uitkeering enz. kunnen doen gelden en tegelijkertijd zal ook over het beter recht van hem of van den eersten eischer uitspraak gedaan worden.

De tweede eischer die in het aanhangig geding tusschenkomt doet zijn recht gelden tegen BEIDE partijen. Zal dan de eerste eischer tegenover den tweeden de stelling innemen van een verweerder op de door den tweeden ingestelde revindicatie of hereditatis petitio? Dit natuurlijk niet, want de eerste eischer is geen houder der zaak noch bezitter der nalatenschap, maar, daar de tweede eischer beweert eigenaar of uitsluitend erfgenaam te zijn en hij in dit geding tusschenkomt om ook den eersten eischer als eigenaar of erfgenaam te weren en den gedaagde alzoo van dezen los te maken, zoo zal zijne vordering in de eerste plaats gericht zijn tegen den oorspronkelijken verweerder en, terwijl hij erkenning van zijn recht vordert, zal hij vorderen dat de oorspronkelijke verweerder worde veroordeeld tot uitkeering en de oorspronkelijke eischer om dit gevolg „te gehengen en te gedoogen.” Gesteld, de eerste eischer kon tegenover den door hem gedaagde in het gelijk gesteld worden, dan zou de uitkeering aan hem plaats hebben van datgene wat hij, op zijne beurt door den tweeden eischer aangesproken, weder aan dezen zou moeten uitkeeren. De tusschenkomst zal niet alleen des tweeden eischers recht kunnen beveiligen maar ook den weg van rechte bekorten; men kan hier ook spreken van eene celeritas coniungendarum actionum. Voorts zal de gezamenlijke behandeling van beide zaken dan tengevolge hebben dat de eerste eischer tot handhaving van zijn recht den verweerder in zijne verdediging tegen den tweeden eischer ondersteunt, en in zoover naast dezen ook de rol van eene gevoegde partij opneemt.

Mocht de eerste eischer tegenover den tweeden zijn recht opgeven, dan blijft alleen de strijd tusschen gedaagde en den tweeden eischer over. Zijn erkentenis van des tweeden eischers recht zal behoorlijk in rechte geconstateerd worden, doch zijne veroordeeling kan dan achterwege blijven.

Erkent daarentegen de verweerder des tweeden eischers recht, dan zal de strijd wel hoofdzakelijk tusschen den eersten en den tweeden eischer gevoerd worden, doch, door de gezamenlijke behandeling van beide vorderingen, zal de rechter de gelegenheid hebben over het door beiden beweerd beter recht uitspraak te doen en den gedaagde bij een de beide eischers bindend vonnis tot uitkeering of betaling aan een van beiden veroordeelen.

Het komt mij voor dat op deze wijze alle in het geding betrokken belangen geleidelijk en natuurlijk tot hun recht kunnen komen en dat daarbij het best voldaan wordt aan het doel, dat de wetgever door de toekenning van het middel van tusschenkomst wil bereikt zien. Strekt toch de tusschenkomst om tegenstrijdige aanspraken in één geding te vereenigen en zoo tegenstrijdige vonnissen te voorkomen, dan moet de wetgever wel gewild hebben dat beide in een en hetzelfde vonnis ter beslissing worden gebracht en beide gelijkelijk worden geïnstrueerd, des noodig de beslissing van de eene op den afloop van de instructie der andere wachte. Op deze wijze kan ook eene bepaling worden gemist als § 62 der Civilprozesordnung bevat, volgens welke het eerst aangevangen geding gestateerd kan worden totdat het tweede bij gewijsde is beslist. Bij WETZELL § 64, p. 857 en n°. 17 is te lezen, hoe weinig eenstemmigheid er over eene bepaling als van § 62, over dat stateeren van het eerste geding, bestond. Terwijl hij zelf meent, dat dit van het goedvinden der partijen in dat geding afhankelijk is, brengt PLANCK het in verband met de vraag, of soms de beslissing van het tweede het eerste geding overbodig kan maken; de meest algemeene meening was wel deze, dat met de toelating der tusschenkomende partij het eerste geding van zelf geschorst werd. Dit laatste kan bij ons voorkomen in zoover als de beslissing in de eene op die in de andere kan moeten wachten. Doch onze wet geeft geen grond voor stateering; evenmin voor de zekerheidstellingen, waartoe de afzonderlijke behandeling en uitwijzing der vorderingen aanleiding kan geven. En terwijl deze laatste voor de behoorlijke behartiging van beider eischers rechten nauwelijks gemist kunnen worden als eene afzonderlijke beslissing wordt toegelaten, wordt ook daardoor de gelijktijdige instructie en in ieder geval gelijktijdige beslissing van beide vorderingen, zooals wij die hebben voorgesteld, voor onze wet bevestigd. De gelijkstelling van de behandeling der tusschenkomst met die der voeging pleit daar ook voor.

Hoe in te stellen?

Ten aanzien van de wijze waarop bij tusschenkomst geprocedeerd wordt, valt onderscheid te maken tusschen de tusschenkomst in



zaken van gewone en die in zaken van summierc behandeling.

a. In zaken van gewone behandeling

a. In gewone zaken.

Hij die zijn recht bij wijze van tusschenkomst wil doen gelden stelt zijn eisch in bij een aan den rechter gericht verzoekschrift, waarbij hij verzoekt met dien eisch als tusschenkomende partij te worden toegelaten.

Dat verzoekschrift wordt aan de partijen te hunner gekozene woonplaats betceekend. De verzoeker doet daarbij aanbod van afschrift van de stukken, waarmede hij de in te stellen eisch meent te rechtvaardigen, en doet die nederleggen ter griffie.

Willen de partijen of een hunner de toelating tot tusschenkomst betwisten, dan doen zij dit verzet aan den verzoeker bij eenvoudige acte van procureur tot procureur beteekenen met oproeping ter terechtzitting.

Dit incident wordt na summierc behandeling door den rechter beslist.

Heeft er geen zoodanige betwisting plaats of wordt het verzet tegen de toelating afgewezen, dan hebben de hoofdpartijen in het geding aan de tusschenkomende partij antwoord te beteekenen op den eisch en wordt de tusschenkomst verder geïnstruëerd op de wijze als voor de behandeling van gewone zaken is voorgeschreven. Art. 285, 286, 287.

b. In zaken van summierc behandeling wordt de eisch, dien men bij tusschenkomst wil instellen, geformuleerd in eene schriftelijke conclusie, welke de tusschenkomende partij door haren procureur voordraagt op eene terechtzitting, waarop de zaak waarin zij wil tusschenkomen dienen moet. Daarbij wordt dan geconcludeerd om tot tusschenkomst met dien eisch te worden toegelaten en hem langs dien weg te zien toewijzen.

b. In summierc zaken.

De hoofdpartijen zijn bevoegd de toelating te betwisten. Daartoe zullen conclusiën moeten worden genomen en de rechter zal daarop, desnoods na gehouden pleidooien, beslissen.

Wordt de toelating niet betwist en ook wanneer het verzet tegen de toelating werd afgewezen, dan moet door de hoofdpartijen op den bij tusschenkomst ingestelden eisch worden geantwoord bij conclusie ter audiëntie en wordt verder als in summierc zaken daarop voortgeproceedeerd. Art. 141.

Het laconisme, dat de wetgever in acht neemt bij de aanduiding van het middel van tusschenkomst, treft men ook aan in de beschrijving



van de wijze waarop van dat middel gebruik moet worden gemaakt. Vele vragen, welke men hier met recht kan doen, laat de wetgever onbeantwoord. Moet het verzoekschrift aan den Rechter ingediend worden, of is beteekening aan de partijen voldoende? Moet op het verzoekschrift eene beschikking volgen voordat tot het instellen van de vordering bij tusschenkomst kan worden overgegaan? Moeten de partijen, met beteekening van het verzoek, opgeroepen worden ter terechtzitting om op het verzoek te worden gehoord? Moet het verzoekschrift alleen de gronden inhouden tot staving van het belang om tusschen te komen of ook de gronden van den eisch met welchen men wil tusschenkomen?

Wanneer men niet vraagt naar de meerdere of mindere noodzakelijkheid van de een of andere formaliteit en alleen eene zoo geregeld mogelijk afloopende, zij het dan ook omslachtige, procedure verkieslijk acht, dan laat het zich hooren dat men, met v. d. HONERT, Formulierboek, uitg. van Mr. HEEMSKERK bl. 163—167, een verzoekschrift doet indienen aan de Rechtbank houdende aanwijzing van het belang dat men heeft om tusschen te komen en verzoek om dientengevolge tot de tusschenkomst te worden toegelaten, dat men dit doet beteekenen aan de partijen met oproeping om ter terechtzitting te verschijnen ten einde daarop te worden gehoord; dat men tevens in 't verzoek zich voorbehoudt om ten aanzien van den instellen eisch nader conclusie te nemen en dat dan, nadat de toelating, 't zij zonder of nà betwisting, is verleend, die conclusiën worden genomen. Het is niet te ontkennen, dat art. 285 eenige aanleiding geeft tot deze omslachtige wijze van handelen. Volgens dat artikel verzoekt hij die belang heeft aan den rechter om in het geding te mogen tusschenkomen. Het schijnt in den aard der zaak te liggen, dat men dat verzoek schriftelijk doende een verzoekschrift indient aan dengene aan wien 't verzoek moet gericht worden en eerst wanneer op dit verzoek is beschikt van 't verleende verlot gebruik maakt; voorts dat men, om de beschikking te verkrijgen, de partijen in 't geding waarin men wil tusschenkomen oproept, opdat zij gehoord worden voordat de beschikking gegeven worde. Aanwijzing van belang tot tusschenkomst en de tusschenkomst zelve laten zich heel wel van elkander scheiden. Dus de PINTO t. a. p. bl. 401. Art. 286 kan geacht worden dezen gedachtengang des wetgevers te bevestigen omdat het spreekt van de gronden op welke het verzoek om tusschen te komen wordt gedaan. Bedenkt men evenwel dat art. 287 ten duidelijkste doet zien, dat eene beschikking op het verzoek alleen wordt gegeven, wanneer de tusschenkomst betwist wordt, en

dat, om tot die betwisting te komen, degene der hoofdpartijen die betwist dat incident op de terechtzitting moet brengen, dan vloeit daaruit voort, dat de beteekening niet behoeft gepaard te gaan met eene oproeping ter terechtzitting, en dat, als er geen betwisting plaats heeft, op den eisch die het voorwerp der tusschenkomst uitmaakt, zonder voorafgaande beschikking des rechters omtrent de toelating, wordt geprocedeerd. (Zie vonnis Amsterdam 24 December 1838 R. Bijblad IV (1842) bl. 263. Anders echter 7 Januari 1852 R. Bijbl. XII (1852) bl. 189 en zelfs wordt bij een vonnis derzelfde rechtbank van 24 Mei 1877 (R. Bijbl. 1877 D bl. 47 met zoovele woorden gezegd, dat geene interventie is toegelaten, dan op verzoek van den belanghebbende en met toestemming van den rechter, welk laatste vereischte niet in de wet staat uitgedrukt). Dan is het evenwel ook noodig, dat het verzoek om tusschenkomst, hetwelk inderdaad een verzoek is om een eisch bij tusschenkomst in te stellen, den eisch zelve en de gronden waarop die steunt, bevatte. Maar de inlevering van het verzoek aan den rechter blijkt daardoor tevens overbodig te zijn, gelijk de wet het ook niet voorschrijft. Bij het onderzoek naar den zin aan art. 285 en 286 te hechten, moet men niet uit het oog verliezen, dat het laatste niet is dan de vertaling van art. 339 C. de P., vooral te vergelijken met den fr. tekst van art. 242 W. 1830, en dat de invoeging van art. 285 geen ander doel heeft gehad dan aan te geven wie tot tusschenkomst kan worden toegelaten. Geene verandering in de procedure werd daarmede beoogd en de wijziging, welke art. 341 C. d. Pr. in art. 287 onderging, maakt die ook niet noodzakelijk. Bij de fr. rechtsgeleerden nu staat het vast, eensdeels dat het verzoekschrift alleen aan de partijen betee-kend moet worden, zonder dat daarop aan bepaalde voorafgaande beschikking tot toelating noodig is, (CARRÉ Q. 1272 en op art. 341 CHAUVEAU t. z. p. BOURBEAU t. a. p. p. 138 sv. 143); anderdeels dat bij het verzoek om tusschenkomst tegelijk wordt geformuleerd de eisch met welken men verlangt tusschen te komen. (Formulaire de CHAUVEAU revu par GLANDAZ I. p. 225.)

Neemt men aan dat de rechter vooraf moet beschikken op het verzoek om toelating, dan moet men wel het verzoekschrift doen beteekenen \*)

---

\*) Bij v. d. HONERT wordt op formulier n<sup>o</sup>. 134 aangeteekend: „Deze voeging of tusschenkomst een nieuw geschil zijnde, zoo zal ook de beteekening daarvan, als introductieve acte, bij exploit gedaan, tevens moeten behelzen eene dagvaarding van partijen, om ter terechtzitting te verschijnen.” Zooals daar evenwel de tusschenkomst wordt voorgesteld, nl. als een in de plaatstreding van eene der partijen,

met dagvaarding der partijen ten einde daarover op een bepaald aange-  
wezen terechtzitting te worden gehoord, maar dan geraakt men in  
strijd met art. 287, hetwelk dit incident alleen in geval van betwisting  
en dus door eene der hoofdpartijen op de terechtzitting wil gebracht zien.  
Het is dan ook niet consequent om, gelijk v. D. HONERT stelt, die  
oproeping ter terechtzitting om op het verzoek te worden gehoord,  
ingeval het verzoek niet wordt betwist, daarmede te laten afloopen dat  
den verzoeker eenvoudig acte wordt verleend van de nietbetwisting  
om op die wijze eene bepaalde beschikking des rechters overbodig te  
verklaren (v. D. HONERT aant. op formulier n<sup>o</sup>. 135, bl. 167.). Inconsequent  
niet alleen maar ook geheel willekeurig als geheel buiten de wet schijnt  
mij deze handeling toe. En hoe wordt er nu verder geprocedeerd? De  
tusschenkomende partij moge zich voorbehouden hebben nadere conclusien  
omtrent den eisch te nemen met welken hij wil tusschenkomen, maar hoe  
gaat dat? Hij zal dan wel een schriftuur van eisch moeten beteekenen  
maar die is in de gewone procedure niet bekend. OUDEMAN die (I bl. 320)  
terecht van oordeel is, dat het rekest niet aan den rechter behoeft te  
worden ingeleverd en dat daarop, bij niet-betwisting, geen afzonderlijke  
gunstige beschikking noodig is, omdat deze akte in de plaats treedt  
van eene dagvaarding en dus eerst na de conclusien van partijen ter  
rolle aan den rechter wordt overgegeven, wijst niet aan, hoe nu 't proces  
over den bij tusschenkomst ingestelden eisch in dien staat geraakt, dat  
die conclusien kunnen genomen worden. In zijn formulier voor een ver-  
zoek tot tusschenkomst (I bl. 409) strekt het petitum alleen daartoe  
„den verzoeker toe te laten om tusschen te komen en partijen te gelasten  
het geding met den requesstrant voort te zetten,” maar als de eisch zelf  
niet in het verzoek is opgenomen, waarop en hoe zal men dan voort-  
procedeeren? Als er dan geen voorafgaande beschikking is, blijft het  
verzoek in de lucht hangen en de voortgang der zaak is in redelijkheid  
niet mogelijk.

Indien het verzoek om een eisch bij tusschenkomst in te stellen dien  
eisch zelven niet behoeft te bevatten, dan is 't ook nauwelijks te ver-

---

is de tusschenkomst geen nieuw geding, maar ook waar zij dit is, zooals naar onze  
opvatting van de tusschenkomst, valt de dagvaarding weg, wanneer de wetgever een-  
voudig beteekening van verzoekschrift voorschrijft en heeft hier als in meer andere ge-  
vallen eene uitzondering plaats op art. 1, juist omdat de partijen, die men zou willen  
dagvaarden, reeds voor den rechter zijn. Zie echter ook eene opmerking der Regeering bij  
v. D. HONERT B. R. op § 286. bl. 353. v.

klaren, hoe de wetgever in summiere zaken dat verzoekschrift kon vervangen door eene gemotiveerde conclusie ter audiëntie.

Met dit een en ander komt het mij voor dat de in den tekst voorgestelde wijze van behandeling, die overeenkomt met die van den franschen Code en de fransche jurisprudentie, tegenover de afwijkingen, welke men bij onze rechtsgeleerden aantreft, voldoende is gerechtvaardigd. De aanleiding tot het misverstand van deze laatsten is, dunkt mij, het gevolg daarvan dat — en onze wet geeft daar aanleiding toe — het incident, waartoe het verzoek om toelating tot tusschenkomst kan aanleiding geven, door onze schrijvers op den voorgrond gesteld werd, terwijl in de fransche wet het karakter van de tusschenkomst als incidenteele vordering, als het doen gelden van een recht bij wijze van tusschenkomst, duidelijk op den voorgrond treedt. Dit is niettemin ook in onze wet haar voornaamste karaktertrek gebleven. En wanneer men zich dan de werkelijke toedracht der zaak duidelijk voor oogen stelt en zich afvraagt, hoe men iemand met eene vordering in een tusschen anderen hangend geding zal toelaten, wanneer dit geding de gewone behandeling volgt, dan begrijpt men licht dat eene dagvaarding der hoofdpartijen niet te pas komt, omdat zij reeds voor den rechter zijn en deze minder expediet werkt (Cf. BOITARD I p. 532, n<sup>o</sup>. 533.), en dat eene conclusie ter audiëntie niet aangaat, omdat de zaak niet op de rol is en zij alleen tengevolge van een avenir door een der partijen uit te brengen op de terechtzitting kan komen. Dan gevoelt men dat hier niet anders overschiet dat eene schriftuur van eisch aan beide partijen beteekend. Dat nu daarvoor de vorm van een verzoekschrift werd voorgeschreven is zoo irrationeel niet, omdat de intervenieerende partij zich toch ook tot den rechter in betrekking moet stellen om van hem eene beslissing te vragen. Dat hij, behalve de toewijzing van den eisch, tevens verzoek doet toegelaten te worden om dien eisch bij tusschenkomst intstellen, geeft de aanleiding voor de incidenteele betwisting der toelating.

Er is, op de door mij voorgestelde wijze, in de behandeling van den bij tusschenkomst ingestelden eisch geenerlei bezwaar; alle noodelooze omslag buiten dien, welchen de gewone behandeling naar de wet meebrengt, is vermeden. Alleen is het de vraag, of de partijen aan de in art. 143 vv. vastgestelde termijnen gebonden zijn, in welk geval die van art. 143 zelven zeker moeilijk zou zijn te bepalen. Men kan dien, dunkt mij, in billijkheid doen aanvangen met de beteekening van het verzoek, met dien verstande dat indien, na verloop van dien termijn, de interveni-

nieerende eischer partijen bij avenir deed oproepen tot het nemen der conclusien ter audiëntie, de bevoegdheid om alsnog schriftelijk te antwoorden voor de partijen wel niet peremtoir verloren zou zijn, maar de rechter toch daarin termen zou kunnen vinden om geen schriftelijk antwoord meer toe te laten, maar het nemen van conclusien ter audientie te gelasten. Men vergete bij deze regeling der procedure niet, dat de vormen voor de interventie door den fr. wetgever uit de ordonnance nagenoeg woordelijk werden overgenomen, maar dat zij daar in den titel over 't verweren en voldingen voorkwamen.

De wet schrijft in art. 286 voor dat de intervenient bij het verzoekschrift procureur moet stellen, met toepassing van het beginsel der verplichte vertegenwoordiging en in overeenstemming met art. 133, daar dit verzoekschrift in de plaats van eene dagvaarding treedt. De uitdrukkelijke bijvoeging dat er, behalve procureur gesteld, woonplaats moet worden gekozen, schijnt de stilzwijgende keuze van woonplaats van art. 133 uit te sluiten, al belet het die keuze van woonplaats bij den procureur niet. Nu de wetgever, met verbetering der fransche wet, van het kiezen van woonplaats melding meende te moeten maken, had hij er wel bij mogen voegen: „in de gemeente waarin de rechter zitting houdt.” Dat de hoofdpartijen in het geding op de tusschenkomst geen procureur behoeven te stellen is duidelijk, dewijl zij juist als gedingvoerende partijen worden aangesproken en dus van een procureur voorzien zijn. Om dezelfde reden zal de beteekening wel voorgeschreven zijn aan de door partijen voor het geding gekozen woonplaats, ofschoon zij die eigenlijk voor elkander niet voor derden hadden gekozen.

Die gekozen woonplaats van partijen zal wel in den regel bij den gestelden procureur gekozen zijn, maar dewijl dit niet noodzakelijk is (verg. art. 133, 135 § 2), zal de beteekening niet bij acte van procureur tot procureur kunnen plaats hebben maar behoort dit bij een exploit van beteekening te geschieden. (Bij de vergelijking van hetgeen CARRÉ zegt, Q. 1272, vergete men niet dat art. 389 van den Code niets anders bepaalde dan dat er afschrift van het rekest moest worden gegeven.)

Wanneer de gedaagde verstek liet gaan, is geene beteekening aan de verkozene woonplaats mogelijk; ik acht daarom de tusschenkomst, waartoe toch trouwens nauwlijks gelegenheid zou bestaan (art. 76 B. R.), in dat geval uitgesloten. In 't geval van art. 79 is de tusschenkomst

èn rechtens èn feitelijk mogelijk en komt het mij voor dat zij tegenover den niet verschenen gedaagde werken moet ook zonder dat deze ter zake van die tusschenkomst is gedagvaard waartoe geen grond bestaat in de wet. Verg. de verschillende gevoelens van de fransche schrijvers bij BOURBEAU p. 146. CHAUVEAU op CARRÉ Q. 1273, 3°.

De wet schrijft niet voor dat het verzoekschrift naam en voornaam van den intervenient moet bevatten. Al licht zullen zij beide daarin worden opgenomen, doch, al geschiedde dit niet, zij zouden toch voldoende bekend worden daar zij in het exploit van beteekening niet zonden mogen ontbreken dan op straffe van nietigheid. Anders denkt hierover OUDEMAN I bl. 320 v. Zie ook CARRÉ Q. 1273.

De hoofdpartijen zijn bevoegd de toelating te betwisten.

Alleen in geval van betwisting wordt eene beslissing des rechters over het belang des intervenients noodzakelijk. Dan wordt dit natuurlijk eene afzonderlijke beslissing. Daaruit mag ook worden afgeleid dat de rechter nimmer ambtshalve op grond van ontbreken van belang de tusschenkomende partij mag afwijzen.

Het betwisten der toelating wordt, volgens art. 287, bij eenvoudige acte op de terechtzitting gebracht. Dat deze van procureur tot procureur wordt beteekend, ligt in den aard der zaak. Verg. II bl. 70 § 62 a. h. e.

Het vonnis dat deze beslissing inhoudt is, wanneer het de tusschenkomst toelaat, een preparatoir vonnis, art. 46 § 2; wordt daarentegen de tusschenkomst afgewezen dan is het vonnis een definitief vonnis. Gevolg in art. 336.

Dat de aangegeven wijze van procedeeeren ook moet gevolgd worden indien de zaak, dat is, de hoofdzaak welke reeds aanhangig is, bij geschrifte wordt behandeld, verklaart zich gereedelijk daaruit dat hier eenvoudig de vraag is naar de ontvankelijkheid van de toelating tot de tusschenkomst. De tusschenkomst zelf zal de voor de hoofdzaak voorgeschreven behandeling moeten volgen. De wetgever wil dus zeggen in art. 287: al is de mondelinge behandeling op de terechtzitting voor het geding zelf uitgesloten, dit incident zal toch op de terechtzitting moeten komen. Dat hij overigens de bepaling algemeen maakt ziet daarop, dat, als de hoofdzaak gewoon behandeld wordt, partijen geacht worden te verkeeren in de phase der wisseling van schrifturen en de

zaak zelve dus ook nog niet ter terechtzitting behandeld wordt. Zonder dat er uitdrukkelijk op gewezen is, bevat deze bepaling toch eene belangrijke afwijking van art. 341 C. de pr., waarin zij uitsluitend voor die zaken was gemaakt welke schriftelijke behandeling was bevolen. Waar dit niet het geval was, kon toelating of ontvankelijkheid van de tusschenkomst geen voorwerp van een incident worden en alzoo in het geheel niet tot eene afzonderlijke behandeling aanleiding geven. Over de toelating van de tusschenkomst en de gegrondheid van den bij tusschenkomst ingestelden eisch werd buiten het geval van schriftelijke behandeling bij een en hetzelfde vonnis uitspraak gedaan. (CARRÉ op art. 341, n<sup>o</sup>. 283 I. p. 725 en de geciteerde schrijvers. BOURBEAU p. 143.) Bij ons geeft de betwisting der ontvankelijkheid ook in zaken van gewone, en met toepassing van art. 287 ook in zaken van summieere behandeling, tot een incident aanleiding.

Zaken van summieere behandeling. De tusschenkomst kan in deze zaken, die altijd van de eene terechtzitting tot de andere verlegd worden, in den letterlijken zin van het woord plaats grijpen. Degene die wil tusschenkomen kan de partijen juist treffen op het oogenblik dat zij eene handeling tot instructie van het geding gaan verrichten. Gelijk nu die handelingen bestaan in conclusiën ter audientie, zoo wordt ook de bij tusschenkomst in te stellen eisch bij conclusie ingesteld, welke genomen wordt op eene terechtzitting, waarop het hoofdgeding dienen moet. Dat de dienende dag dan ook hier niet juist de dag is der terechtzitting waarop de zaak wordt aangebracht, werd terecht door den H. R. beslist bij een breed gemotiveerd arr. van 4 Mei 1850 W. n<sup>o</sup>. 1138. en door de arr. Rechtbank te Rotterdam 10 December 1877 R. Bijblad 1878 A. bl. 134.

De Code schreef, in art. 406, eene „requête d'avoué” voor, wellicht in verband daarmede dat, volgens art. 405, in summieere zaken ook een avenir tot de behandeling der zaak noodig was. In ieder geval was ook die „requête” alleen een vorm voor den bij tusschenkomst in te stellen eisch. Het gewicht van de bepaling lag in de beknoptheid welke bij dit stuk moest worden in acht genomen. „La loi veut” zegt CARRÉ, „que la partie qui forme une intervention, se borne à en énoncer l'objet et les motifs sans entrer dans le développement des moyens qu'elle entend proposer pour la justifier.” De door onzen wetgever voorgeschreven gemotiveerde conclusie zal derhalve moeten bevatten den eisch, welken de tusschenkomende partij wil toegewezen zien, met de gronden



waarop hij steunt en zij zal tevens concludeeren om met dien eisch (langs den weg van tusschenkomst) in het aanhangig proces te worden toegelaten. De hoofdpartijen kunnen dan daarop concludeeren tot niet-ontvankelijkheid in de tusschenkomst om daardoor de toelating te beletten en dat incident zal dan, arg. art. 287, afzonderlijk worden beslist. Doen zij dit evenwel niet, dan zullen zij, zonder voorafgaande beslissing des rechters, op den bij tusschenkomst ingestelden eisch zelven hebben te antwoorden. In de bepaling van art. 141 geloof ik terecht de bevestiging te hebben gevonden van de meening dat ook art. 285 niet geacht mag worden eene afzonderlijke behandeling van het verzoek om tot tusschenkomst te worden toegelaten mede te brengen. Het verschil tusschen de gewone en summieere behandeling ligt alleen in de wijze waarop de tusschenkomst wordt aangebracht. Ik geloof dat dit volkomen juist is ingezien door OUDEMAN I bl. 319 en in de Opm. en meded. II bl. 123—129 tegen het gevoelen van S. M. aldaar ontwikkeld bl. 116—122. Bij OUDEMAN worden t. a. p. twee uitspraken der rechtbank van Amsterdam van 1846 en 1848 aangehaald die hetzelfde beslisten. Men kan daar nog bijvoegen: Appingadam 19 Februari 1876, R. Bijbl. 1877 A. bl. 81. Anders besliste de Rechtbank te 's Gravenhage 10 Juni 1842, W. n<sup>o</sup>. 327 en de Rechtbank te Amsterdam 13 April 1864 Mag. v. Handelsrecht VI, 95. Beide beslissingen schijnen ambtshalve gegeven en art. 141 wordt er niet eens in aangehaald. \*)

Procureurstelling. De wetgever, die in art. 286 zich zoo bezorgd toonde voor de procureurstelling en keuze van woonplaats, maakt daarvan in art. 141 geen melding. Toch aarzel ik niet aan te nemen, dat de conclusie door een procureur moet worden voorgedragen; de gelegenheid waarbij van die conclusie wordt gesproken brengt de noodzakelijkheid daarvan mede; maar, als art. 141 van tusschenkomst spreekt, dan bedoelt het daarmede de tusschenkomst die in de wet elders

---

\*) Al schijnt de opmerking van S. M. niet onjuist dat een voorafgaand verzoekschrift de vreemde vertooning voorkomt dat een derde zich eensklaps in een bestaand rechtsge-  
ding mengt (ik maakte die zelf in mijne verhandeling over het summier proces bl. 38.),  
zoo heeft toch thans ditzelfde in gewone zaken eveneens plaats en is dit ook geen wezenlijk  
bezwaar maar veeleer een natuurlijk gevolg van de toelating der tusschenkomst in het  
algemeen. Het verzoekschrift blijft altijd slechts een vorm en ik zou thans meenen, dat  
ook eene voorafgaande beteekening der conclusie als ik daar voorstelde, overbodig is te  
achten, omdat de hoofdpartijen toch al licht, ook na voorafgaande beteekening, een uitstel  
noodig zullen hebben om op den eisch zelven te antwoorden en dus van berusting in of  
tegenspraak van de toelating tot tusschenkomst ook niet onmiddellijk behoeft te blijken.



is geregeld en wil dat, gelijk die in den regel (in gewone zaken) geschiedt bij verzoekschrift, zij zóó in summere zaken zal geschieden bij conclusie, dus met procureurstelling en keuze van woonplaats. Beteekening van afschrift valt evenwel weg, omdat de conclusien ter audiëntie genomen niet beteekend, maar daarvan een afschrift overgegeven wordt. Dit zal ook hier moeten geschieden evenals de terhandstelling van een afschrift aan den griffier. Nederlegging van de stukken ter griffie en aanbod van afschrift komt ook bij ter audiëntie genomen conclusien niet voor en overlegging van afschriften der stukken, naar analogie van art. 133, zou hier wel even rationeel zijn als bij de dagvaarding, doch kan niet, onder de daar vermelde sanctie, geëischt worden.

Over de betwisting van de toelating wordt ook in art. 141 niet gesproken. Naar aanleiding van art. 287 moet deze bij conclusie ter audientie geschieden. De summere behandeling welke de wet daarbij voorschrijft zou, dunkt mij, wel zonder afzonderlijke conclusie kunnen plaats hebben. Het niet behoorlijk gerechtvaardigd belang zou wel het voorwerp eener uitsluitend mondelinge behandeling kunnen zijn.

c. Bij den  
kantonrechter.

Wanneer het geding, waarin iemand wil tusschenkomen bij den kantonrechter aauhangig is, zal hij zijne vordering bij conclusie ter audientie doen gelden, op de wijze als bij den kantonrechter conclusien genomen worden.

Dat ook bij den kantonrechter bij wege van tusschenkomst kan worden geprocedeerd bewijst art. 125, hetwelk o. m. de bepalingen van den derden titel omtrent voeging en tusschenkomst op de procedure bij den kantonrechter toepasselijk verklaart. Terecht merkt Mr. OUDEMAN op (Opm. en Meded. II bl. 125) dat onder „de bepalingen in den derden titel voorkomende” niet alleen de voeging en tusschenkomst in de zeventiende afdeeling maar ook art. 141 begrepen is. Maar welke bepalingen zijn hier toe te passen? Art. 286 sluit art. 141 uit, en de wetgever kent bij de kantongerechten de onderscheiding in summere en gewone behandeling niet. Zal men nu zeggen: art. 141 is eene exceptie die niet buiten hare grenzen mag worden uitgebreid, dus is de regel in art. 286 gesteld van toepassing? Maar welk een zonderling effect zou de toepassing van die bepaling bij het kantongerecht maken! Zeg dan ook liever: dat de bepalingen

omtrent de summieere behandeling inderdaad minder exceptionele dan wel bijzondere bepalingen zijn en dat, al kent men bij de kanton-gerechten de onderscheiding niet, de behandeling der zaken daar nader aan de summieere dan aan de gewone verwant is. Dus passen wij de regelen toe die voor tusschenkomst in zaken van summieere behandeling zijn voorgeschreven op de wijze als bij den kantonrechter conclusien genomen worden. Zie II bl. 103 ad 3um.

De tusschenkomst moet plaats hebben, d. w. z. het verzoekschrift moet worden beteekend of de conclusie genomen, vóórdát in het geding de conclusiën door partijen op de terechtzitting genomen zijn. Art. 288. Wanneer in te stellen?

Wanneer de wetgever de tusschenkomst uitsluit na de door partijen op de terechtzitting genomen conclusiën, dan heeft hij daarbij zeker in de eerste plaats de bij art. 147 bedoelde conclusien op het oog, en in summieere zaken, waar niet anders dan op de terechtzitting conclusiën worden genomen, die van art. 138 en 139. Wanneer daarbij van de conclusien wordt gesproken, dan moeten daaronder ook wel de conclusien op de hoofdzaak zijn bedoeld. Door die conclusiën kan de zaak voldongen zijn, want de partijen kunnen daarop, afziende van de pleidooien, recht verzoeken, althans in zaken van gewone behandeling, art. 147. Maar wanneer de zaak na de conclusien nog zal worden bepleit of die conclusien tot incidenten hebben aanleiding gegeven, en dus het debat tusschen de partijen nog een geruimen tijd open blijft, waarom dan de mogelijkheid voor tusschenkomst niet open-gelaten? waarom daartoe in eerste instantie niet zoo lang mogelijk de gelegenheid gegeven, dewijl de tusschenkomst toch ook in appèl kan plaats hebben? art. 353. Waarom niet zoolang mogelijk, daar toch het vonnis door dengene die niet is tusschen gekomen zal kunnen worden aangevallen door het middel van verzet door derden? art. 376, 379. (Cf. PIGEAU Procédure p. 601). Wordt ook niet eerst door de ter audientie genomen conclusien, het geschil vastgesteld, zoodat eerst daarna de tusschenkomende partij met volkomen juistheid zal kunnen beoordeelen, of zijn belang in het geding zijne tusschenkomst vordert? Zal vooral in zaken van summieere behandeling de gelegenheid om tusschen te komen nu niet opgeheven kunnen worden nagenoeg op hetzelfde oogen-blik dat zij gegeven werd?

Hoe is dan de wetgever aan deze bepaling gekomen? Art 340 van den C. de proc. bepaalde: „l'intervention ne pourra retarder le juge-

ment de la cause principale quand elle sera en état." Het is zeer goed gezien, dat als eene zaak tusschen partijen zóó ver is gevorderd dat het debat geheel tusschen hen is gesloten en zij aan den rechter ter beoordeeling is overgegeven, geen derde worde toegelaten om te zijnen behoeve de beslissing te doen uitstellen. Hij had eerder moeten komen en wordt dan zeer terecht naar andere hem ten dienste staande middelen verwezen; de hoofdpartijen hebben niet alleen een vonnis gevraagd, maar de rechter heeft ook besloten haar dit op hunne beweringen en door hen reeds overgelegde stukken te geven. Ofschoon het nu waarschijnlijk is, dat misbruiken waartoe de interventie onder de ordonnanten aanleiding kon geven (waarover BOURBEAU V pag. 153), ook al konden diezelfde onder den Code niet meer voorkomen, den wetgever eene bepaling hebben ingegeven, die ze trachtte te voorkomen, welke gedachte ook uitgedrukt is in dat waken tegen „retarder le jugement”, zoo waren toch de fransche uitleggers vrij algemeen van oordeel, dat de woorden „quand la cause principale sera en état” hier zoo vrijgevig mogelijk moesten worden opgevat. CHAUCHEAU, op CARRÉ Q. 1273 60. (ed. Belge), haalt daarbij aan een arrest van het fransche Hof van Cassatie 17 janv. 1826, volgens hetwelk men niet meer ontvankelijk is in de interventie lorsque les plaidoiries sont terminées et le ministère public entendu. BOURBEAU p 160 v. meent den besten commentaar op art. 340 te geven met de woorden van BORNIER op art. 28 van tit. XI der Ord. 1667: „La pratique est telle que jusques à sentence définitive du procès entre le demandeur et le défendeur, si un tiers intervient, sa cause doit être jointe, conduite et jugée avec celle qui est encore pendante.” BOITARD, ad art., merkt op, dat het eigenlijk niet veel op de beteekenis der woorden „la cause est en état” in dit art. aankomt; het strekt niet om de interventie uit te sluiten; het wil alleen, dat de interventie de eindbeslissing niet vertrage; het bevat eigenlijk alleen een raad en laat veel aan het beleid des rechters over; het wil slechts voorkomen eene zoogenaamde intervention mendiée. Dit laatste moge wat ver gaan, genoeg is het, dat, naar 't algemeen gevoelen, de tusschenkomst niet werd uitgesloten doordien de conclusien reeds genomen waren. In dien geest was ook art. 244 van het Wetb. 1830 gesteld: „Na den afloop der pleidooien over de zaak ten principale, kan geene tusschenkomst meer plaats hebben.” Deze bepaling hief meteen het onbepaalde van art. 340 C. de pr. op. Bij de herziening van 1837 werd het artikel veranderd op deze toelichting: „Dat na het pleidooi geen voeging of tusschenkomst meer kan plaats hebben,

behoeft wel niet gezegd te worden, maar dat na de conclusien waardoor de zaak voldongen wordt, ook geene voeging of tusschenkomst meer kan worden toegelaten, moest worden uitgedrukt." V. D. HONERT op § 288. Wie zal het argument overtuigend vinden? Men gaat uit van eene aanmerking op de redactie die men niet zou gemaakt hebben, als het artikel positief ware gesteld geweest door te bepalen, dat de tusschenkomst kan plaats hebben tot aan den afloop der pleidooien en komt nu tot eene wijziging in beginsel, zonder dat het althans blijkt dat men doel en strekking van het middel van tusschenkomst zelf heeft overwogen of duidelijk voor oogen had. Of men wel gedacht heeft aan de beperking die nu voor de interventie in summere zaken wordt gesteld is zeer te betwijfelen. Want de jurisprudentie moge aan dit bezwaar te gemoet komen door de interventie in summere zaken toe te laten nadat de conclusien ter audientie genomen zijn en de partijen toegelaten zijn om conclusien van repliek en dupliek te nemen; deze conclusien, welke de wet niet kent, zijn, aangenomen dat de wet ze toelaat, niet de in art. 139 bedoelde conclusien waarop de wetgever, als hij van conclusien ter audientie in summere zaken spreekt en, bepaaldelijk in art. 141, alleen het oog kan hebben. Dat het alleen de vraag is, welke conclusien art. 141 bedoelt, verloor m. i. de Rechtbank te Rotterdam, bij haar vonnis van 10 December 1877 R. Bijbl. 1878 bl. 133, uit het oog. Voorts zou ik met OUDEMAN I bl. 322 van oordeel zijn, dat ook met toestemming der partijen na het nemen der conclusien de tusschenkomst uitgesloten is, eene vraag waarover indertijd de Rechtbank te Amsterdam en het Hof van Noordholland verschillend oordeelden. Had de wetgever art. 244 W. 1830 behouden, dan was dit bezwaar niet ontstaan en de bepaling van den Code „sans retarder le jugement" liet ook aan het oordeel des rechters meer vrijheid.

Opmerkelijk is de bepaling van het Duitsche wetboek hetwelk in § 61 de Hauptintervention toelaat „bis zur rechtskräftigen Entscheidung dieses Rechtsstreits."

De bepaling van het Wetboek van 1830 heeft boven die van de fransche wet nog dit voor, dat zij geen twijfel overlaat omtrent de vraag of den intervenient alle middelen ten dienste staan, welke hij tot staving van zijn eisch noodig heeft, zonder daarbij gebonden te zijn door die welke reeds in het hoofdproces gebezigd werden. BOURBEAU, die deze vraag het uitvoerigst uiteenzet (p. 161 vv.), wijst er op, hoe door de oude rechtsgeleerden hierbij onderscheid werd gemaakt tusschen

de principale en de accessoire interventie. Ten opzichte van de eerste, (ad removendum agentem et defendentem), onze tusschenkomst, nam men de zelfstandigheid des tusschenkomenden eischers aan en dat gevoelen werd door BORNIER, aant. op de ordonnantie, gesteund. BOURBEAU is evenwel van oordeel, dat dit gevoelen alleen kan opgaan als men aanneemt dat de interventie afzonderlijk moet worden behandeld en uitgemaakt, niet wanneer het beginsel wordt aangenomen van de ordonnantie en van den Code, dat op beide gelijktijdig moet worden recht gedaan. Ik zie daarin evenwel geen reden om de tusschenkomst te onderwerpen aan die regelen, welke zeker omtrent voeging, de accessoire interventie, gelden moeten, maar wel kan ik mij begrijpen dat BOURBEAU een onoverkomelijk bezwaar vind in het verbod van art. 340 „de retarder le jugement” dat ook CARRÉ Q. 1274 in de noot doet twijfelen, evenals BERRIAT ST. PRIX, wiens gevoelen hij volgt, ofschoon hij weer verplicht is te erkennen dat dan de interventie veel van haar nut verliest. In ons art. 288 vinden wij die bezwarende woorden niet en de interventie eens tot aan de conclusien toegelaten zijnde, moet dan ook in haren geheelen omvang en met al hare gevolgen toegelaten worden. Wanneer men nu evenwel bedenkt, dat bij de summiere behandeling niet licht een getuigenverhoor zal worden gevraagd vóórdat de conclusien zijn genomen, dan zal ook daardoor alweder blijken dat de beperkende bepaling van art. 288: tot aan de conclusien, het gebruik van het middel uitermate beperkt.

Tusschen-  
komst bij  
executie.

Het middel van tusschenkomst wordt buiten eigenlijk geding op eene bijzondere, aan de algemeene analoge, wijze toegepast om de opvordering van eigendom te doen gelden ten aanzien van in beslag genomen goederen. Art. 456 en art. 538—543.

Alleen bij de opvordering van eigendom van onroerende goederen spreekt de wet van tusschenkomst. De eigenaar kan zijn recht doen gelden „door zich als tusschenkomende partij in de executie te stellen,” art. 538. Daar de verkoop ter terechtzitting geschiedt, staan de executant en de geexecuteerde hier, als in een geding, voor den rechter. De tusschenkomst kan alzoo ook hier bij verzoekschrift geschieden, want partijen zijn reeds in den gerichte tegenwoordig.

Geldt het roerend goed dan geschiedt de verkoop door tusschenkomst van een deurwaarder op de plaats der inbeslagneming. Er is dus zelfs geen schijn van een geding en de partijen in de executie

moeten bij dagvaarding voor den rechter geroepen worden. Daarom heet dit waarschijnlijk geen tusschenkomst, ofschoon de eigenaar door de wijze waarop hij hier optreedt, door zich nl. tegen den verkoop te verzetten, art. 456, inderdaad in de executie tusschenkomt. In verband daarmee wordt hier niet van eene schorsing der executie gesproken; zij ligt in de strekking van het rechtsmiddel; terwijl bij onroerend goed die schorsing opzettelijk geregeld wordt. Art. 540.

Dat in beide gevallen de in het ongelijk gestelde eischer behalve in de kosten van het proces tot vergoeding van kosten, schaden en interessen jegens den beslaglegger kan worden veroordeeld, zal wel daarop berusten dat in den eisch een verzet ligt tegen een met executoriale kracht voorzien vonnis. Art. 456 en 543.

De opvordering van eigendom van schepen, die in art. 576 eisch tot reclame wordt genoemd, is aan dezelfde regelen onderworpen, zonder onderscheid of het beslag is gelegd op vaartuigen van tien lasten of minder en derhalve de verkoop plaats heeft als van andere roerende goederen, dan wel van grootere vaartuigen die als onroerende goederen ter openbare terechtzitting worden verkocht. Van tusschenkomst wordt hier niet gesproken, maar zij heeft even goed als bij inbeslagneming van ander roerend of onroerend goed plaats. Wanneer art. 577 bepaalt dat hij die de reclame instelt, zijn recht vervolgt voor de rechtbank, hetzij op korte termijnen, hetzij als een summiere zaak, dan ligt daarin duidelijk genoeg dat hij dit bij dagvaarding moet doen en zullen wel de beslaglegger en diens tegenpartij moeten gedagvaard worden, terwijl het „inbrengen van den eisch ter griffie” wel daarin zal bestaan, dat een afschrift van de dagvaarding ter griffie wordt gebracht. Art. 576.

Zie nog eene regeling van de tusschenkomst bij arrest onder derden in artt. 754 en 755 B. R.

### § 82. VERVOLG.

#### III. VOEGING.

Wanneer iemand belang heeft bij den uitslag van een tusschen anderen <sup>Wanneer heeft</sup> aanhangig geding, is hij bevoegd om zich in dat geding bij eene der <sup>plaats?</sup> partijen aan te sluiten ten einde daartoe mede te werken dat zij in het

gelijk gesteld worde. Hij doet dit door, gelijk de wet het noemt, zich „in het geding [bij eene der partijen] te voegen.”

De wet geeft evenmin van voeging als van tusschenkomst eene bepaling. Op het onderscheid, dat de wet door de tweërlei benaming meer onderstelt dan uitdrukt, heb ik vroeger gewezen en dit wordt in bovenstaande bepaling in tegenstelling van die van tusschenkomst aangewezen. Voegen is alzoo tusschenkomen tot ondersteuning van eens anders, niet tot onmiddellijke handhaving van een eigen recht. Hij die zich voegt behartigt zijn eigen belang, waakt voor zijn eigen recht door een ander in de handhaving van het zijne ter zijde te staan. De Romeinen noemden de voeging: *interventio*; voegen: *intervenire* en drukten hetzelfde denkbeeld ook door *causae adesse* uit. l. 4 § 4 D. de appell. 49. 1. l. 69 D. de procurat. 3. 3. l. 29 pr. D. de inoff. test. 5, 2.

Nadere bepaling van belang.

Zoodanig belang is aanwezig, wanneer de rechten of verplichtingen van een derde onder den invloed staan van den uitslag van een tusschen anderen gevoerd proces.

Zoo kan door een vonnis tusschen anderen gewezen de grondslag van een aan een derde toekomend recht of eene rechtsbetrekking waarin hij staat wegvallen; dat recht of die rechtsbetrekking worden daardoor opgeheven. Verder kan, wanneer iemand, wegens de voldoening aan eene verbintenis, op een ander verhaal heeft, de veroordeeling tot die voldoening grond of aanleiding worden tot verhaal op den derde, dezen dus aansprakelijk maken. Of wel eene uitspraak tusschen anderen gewezen wordt de grond van eene vordering tot schadeloosstelling van een der partijen tegen een derde.

Dan moet de bevoegdheid om als gevoegde partij op te treden uit den aard der zaak, omdat er een gerechtvaardigd belang bestaat, worden toegekend. Voorts van zelf in die gevallen waarin de wet haar uitdrukkelijk toekent.

De grondslag van een recht of rechtsbetrekking valt weg. Men denke hierbij aan het geding dat tusschen den erfgenaam bij versterf en den testamentairen erfgenaam wordt gevoerd over de geldigheid van het testament. Wordt de nietigheid van het testament

uitgesproken, de legataris zal zijn legaat niet kunnen vorderen Deze heeft alzoo belang bij het in standblijven van het testament en zal dit belang kunnen doen gelden door zich in het geding te voegen bij den testamentairen erfgenaam. Vide l. 5 § 1—4 l. 14 pr. D. de appell. 49. 1. Bij ons is eveneens het recht van den legataris afhankelijk van de geldigheid van het testament, waarover de actie wel in de eerste plaats tegen den testamentairen erfgenaam en althans door den erfgenaam bij versterf alleen tegen dezen kan worden ingesteld. In Nov. 112 Cap. 1 wordt nog gesproken van het geval dat eene res litigiosa is gelegateerd. Hier is het belang van den legataris licht grooter dan dat van den erfgenaam en alzoo zijne voeging in het proces, dat toch alleen door den erfgenaam kan gevoerd worden, meer dan ooit gerechtvaardigd. Onze wetgever past het gestelde beginsel toe door in art. 1058 B. W. aan de uitvoerders van een uitersten wil de bevoegdheid toe te kennen „om, in geval van geschil, in rechte optetreden om de geldigheid van den uitersten wil staande te houden”, de partij die de geldigheid van het testament beweert, in hare bewering te ondersteunen. (intervenir en cas de contestation pour soutenir la validité du testament). Dat het optreden in rechte door middel van tusschenkomst en meer bepaaldelijk van voeging moet plaats hebben, nam de Hooge Raad zeer terecht aan bij arr. 14 November 1851 W. n<sup>o</sup>. 1281. Anders OPZOOMER IV, bl. 359 en DIEPHUIS V. n<sup>o</sup>. 28 die echter zichzelf uitnemend weerlegt in het Systeem IX, bl. 353 vv. Terwijl art. 1031 C. C. van intervenir spreekt, wordt deze zelfde uitdrukking in den franschen tekst van art. 1094 § 5 Wetb. 1830 gevonden, welks hollandsche tekst met die van ons wetboek overeenstemt. Het ligt overigens in den aard der zaak. Voeging is hier ter handhaving van des executeurs eigen recht het eigenaardig middel. Hij ontleent zijne hoedanigheid niet aan het testament als zoodanig a. 1052; al zal hij, in zijne hoedanigheid aangetast op grond van de nietigheid van het testament, dit van zelf kunnen verdedigen, eene actie tot nietigverklaring van het testament ware oneigenaardig tegen hem gericht en nog veel minder kan hij geroepen zijn een eisch tot geldigverklaring van het testament in te stellen. Wel kan hij geroepen zijn zich in een geding over de geldigheid van het testament te voegen, dewijl zijne hoedanigheid van de handhaving van het testament afhankelijk is. En zoo verklaart zich de uitdrukkelijke toekenning van dat recht tot voeging gereedelijk uit de regeling van de hem opgedragen zorg voor de uitvoering van den uitersten wil. De uitdrukkelijke toekenning van het recht maakt dat het niet uitsluitend van



de overweging van zijn eigen belang afhankelijk zal zijn of hij er van gebruik zal maken, maar dat hij tevens met het oog op de belangen van legatarissen dit zal hebben te doen.

De veroordeeling geeft grond of aanleiding tot verhaal op een derde.

Dit heeft bijv. plaats wanneer een zelfschuldige borg of een hoofdelijk voor het geheel verbonden medeschuldenaar tot betaling is aangesproken. Immers, wordt de borg of de medeschuldenaar veroordeeld, hij zal moeten betalen en verhaal op den hoofdschuldenaar of op den medeschuldenaar kunnen uitoefenen, art 1876 vv., 1329 B. W. Deze laatsten hebben alzoo een behoorlijk gerechtvaardigd belang om den aangesproken borg of medeschuldenaar in zijne verdediging te steunen, daartoe mede te werken dat hij gelijk krijgje. Cf. l. 8 § 8 D. mandati 17. 1.

De veroordeeling wordt de grond van eene vordering tot schadeloosstelling van een der partijen tegen een derde.

Wanneer de meerderjarige in een proces geraakt over rechtsbetrekkingen, waarin hij gedurende zijne minderjarigheid door den voogd is geplaatst, kan de uitslag van het proces eene aansprakelijkheid van den gewezen voogd ten gevolge hebben. Deze heeft dus belang om den minderjarige de overwinning van het proces te bezorgen. Cf. l. 1 C. ut causae post. pub. tut. adsit 5, 48. — Wanneer de kooper door den eigenaar of rechthebbende op het verkochte goed wordt aangesproken, zal, bij veroordeeling, de verkoper tot vrijwaring gehouden zijn. Deze laatste heeft alzoo belang daarbij, dat de kooper het geding tegen den eigenaar of rechthebbende winne. Art. 1528 vv. B. W. Cf. l. 4 § 3 de appell. 49. 1. Zoo heeft de verhuurder belang bij 't geding tegen den huurder gevoerd door dengene die beweert eenig recht op het verhuurde te hebben, omdat voor hem de verplichting kan ontstaan tot vermindering van den huurprijs art. 1593, 1594 B. W. De beteekening welke aan den verhuurder moet gedaan worden, stelt hem in kennis met den eisch van den derde en in de gelegenheid om zich te voegen in het geding.

Wij hebben hier te doen met gevallen, waarin de rechten of verplichtingen van een derde door het tusschen andere personen gewezen vonnis bepaald worden, althans onder den invloed daarvan staan. Is dit dan eene uitzondering op den regel dat het rechterlijk gewijsde

alleen van kracht is tusschen partijen? Ofschoon men met recht kan zeggen, dat in vele van de boven behandelde gevallen de beslissing voor derden verbindend is, hebben wij toch zelfs dan niet met eene uitzondering te doen. Immers is de kracht die het vonnis hier uitoefent niet het gevolg daarvan, dat dit vonnis bij uitzondering eene rechtsbetrekking tusschen anderen dan de daarin betrokken partijen zou vaststellen. Het geval waarmede wij hier te doen hebben bestaat daarin dat de rechtsbetrekking van een derde tot eene der litigeerende partijen afhankelijk is van het al of niet bestaan der rechtsbetrekking of het recht waarover het geding gevoerd wordt, en terwijl dit nu, tengevolge van het daarover gevoerd geding, door het vonnis geconstateerd of uitgemaakt wordt, zoo ontstaat door het vonnis het feit dat voor het bestaan van het recht of van de verplichting van den derde vereischt wordt.

Met de hier besproken gevallen, waarover te vergelijken BAYER Vorträge § 44 en vooral WETZEL § 7, is nader het karakter aangegeven van het belang, dat een derde bij het geding moet hebben om zich in dat geding te voegen. Vóór alles moet dat belang uit een recht of verplichting voortvloeien en daarom moet het zijn wat de Deutsche wet in § 63 „ein rechtliches Interesse” noemt. Zeer terecht werd in de toelichting tot die § opgemerkt: „Ob der Fall eines solchen rechtlichen Interesse vorliegt entscheidet das bürgerliche Recht.” Begründung des Entwurfs ad §§ 63—67, bl. 106. Ofschoon ook CARRÉ daarop schijnt te doelen als hij zegt dat het hier eer eene vraag geldt van materieel dan van formeel recht, zoo is toch, dunkt mij, door de fransche uitleggers dikwijls eene te ruime toepassing aan dat belang gegeven en zijn zij principieel op den verkeerden weg, wanneer zij als CHAUVEAU op CARRÉ Q. 1270 (p. 709) zeggen: „nous n'admettons aucune restriction au sens naturel de ce mot intérêt et, du moment qu'il en existe un, de quelque nature qu'il soit, nous reconnaissons l'admissibilité de l'intervention, laissant néanmoins aux tribunaux le pouvoir d'apprécier si cet intérêt est réel, si c'est un intérêt d'équité ou un intérêt de vexation.” Als een gevolg daarvan is CHAUVEAU dan ook van oordeel, dat de schuldeischers het recht hebben om zich in een door hun schuldenaar gevoerd geding te voegen, ook al had art. 1166 C. C. hun niet het recht gegeven om de rechten van hun schuldenaar uit te oefenen (Q. 1270, 2<sup>o</sup>.) Andere fransche schrijvers achtten evenwel het recht tot tusschenkomst van de schuldeischers juist in dat art. 1166 gegrond (BOURBEAU t. a. p. bl. 115, 127, BOITARD n<sup>o</sup>. 532, DEMIAU geci-

teerd in de brusselsche uitgave van CARRÉ.) De ruime toekenning van het recht van voeging in de duitsche wet had ook vooral plaats om de in enkele gedeelten van Duitschland geldende bepaling van datzelfde art. 1166. Zie Begründung des Entwurfs l. c. Het belang dat de schuldeischers hebben bij de instandhouding van het vermogen van hunnen schuldenaar geeft hun geen recht om eenigermate in het beheer van dat vermogen in te grijpen; de schuldenaar blijft, al strekken zijne goederen zijnen schuldeischers tot waarborg, in beheer en beschikking daarover volkomen vrij; hun belang openbaart zich, naar onze wetgeving, in een recht alleen waar de schuldenaar handelt tot opzettelijke benadeeling hunner rechten (art. 1367, 1989); daaraan kunnen zij een recht van derde verzet tegen een tegen den schuldenaar uitgesproken vonnis ontleenen en onder omstandigheden wellicht om in een tegen den schuldenaar gevoerd geding tusschen te komen. Maar de hoedanigheid van schuldeischer alleen geeft hun, bij het ontbreken van eene bepaling als artt. 1166 C. C., tot voeging bij ons geen recht.

Wanneer in art. 243 B. W. aan de schuldeischers van den man het recht wordt toegekend om in het geding tot scheiding van goederen tusschen beide te komen ten einde den eisch tot scheiding van goederen te betwisten, is 't niet zoo gemakkelijk uit te maken of daarbij aan eene eigenlijke tusschenkomst of aan voeging is te denken. De aanleiding welke de wetgever had om den schuldeischers dit recht toe te kennen ligt zeker in de hier zoo licht mogelijke opzettelijke verkorting hunner rechten. Het verband met art. 247, dat in art. 1447 C. C. door vereeniging van beide bepalingen in één artikel veel duidelijker uitkwam, toont aan dat beide de uiting zijn van denzelfden gedachtengang. De vrees voor samenspanning deed ook in art. 810 B. R. de enkele bekentenis van den man als bewijsmiddel uitsluiten. Had de wetgever de opzettelijke benadeeling als grond voor de tusschenkomst aangegeven, wij zouden hier met een eigenlijke tusschenkomst te doen hebben. De schuldeischers stelden dan de handhaving van het hun toekomend zelfstandig recht tegenover eischer en gedaagde. Nu de wetgever evenwel, en te recht, hun de bevoegdheid ruimer heeft toegekend en zij dus even goed de vordering om haar zelve, als op onvoldoenden grond ingesteld, kunnen betwisten en de mogelijkheid van benadeeling hetzij opzettelijk of niet, veeleer de aanleiding is om hun het recht toe te kennen, kan niet anders dan aan voeging gedacht worden. Dat zij toegelaten worden om de vordering te betwisten is in de eerste plaats het

gevolg daarvan, dat zij wel niet anders dan de zijde van den man kunnen kiezen en dat zij dat recht van betwisten hebben zonder onderscheid of de man al of niet berust in de vordering, strekt ten bewijze, dat hier althans de voeging medebrengt, dat de zich voegende partij aan de processuële houding van de partij bij wie zij zich voegt in dit opzicht niet gebonden is.

Zeër ten onrechte zoude deze bepaling worden gebruikt om aan de schuldeischers een algemeene bevoegdheid tot voeging in een tegen hunnen schuldenaar gevoerd geding toe te kennen. -- Evenmin kan art. 863 B. W. daartoe grond opleveren. Daar wordt wel aan de schuldeischers van den vruchtgebruiker het recht gegeven om in een tusschen hun schuldenaar en den eigenaar gevoerd geding tusschen te komen, en daardoor een bestanddeel van des schuldenaars vermogen voor dezen en te hunnen bate te behouden, maar noch van eene voeging aan de zijde van den schuldenaar tot bestrijding van des eigenaars vordering, noch van een tusschenkomen tot handhaving van een eigen recht tegenover eigenaar en vruchtgebruiker, de beide partijen in deze, is hier sprake. De tusschenkomst strekt hier juist om aan den strijd tusschen eigenaar en vruchtgebruiker een einde te maken door den eischer-eigenaar te bevredigen.

De wet kent de bevoegdheid om zich in een geding te voegen uitdrukkelijk toe aan de schuldeischers in het geding over de homologatie van het accoord. Art. 846, W. v. K. De schuldeischers die in het accoord hebben toegestemd of die de raadpleging daarover niet hebben bijgewoond, hebben hier wel zoodanig belang als ik hierboven in het algemeen tot vereischte stelde. Zeker staat hun recht onder den invloed van den uitslag van een tusschen anderen: den gefailleerde en de zich verzettende schuldeischers, gevoerd proces, al is hier geen van de nader door mij aangewezen gevallen aanwezig waarin dat belang zich kan openbaren. De homologatie toch van het accoord, waarover geprocedeerd wordt, zal dat accoord voor alle schuldeischers ook voor hen verbindend maken. Intusschen bestond er meer dan eene reden voor den wetgever om in dit geval de bevoegdheid tot voeging uitdrukkelijk toe te kennen en te regelen. Voorceerst zou men kunnen twijfelen of voeging toegelaten kon worden, waar de wet de handhaving van het recht op bijzondere wijze regelt door raadpleging en stemming over het accoord en daarnaast alleen verzet toe te kennen aan de tegenstemmers. Ten andere moest met de toelating van de voeging de bevoegdheid nader

worden bepaald, wilde men niet aanleiding geven tot de meening dat het verzet alles op losse schroeven stelde zoodat men ook aan de eens gegeven stem nu niet gebonden bleef. Nu worden, en te recht, tegenover het verzet alleen toegelaten tot voeging bij den gefailleerde zij die de aanneming van het accoord in hun belang hebben geacht. De tegenstemmers zijn uitgesloten van de voeging omdat zij, ware het hun ernst, zich hadden kunnen verzetten. Voorts worden toegelaten zij, die de raadpleging over het accoord niet hebben bijgewoond, die dus door hun wegblijven niet geheel beroofd zijn van de bevoegdheid om op het tot standkomen van het accoord invloed te oefenen en die, door geen stem gebonden, zich kunnen voegen aan de zijde welke zij verkiezen. Anders denkt over dit laatste punt de MAREZ OIJENS Faillietenrecht, bl. 296, die daarbij echter op de veranderde redactie van art. 864 niet schijnt gelet te hebben. VOORDUIN ad art. I.

Des derden  
bevoegdheid.

Het begrip van voeging brengt mede dat de derde het geding aanvaardt in den stand waarin het zich bevindt.

Opkomende om de hoofdpartij te steunen en daartoe krachtens de wet bevoegd, moet de derde de bevoegdheid hebben om alle middelen en gronden aan te voeren, welke bevorderlijk kunnen zijn aan de overwinning der hoofdpartij. Want hij voegt zich om door de bevordering van eens anders triomf, zijn eigen belang te bevorderen. Of hij met goed gevolg verklaringen zal kunnen afleggen of handelingen verrichten met die der hoofdpartij in strijd, hangt van de verhouding waarin zijn recht staat tot dat der hoofdpartij en van bijzondere bepalingen af.

Het begrip van voeging: zich bij eene partij in het geding aansluiten, brengt mede dat degene die zich aansluit, met de hoofdpartij medegaat, met deze den aangevangen strijd wel voortzet, maar dien niet doet teruggaan; hij kan dus niet van voren af beginnen. De partij die het geding aanving had daarin den derde niet te kennen. Zij is en blijft de partij in het geding en van hare verklaringen en handelingen is de loop van het proces in de eerste plaats afhankelijk. Causae adesse, dat is de bevoegdheid eener zich voegende partij. Het gevolg daarvan is dat van de middelen die door den loop van het geding gedekt zijn, ook door de gevoegde partij geen gebruik meer gemaakt kan worden. Maar bepaalt zich hare bevoegdheid tot het causae adesse, of kan zij verder gaan, en zelf handelingen ver-

richten, middelen aanwenden of gronden aanvoeren, wat de Romeinen *causam agere* noemen en den intervenient in l. 14 pr. D. de appell. 49.1 toegestaan wordt? De Civilprozesordnung bepaalt in § 64: Der Nebenintervenient muss den Rechtsstreit in der Lage annehmen, in welcher sich dieser zur Zeit seines Beitritts befindet; er ist berechtigt, Angriffs- und Vertheidigungsmittel geltend zu machen und alle Prozesshandlungen wirksam vorzunehmen, in soweit nicht seine Erklärungen und Handlungen mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei in Widerspruch stehen." Zal het *causae adesse* iets beteekenen dan moet der gevoegde partij zeker deze bevoegdheid toegekend worden. Hij is in 't proces om voor zijn belang te waken door de hoofdpartij te steunen. Handelt deze niet, laat zij middelen of gronden ongebruikt, de gevoegde partij zal deze kunnen aanvoeren of gebruiken. Zij handelt daardoor niet met wat de hoofdpartij verrichtte in strijd; deze laat haar begaan, terwijl zij door eigen handelingen of verklaringen in staat zou zijn de door haar gewilde richting, indien deze eene andere ware, aan het proces te geven, en den invloed, die tegen haren wil door de gevoegde partij zou worden uitgeoefend, te breken. De handelingen of verklaringen dezer laatste in strijd met die der hoofdpartij zouden voor deze althans niet gelden. Wanneer wij dus ook in zooverre aan de gevoegde partij het *causam agere* toekennen, blijven wij geheel binnen het begrip van voeging en er bestaat geen bezwaar dien regel van § 64 ook in ons recht aantenemen.

De deutsche wetgever gaat evenwel verder en bepaalt in § 66: „Insofern nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Rechtskraft der in dem Hauptprozesse erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältniss des Nebenintervenienten von Wirksamkeit ist, gilt der Nebenintervenient im Sinne des § 58 als Streitgenosse der Hauptpartei." Dan gaat dus de bevoegdheid der gevoegde partij verder: zij is dan als ware zij medeischer of medegedaagde, handelt zelfstandig en hare handelingen kunnen der hoofdpartij niet schaden noch voordeelig zijn, evenmin als die der hoofdpartij voor haar voordeel of nadeel aanbrengen. Desniettegenstaande zal toch het vonnis op de hoofdzaak gewezen voor de gevoegde partij bindend zijn, want het is juist op deze gevallen dat § 66 doelt. Als men de leer van WETZELL volgde, dat eigenlijk in alle gevallen van voeging het vonnis op de hoofdzaak voor de gevoegde partij bindend is (t. a. p. bl. 49, § 47 bl. 579), dan zou de regel van § 66 een algemeene zijn. Doch het is duidelijk dat, bij de uitgebreidheid der gevallen waarin § 63 voeging toelaat, hier van bijzondere gevallen de

rede is. De toelichting zegt dan ook, dat in § 66 bedoeld zijn: „die Fälle, in welchen das Recht oder die Verbindlichkeit des Nebenintervenienten durch das Bestehen des Rechts oder die Verbindlichkeit einer im Prozesse begriffene Partei bedingt ist.” Begründung des Entwurfs ad § 66 p. 109. Doch ook dit is niet zoo algemeen als het schijnt. Daaronder is toch niet begrepen het geval dat de veroordeeling der hoofdpartij tot verhaal op de gevoegde partij grond gaf. Dit blijkt al dadelijk uit de verwijzing, na de aangehaalde woorden, naar LEONHARDT B. P. O. s. 46 Anm. 3. LEONHARDT zegt in die aangehaalde aantekening op § 36 van de bürgerliche Prozessordnung van Hannover (p. m. 42), welke § het in § 66 uitgedrukte denkbeeld teruggeeft, dat daaruit volgt dat Intervent en Intervenient niet in alle gevallen ware medepartijen (Streitgenossen) zijn. „Es ist zu unterscheiden”, zegt hij, ob das Interesse des Intervenienten in der Regresspflicht oder darauf beruht, dass sein Recht oder seine Verbindlichkeit durch das Bestehen des Rechts oder der Verbindlichkeit einer im Prozesse begriffenen Partei bedingt ist. Im letzteren, nicht in ersteren Falle ist eine wahre Streitgenossenschaft anzunehmen.” Het is dus duidelijk dat, in geval uit de veroordeeling een recht van verhaal voortspruit, LEONHARDT en met hem de toelichting van het duitsche ontwerp van oordeel is dat de verbintenis der gevoegde partij niet van het bestaan van de verbintenis der hoofdpartij afhankelijk is. Men kan als WETZELL t. a. p. (hij schreef niet met het oog op de Processordnung) eene andere leer zijn toegeedaan, de aangegeven bedoeling der Prozessordnung is duidelijk in § 66 j<sup>is</sup> 63 en 64 uitgedrukt en deze wordt nog bevestigd door hetgeen verder in de toelichting van het Ontwerp volgt: „Ein Beispiel geben l. 50 § 1 de legatis I; l. 14 D. de appell. 49. 1 und das A. L. R. I, 12 § 298 für einen Prozess zwischen dem Testaments- und Intestat-erben über die Gültigkeit eines Testaments, wenn dem Ersteren der Legatar beitriff. In diesen Fällen darf der Nebenintervenient, wie die l. 14 pr. sagt, nicht nur causae adesse, sondern auch causam agere; er steht dem Gegner nach § 58 selbständig als Einzelner gegenüber.” Een ander voorbeeld zou het geval kunnen opleveren dat eene zaak waarover geschil was gelegateerd. Ook zoude ik de gevallen waarin de veroordeeling van de hoofdpartij tot eene actie tot schadevergoeding tegen de gevoegde partij (verkooper of verhuurder) grond kan geven, daartoe willen brengen. Het is niet te ontkennen, dat deze gevallen van die, waarin alleen een recht van verhaal tegen een derde door de veroordeeling ontstaat, onderscheiden zijn. In de hier behandelde kan men zeggen dat het recht



van den legataris bijv. even goed als dat van den erfgenaam het onderwerp van het geschil uitmaakt. Waar slechts een recht van verhaal ontstaat, blijft in het hoofdgeschil uitsluitend de verbintenis van de hoofdpartij, die niet is die der gevoegde partij, het onderwerp van het debat. Het bestaan daarvan wordt inderdaad tegenover den regresplichtige, als die zich niet gevoegd heeft, niet uitgemaakt.

Zouden wij dan dat beginsel van § 66 ook bij ons kunnen aannemen en in de daar bedoelde gevallen der gevoegde partij ook met het *causae adesse* het *causam agere* toekennen? Zal men kunnen zeggen dat dit laatste zóó ver uitgestrekt, buiten het begrip van voeging ligt, als het er reeds naar 't R. R. in begrepen werd en onze wetgever de voeging, zonder nadere regeling, als eene bekende instelling overneemt? Ik geloof dat dit niet aangaat, doch ik erken dat de ontstentenis van eenige nadere bepaling tot verschil van gevoelens kan aanleiding geven. Men houde hierbij in het oog dat, wanneer dit middel van handhaving van een toekomstend recht bij wijze van voeging gegeven is, het middel ook zooveel mogelijk tot dengdelijke handhaving moet kunnen strekken. Met het oog op de door mij in beginsel, op het voorbeeld van de *Processordnung*, aangenomen onderscheiding schreef ik in den tekst: Of hij met goed gevolg verklaringen zal kunnen afleggen of handelingen verrichten met die der hoofdpartij in strijd, hangt van de verhouding af waarin zijn recht tot dat der hoofdpartij staat.

Ik voegde daarbij: en van bijzondere bepalingen. Immers voor den executeur-testamentair komt mij de ruimere bevoegdheid om de bijzondere bepaling van art. 1058 niet twijfelachtig voor. Die bevoegdheid, zoo opzettelijk toegekend, moet wel meëbrengen dat hij ook in de middelen tot verdediging van zijn recht niet beperkt is. Dat het middel hem daartoe gegeven dat van voeging is, mag niet afdoen, want bestaat dit in de eerste plaats in een *causae adesse*, het sluit uit zijn aard een *causam agere* niet uit, zooals het R. R. dit leert. — Hetzelfde acht ik het geval met de bevoegdheid aan de schuldeischers van den man toegekend om den eisch tot scheiding van goederen te betwisten. Zie boven bl. 60.

Het gevolg van deze meer zelfstandige stelling der gevoegde partij zou dan o. a. dit zijn dat zij, niettegenstaande de hoofdpartij erkende, dus door een positieve daad van verdediging afzag, de gevoegde partij de waarheid van de feiten, welke den grondslag van den eisch uit-



maken, kon bestrijden, eene bevoegdheid welke ik den regresplichtigen derde in het hoofdproces niet zou toekennen.

In beginsel zouden alzoo, bij gebreke van nadere voorschriften, de bepalingen der duitsche wet met hare onderscheiding tusschen de verhouding van het recht der gevoegde partij tot de hoofdpartij, als uit den aard van het rechtsmiddel in verband met zijn oorsprong voortvloeiende, bij ons gevolgd kunnen worden. Ik zeg: in beginsel. Want, terwijl de Duitse wet der gevoegde partij in 't algemeen het recht geeft om, als de hoofdpartij stil zit, in hooger beroep te komen en zelfs om zich in 't geding te voegen door aanwending van het rechtsmiddel van hooger beroep (§ 63 lid 2; zie echter ook § 64 en STRUCKMANN u. KOCH die Civilprozessordnung erläutert Anm. 3 op § 63 en Anm. 1 op § 64.), geheel in overeenstemming met het Rom. recht (l. 29 pr. de inoff. test. 5, 2; l. 4 § 3, 5 § 1 sqq. l. 14 pr. de appell. 49. 1. Cf. WETZEL, S. 51.), zal men dit bij ons in het geheel niet kunnen aannemen. Het instellen van hooger beroep, bij wijze van voeging, wordt door de bepaling van art. 288 B. R. uitgesloten, en wanneer de wetgever bij de regeling van het h. b. van partijen spreekt, heeft hij daarbij zeker de gevoegde partij niet op het oog.

Zal de gevoegde partij, door haar optreden, een vonnis bij verstek tegen de hoofdpartij kunnen voorkomen? Naar de Prozessordnung, die het evenwel niet uitdrukkelijk bepaalt, wordt het door de schrijvers (Zie de aant. van STRUCKMANN u. KOCH ad § 64) algemeen aangenomen, omdat de gevoegde partij daardoor niet noodzakelijk met de hoofdpartij in tegenspraak komt. Ik kan dit niet toegeven. Als de hoofdpartij verschenen is en dan geen of geen voldoende verdediging voert, kan men met recht zeggen, dat de gevoegde partij door aanwending van afdoende middelen niet in tegenspraak met de andere handelt, maar 't ontbrekende aanvult, dus ondersteunt; maar als de hoofdpartij verstek laat gaan, kan van handelen in tegenspraak met haar geen kwestie zijn, immers er is daar geen hoofdpartij; zij is niet verschenen en juist bij 't verleen van verstek constateert de rechter dat zij er niet is; strijd wordt daardoor uitgesloten, hoe zal aan ondersteuning in den strijd gedacht kunnen worden? Hoe zal men, al wordt het geding aanhangig gemaakt door de dagvaarding, bij niet verschijning van den gedaagde, kunnen spreken van „een rechtsgeding, hangende tusschen andere partijen” dat art. 285 voor het gebruik maken van voeging onderstelt; hoe zal de beteekening kunnen geschieden van het verzoekschrift aan de gekozene

woonplaats van partijen volgens art. 286 § 2? En wanneer iemand zich zou willen voegen bij den eischer die verstek liet gaan zou de niet-toelaatbaarheid daarvan nog duidelijker blijken, daar de gevoegde partij toch niet wel zou kunnen ondersteunen eene partij die den aanleg niet mag voortzetten en niet zou kunnen ageeren tegen eene partij die van den aanleg ontslagen is. Het komt mij op deze gronden voor dat de Rechtbank te Arnhem 23 Juni 1884 (W. n°. 5101) ten onrechte interventie toeliet bij niet-verschijning van gedaagde. Kan dan eene hoofdpartij op die wijze een rechthebbende verhinderen om van het hem toegekende middel van voeging gebruik te maken? Ja zeker, dewijl dat middel van voeging afhankelijk is daarvan dat er een geding tusschen twee partijen hangende is. Hoe in het bedoelde geding de rechtbank heeft kunnen aannemen dat de gevoegde partij aan de vereischen van artt. 285 en 286 waarover ik spreek, heeft voldaan, blijkt uit het vonnis niet; dat de Rechtbank begrepen heeft dat de intervenieerende hyp. schuldeischer zijn recht van hypotheek niet mocht verliezen doordien de niet-verschijnende gedaagde het erfpachtsrecht, waarop de hypotheek gevestigd was, bij verstek vervallen zou laten verklaren, en haar rechtsgevoel haar dus dwong die berooving te voorkomen, laat zich verklaren; maar, vergat de Rechtbank niet, dat, wanneer aan den hypotheekhouder de weg om zich te voegen was versperd, hem altijd tegen het tegen de oorspronkelijke gedaagden gewezen vonnis zou openstaan het verzet door derden in art. 376 juist toegekend aan hen die door voeging of tusschenkomst geene partij in het geding zijn geweest?

Zoo zal men altijd, bij de beoordeeling der vraag of de gevoegde partij van een of ander middel kan gebruik maken, niet alleen moeten letten op wat de aard der voeging op zich zelf zou toelaten, maar ook of het middel zelf met het oog op zijne bijzondere vereischen een gebruik maken daarvan bij wijze van voeging toelaat. Zoo zou m. i. de vraag, of een gevoegde partij tot eedsopdracht bevoegd is, op grond van art. 1971 B. W. ontkennend moeten beantwoord worden.

Voor zoover de gevoegde partij niet kan beletten, dat de hoofdpartij door verzuim of opzet hare rechten benadeelt, zal zij ex art. 1401 B. W. die hoofdpartij tot schadevergoeding kunnen aanspreken.

Wanneer het belang van den derde van dien aard is dat het dat van den in het proces betrokken gedaagde overheerscht, zoodat deze daarbij eigenlijk persoonlijk geen belang heeft, kan de voeging daartoe leiden

Overnemen  
van het proces.

dat de derde het voeren van het proces van de hoofdpartij overneemt. De oorspronkelijk gedaagde blijft dan formeel hoofdpartij, in zoover het vonnis tegen hem wordt ten uitvoer gelegd.

Dat overnemen van het proces wordt het gevolg van de voeging wanneer de hoofdpartij de zaak overlaat, dus met hare bewilliging en met toestemming van den eischer. Art. 93 van de Algem. Man. proced. 1799 aan de bepaling omtrent de voeging voorafgaande luidde aldus: „Wanneer in de plaats van den gedaagden een ander, uithoofde van het belang hetwelk hij bij de zaak heeft, het proces voor en in de plaats van denzelfven overneemt, behoeft de eischer daarmede geen genoegen te nemen, dan mids de gedaagde mede bewillige dat het vonnis bij den rechter te wijzen tegen hem zal zijn executabel volgens formulier N<sup>o</sup>. 28 ” Deze bepaling werd in Art. 643 van het Wetboek van 1809 overgenomen. In onze wet komt dit overnemen van het proces alleen voor als een gevolg van zg. oproeping in vrijwaring art. 1594 § 2 B. W. art. 70 B. R. Daar in de meeste gevallen van dezen aard de gedaagde wel belang er bij zal hebben den derde op te roepen zal het overnemen der zaak krachtens voeging uit eigen beweging in den regel wegvallen. Maar het overnemen van het proces is bij ons in ieder geval aan de bepaling van art. 70 gebonden.

Wijze van  
procedeeeren.

De wijze waarop in zake van voeging geprocedeerd wordt, is dezelfde als die voor de tusschenkomst voorgeschreven. Daar hier evenwel geene vordering door den derde wordt ingesteld, kan deze ook niet in het inleidend verzoekschrift of in de conclusie ter audientie te nemen worden opgenomen.

Het verzoekschrift of de conclusie zal derhalve alleen het belang kunnen motiveeren. Alleen de betwisting daarvan zal tot het bij art. 287 bedoelde incident aanleiding geven.

Valt er geen betwisting, dan wordt de voeging geacht te zijn toegelaten ook zonder afzonderlijke uitspraak des rechters en zijn de hoofdpartijen verplicht alle beteekeningen of mededeelingen, welke zij elkander doen, ook aan de gevoegde partij te doen plaats hebben.

In zaken van summiere behandeling geeft het nemen van conclusie ter terechtzitting de gevoegde partij gelegenheid om te constateeren

dat de verlangde voeging niet is betwist en te verzoeken dat haar daarvan acte worde verleend.

Voegt de derde zich bij den eischer, dan zal hij al dadelijk den ingestelden eisch nader kunnen adstrueeren evenals de tusschenkomende partij bij het verzoekschrift of de conclusie tot tusschenkomst zijne vordering tevens instelt, doch in den regel zal hij wel het antwoord van den gedaagde afwachten.

Voegt de derde zich bij den gedaagde dan heeft hij ook, tenzij hij het proces overnam, alleen aan te vullen, dus ook aftewachten.

Ten aanzien van de veroordeeling in de kosten geldt bij de eigenlijke tusschenkomst niets bijzonders. Kosten.

Bij voeging wordt de gevoegde partij, indien hare hoofdpartij in het ongelijk gesteld wordt, veroordeeld in de kosten door de voeging veroorzaakt, gelijk de andere hoofdpartij, indien zij het proces verliest, jegens haar in de kosten der voeging wordt veroordeeld.

Voorloopige tenuitvoerlegging is bij voeging afhankelijk van den door de hoofdpartij ingestelden eisch; bij eigenlijke tusschenkomst zal zij afhankelijk zijn van het voorwerp van den door de tusschenkomende partij ingestelden eisch. Voorloopige  
tenuitvoer-  
legging.

### § 83. VERVOLG.

#### IV. VRIJWARING. (\*)

In een tusschen anderen hangend geding kan tot vrijwaring worden opgeroepen hij die gehouden is om aan een der partijen het genot van eene zaak of van een recht te waarborgen, ten einde deze te beveiligen tegen (vrij te houden van) eene veroordeeling welke de vermindering of het verlies van de gewaarborgde zaak of van het gewaarborgde recht tengevolge zou hebben of ten einde, in geval van

Wanneer oproeping tot vrijwaring?

(\*) Mr. A. F. JONGSTRA, Uitwinning en vrijwaring in N. Bijdragen XI bl. 748 vv. Mr. S. J. HINGST in N. Bijdr. 1875, bl. 411. Mr. C. A. RÖMER. Oproeping in vrijwaring. Acad. proefschr. Leiden. 1881.

veroordeeling, jegens die partij tot schadevergoeding veroordeeld te worden.

Voorts kan in het algemeen tot vrijwaring worden opgeroepen een ieder die naar aanleiding van de uitkomst van een tusschen anderen gevoerd geding tot vergoeding of schadeloosstelling aangesproken zou kunnen worden.

Al moge BONCENNE, Théorie III bl. 373, van meening zijn dat het geen nut heeft van garantie, garant en garanti eene definitie te geven, ten onrechte acht hij, m. i., die woorden als te behooren tot die „mots primitifs” waarvan PASCAL zou zeggen „qu'ils sont plus clairs que les mots qui servent à les définir.” Mij komt althans eene nadere omschrijving van wat vrijwaring in het proces is daarom niet overbodig voor, omdat wanneer de wetgever hier van eene oproeping in (tot?) vrijwaring spreekt, hij blijkbaar het oog heeft op de oproeping tot het voldoen aan eene elders geregelde verplichting. Hij moet ook wel in de eerste plaats gedacht hebben aan gevallen waarin die verplichting in het burgerlijk wetboek met name opgelegd wordt. Niettemin is het duidelijk: vooreerst dat niet alle verbintenissen tot vrijwaring met name aldus in het B. W. vermeld tot eene oproeping tot vrijwaring grond kunnen geven en ten andere, dat in gevallen, waarin het B. W. niet met name van vrijwaring spreekt en ook de inhoud der verbintenis niet met die van eene verbintenis tot eigenlijke vrijwaring overeenstemt, toch eene oproeping tot vrijwaring in het proces kan voorkomen. Bij de oproeping tot vrijwaring is aan vrijwaring een zeer ruime beteekenis gegeven. Een en ander wordt in de omschrijving in den tekst teruggegeven.

De verbintenis om een ander het genot van een recht of van een zaak te waarborgen geeft in de eerste en voornaamste plaats tot eene oproeping tot vrijwaring aanleiding. Hier hebben we met de vrijwaring in hare oorspronkelijke, eigenlijke beteekenis te doen. Wij denken al dadelijk aan de verplichting van den verkoper om bij den koper in te staan voor het behoud van het bezit en den vrijen eigendom eener hem verkochte zaak. DE GROOT, Inl. III, 14, 6 en 15, 5, noemt deze op den verkoper rustende verplichting „de verbintenis tot eigening of waring,” terwijl onder dat waren „is begrepen het vrijen, zijnde in het

bizonder de verplichting om 't goed te leveren vrij van dienstbaarheden of anders den koper te vergoeden wat hem daaraan was gelegen." Zoo beschrijft ook nog het O. 1820 deze verplichting als die om 't verkochte goed te vrijen en te waren, Art. 2484. In ons B. W. is het de verplichting om te vrijwaren het rustig en vreedzaam bezit van de verkochte zaak, waardoor den koper het genot van het eigendomsrecht gewaarborgd wordt. Art. 1528, 1538. Wordt nu de koper aangesproken door een derde, die eigenaar van de verkochte zaak beweert te zijn, of die beweert een ander recht op die zaak te hebben, dan kan hij den verkooper in dit geding tot vrijwaring oproepen om hem te beveiligen tegen eene veroordeeling, die veroordeeling van hem af te weren. Want den koper in het rustig bezit der zaak en diens gevolg in het genot van het eigendomsrecht te doen blijven is de rechte wijze waarop aan de verbintenis tot vrijwaring wordt voldaan. Die bevoegdheid des koopers wordt in art. 1539 ondersteld. Niet alleen wordt alzoo de verkooper tot nakoming der verbintenis tot vrijwaring aangesproken door hem te roepen in het proces, maar in art. 70 B. R. wordt ook de wijze waarop de koper van die oproeping gebruik kan maken in dien zin nader ontwikkeld dat eene werkelijke beveiliging van den koper niet alleen tegen een veroordeeling, maar zelfs tegen het voeren van het proces daarvan het gevolg kan zijn. Van daar dat deze vrijwaring in het proces terecht garantie formelle, (art. 182 C. de pr., artt. 1, 8, 9, tit. VIII. Ord. 1667) eigenlijke of werkelijke vrijwaring genoemd wordt. In het proces toch wordt aan deze verbintenis tot vrijwaring zoodanig gevolg gegeven, dat de waarborg op zich neemt den gewaarborgde van alle onrust, zelfs die hem de verdediging van zijn recht zou kunnen geven, te ontheffen. Wordt het proces verloren, is daarvan dan 't gevolg, dat de zaak bij den koper wordt uitgewonnen of dat hij het bestaan van eene erfdiensbaarheid op het goed zal moeten erkennen, dan lost de verplichting der verkoopers zich op in die tot schadeloosstelling van den koper voor de gevolgen der veroordeeling. Artt. 1532—1538 B. W.

Van gelijken aard is de verplichting des verhuurders jegens den huurder tot vrijwaring van het rustig gebruik der verhuurde zaak en zij heeft, waar de huurder wordt aangesproken door iemand die beweert recht op de zaak te hebben, gelijke gevolgen in het proces. Art. 1594 B. W.; art. 70 B. R.

De verplichting tot vrijwaring, welke de wet aan de deelgenooten oplegt tegen alle stoornis en uitwinning welke een hunner ten aanzien

van eene hem toebedeelde zaak mocht ondervinden (Art. 1130 B. W.), staat met die van den verkooper gelijk.

De tot dusver genoemde gevallen van vrijwaring in het proces, onderstellen alleen eene vrijwaring die de handhaving van den gewaarborgde in een hem toegekend recht, eigendom, recht van huurder, ten doel heeft en die daarom niet oneigenaardig door de franschen garantie de droit genoemd wordt in tegenstelling van de garantie de fait, waartoe behoort de vrijwaring des verkoopers wegens verborgen gebreken (art. 1540 vv. B. W.) en waarmede van gelijken aard is de verplichting des verhuurders in art. 1588 geregeld, alwaar evenwel niet met name van vrijwaren, maar van „instaan voor alle gebreken van het goed” de rede is, waarmede natuurlijk instaan van het daaruit voor den huurder ontstaande nadeel, bedoeld wordt. Tot deze soort van vrijwaring behoort ook die aan deelgenooten opgelegd voor gegoedheid van schuldenaren van renten of andere schuldvorderingen, (art. 1130 B. W.) welke verplichting gelijk staat met die, welke de verkooper eener inschuld mocht op zich genomen hebben, wanneer hij beloofd heeft voor de genoegzame gegoedheid des schuldenaars te zullen instaan, ofschoon de wetgever in artt. 1571 en 1572 niet van vrijwaring spreekt.

Met deze gevallen van feitelijke vrijwaring hebben we evenwel bij de processueele vrijwaring niet te maken, omdat zij niet tot oproeping van een derde in een geding aanleiding kan geven.

Op hetzelfde beginsel als de straks besproken gevallen van rechtsvrijwaring berust evenwel de vrijwaring tot welke de verkooper van eene inschuld gehouden is en krachtens welke hij moet instaan voor het aanwezen der inschuld volgens art. 1570 B. W., en de verplichting tot vrijwaring van de hoedanigheid van erfgenaam aan den verkooper eener erfenis bij art. 1573 B. W. opgelegd. Maar de wetgever behoeft de verplichting tot vrijwaring niet uitdrukkelijk op te leggen en ook de verbintenis die in de wet wordt opgelegd om het genot of gebruik van eene zaak of van een recht te waarborgen behoeft niet met den naam van vrijwaring aangeduid te zijn opdat men eene verbintenis daartoe kunne aannemen. Wanneer een lasthebber namens zijn lastgever een verkoop sluitende, dengene met wien hij handelt verzekert dat hij tot dien verkoop gemachtigd is, dan zal hij den derde het genot van de gevolgen der gesloten overeenkomst hebben te waarborgen in zoover dit van het bestaan der lastgeving afhankelijk is. De lasthebber is

alzoo tot vrijwaring verplicht al wordt hem die verplichting zelve en dus ook met dien naam niet uitdrukkelijk opgelegd. Zij vloeit uit art 1843 B. W. voort.

Zoo is ook de verantwoordelijkheid bij art. 70 K. aan den makelaar opgelegd voor de echtheid van de handteekening van den verkooper des wissels niet anders dan een verplichting tot vrijwaring: instaan voor de geldigheid van het door zijne tusschenkomst verkochte en geleverde stuk, al wordt deze verplichting niet eene verplichting tot vrijwaring genoemd. In art. 163 K. hebben we weder met eene werkelijke verbintenis tot vrijwaring te doen, die ook door den wetgever met die benaming wordt aangeduid. Of er in al deze gevallen eene oproeping tot vrijwaring kan plaats hebben is in sommige daarvan afhankelijk van de vraag, of art. 68 B. R. toelaat de bevoegdheid daartoe aan den eischer toetekennen (waarover later). Zeker is het dat we met eene werkelijke verbintenis tot vrijwaring te doen hebben, maar dat wij de dientengevolge plaats hebbende oproeping tot vrijwaring niet garantie formelle, in de technische beteekenis welke zij door de bijzondere regeling in het proces heeft, mogen noemen, dewijl die beperkt is tot de vrijwaring tegenover zakelijke rechtsvorderingen. Van eene beveiliging tegen eene veroordeeling, als bij art. 70 wordt beschreven, zal in geen der laatstgenoemde gevallen sprake kunnen zijn.

Zouden dit dan de gevallen van eenvoudige vrijwaring wezen? Zouden die soms daartoe beperkt zijn? Het ware misschien wenschelijk, maar ik zou het niet durven beweren. De beteekenis aan de oproeping in vrijwaring in de bronnen van onze wettelijke bepalingen toegekend, laten dit niet toe en de ruimere beteekenis, waarin hier en daar in onze wet de verplichting tot vrijwaring genomen wordt, begunstigen die meening ook niet.

Reeds de Ord. van 1667 schijnt in art 1 van tit. 8 eene groote, men zou haast zeggen onbepaalde, uitgebreidheid aan de eenvoudige vrijwaring te geven, als hij zegt: „Les garants, tant en garantie formelle, pour les matières réelles ou hypothécaires qu'en garantie simple pour toute autre matière seront” enz. En art. 175 C. de Pr. spreekt wel eenvoudig van „Celui qui prétendra avoir droit d'appeler en garantie,” doch geeft bijzondere bepalingen voor garantie formelle, pour les matières réelles ou hypothécaires, terwijl hij, buiten deze gevallen, de oproeping tot vrijwaring zonder eenige beperking als garantie simple toelaat. Niet veel anders onze wet in artt. 68, 70 en 72.

JOUSSE teekent op het art. der Ord. het volgende aan: „La garantie



simple a lieu en toutes matières personnelles entre plusieurs coobligés solidairement au paiement d'une dette. Dans ce cas, si l'un des coobligés est assigné pour le paiement du total de cette dette, il a son recours contre ses autres coobligés et peut agir contre eux pour le garantir, et l'acquitter chacun pour leur part et portion, tant en principal que dépens." Er is in dit geval van eene verbintenis tot eigenlijke vrijwaring geen sprake, van eene beveiliging tegen eene veroordeeling ten gevolge van eene verplichting om een recht ten behoeve van een ander in stand te houden of hem 't genot of gebruik van een zaak te doen behouden, wat de materieele verbintenis tot vrijwaring medebrengt, geen spoor; alleen eene verbintenis tot schadevergoeding, waarin ook die tot vrijwaring zich oplost, treffen we hier aan en dan niet eene schadeloosstelling wegens 't niet in stand houden van een aan een ander gewaarborgd recht, maar eene schadeloosstelling of liever eene vergoeding, waarop het betalen van een schuld ten bate van een ander recht geeft, zoodat een derde dientengevolge kan worden aangesproken. Die schadeloosstelling waartoe de gedane betaling recht geeft kan alzoo gevraagd worden voor 't geval dat de daarop rechthebbende tot betaling veroordeeld wordt. De oproeping tot vrijwaring verschaft de gelegenheid om het recht op schadeloosstelling voor de betaling tegelijk met de verschuldigdheid van de betaling aan een ander door den rechter te doen uitmaken en daarin schijnt wel de aanleiding te bestaan dat zij ook hier is toegelaten. De oproeping tot vrijwaring berust hier niet op eene bestaande verbintenis tot vrijwaring, maar de, bij de vervolging van deze, gebruikelijke wijze van procedeeeren wordt toegepast op een geval waarin alleen deze gelijkenis met de vrijwaring voorkomt, dat een verhaal op een derde is toegekend. Het tusschen anderen gevoerd geding, door welks uitslag de aansprakelijkheid van een derde kan bepaald worden, geeft aanleiding om dien derde daarbij te roepen en de door hem verschuldigde schadeloosstelling bij deze gelegenheid door denzelfden rechter te doen uitspreken. Zoo mag deze garantie simple eene eenvoudige of nog beter in tegenstelling van de formelle eene oneigenlijke genoemd worden, in zoover de uiterlijke vertooning daarvan in het proces gegeven wordt, bestaande in de oproeping van een derde buiten de partijen tot schadeloosstelling wegens eene veroordeeling, omdat daaraan voldaan moet worden. Niet ongepast zou de benaming van afgeleide vrijwaring zijn; zij is uit de oproeping tot werkelijke vrijwaring afgeleid, naar 't voorbeeld daarvan gemaakt. In art. 1329 B. W. wordt evenals in art. 1214 C. C. eenvoudig een recht tot terugvordering van

het betaalde toegekend. Wellicht staat de toepassing van de oproeping tot vrijwaring in het bij JOUSSE vermelde geval in verband met de verplichting, die naar de algemeen aangenomen leer rustte op den hoofdelijken schuldenaar, die de geheele schuld betaald had om subrogatie te vorderen in de rechten des crediteurs tegenover de hoofdelijke medeschuldenaren voor hun aandeel. Cf. POTHIER traité des Obligations ed. BUGNET n°. 280 sv. Zoo zal ook de latere endossant van een wisselbrief den vroegeren of den trekker, op wien hij verhaal heeft, in het geding waarin hij door den houder betrokken wordt, tot vrijwaring kunnen oproepen. Niet omdat in art. 146 j°. 186 K. van w a a r b o r g e n gesproken wordt, want die zg. waarborg betreft hier den houder, maar omdat die vroegere endossant of trekker, naar aanleiding van het tusschen houder en later endossant gevoerd geding, tot schadeloosstelling zou kunnen worden aangesproken. En de trekker zal, ter voldoening aan de hem bij art. 108 K. opgelegde verplichting, tot vrijwaring kunnen worden geroepen niet omdat de wet hier van v r i j w a r i n g spreekt, want het woord komt hier zeker in eene oneigenlijke beteekenis voor, maar om dezelfde reden als hij dit kan naar art. 146 j°. 186.

Een ander voorbeeld van garantie simple geeft BORTARD op art. 182 n°. 393. Een borg door den schuldeischer aangesproken tot betaling roept den hoofdschuldenaar in vrijwaring op. Ook hier geen verbintenis tot vrijwaring in de materiele beteekenis van het woord. Maar, aangezien de borg het recht heeft om, zelfs voor dat hij betaald heeft, den schuldenaar aan te spreken om door dezen schadeloos gesteld of van zijne verbintenis ontheven te worden, indien hij, borg, tot betaling in rechte vervolgd wordt, zoo doet de tegen den borg aanhangig gemaakte vordering, voor dezen eene vordering tot schadeloosstelling ontstaan en bestaat er alzoo aanleiding om, evenals bij eene aanspraak tot voldoening aan eene verbintenis tot vrijwaring, een derde in verband met het aanhangig geding, naar aanleiding van den daarvan mogelijken uitslag, op te roepen evenals dit bij eene oproeping tot werkelijke vrijwaring plaats heeft. Zeker bestaat hier meer grond voor het roepen van den hoofdschuldenaar in het geding tegen den borg aanhangig gemaakt; de verbintenis zelve van den schuldenaar gelijk althans eenigzins op eene verbintenis tot vrijwaring wanneer we mogen aannemen dat de borg nog het best gediend wordt, indien de schuldenaar hem schadeloos houdt door den schuldeischer te betalen en hem zoodoende van zijne verbintenis ontheft (\*). Maar nu eens het bestaan van

(\*) Wanneer men zich voor de toepassing van art. 1880 n°. 1 B. W. het geval voorstelt dat

eene verbintenis tot werkelijke vrijwaring voor eene oproeping tot vrijwaring in een geding onnoodig is, ligt eene uitbreiding van de gevallen van eenvoudige vrijwaring voor de hand. Terecht zegt dan ook BOITARD in antwoord op de vraag: „Qu'est ce que la garantie simple? Nous la définirons a contrario, nous n'avons pas d'autre moyen, nous n'en avons pas dans le texte, car l'art. 183, qui parle de la garantie simple, se contente de l'opposer à la précédente, sans nous dire exactement ce qu'elle est; et, comme d'ailleurs aucune analogie se présente (\*) entre ces noms de garantie formelle ou simple et les idées qu'on y rattache, nous sommes dans l'impossibilité de procéder par une définition a priori. La garantie simple sera donc la garantie exercée par un défendeur qui se trouve inquiété non point par une action réelle, mais au contraire par une action personnelle”

De eenvoudige vrijwaring heeft alzoo eene louter processueele beteekenis en bestaat in de verplichting om in een tusschen anderen gevoerd geding te verschijnen ter zake van eene verplichting tot schadeloosstelling, welke voor den derde uit de in dat geding uitgesproken veroordeeling zou kunnen voortvloeien.

Aangezien nu reeds in de bronnen onzer wetgeving, waar van oproeping tot vrijwaring sprake is, eene zoo uitgebreide beteekenis aan vrijwaring is gegeven en onze burgerlijke wetgeving zelve die uitdrukking ook bezigt buiten de oorspronkelijke beteekenis van het woord, mag men de oproeping tot vrijwaring niet gaan beperken tot die gevallen, waarin van een werkelijke vrijwaring, een instaan voor iets met name voor een recht, sprake is. Het recht om tot vrijwaring op te roepen alleen toe te kennen, wanneer de grondslag van de actie of de verdediging bestaat in een door een ander gewaarborgd (feit of) recht en het te ontzeggen waar de oproeping in vrijwaring steunt op den enkelen grond dat de gedaagde hetgeen van hem gevorderd wordt weder van een derde kan terugvorderen (RÖMER t. a. p. bl. 43, 51) is volgens bovenstaande ontwikkeling met onze wet in strijd. — Terwijl de eenvoudige vrijwaring alleen tot voeging aanleiding kan geven, is het niet onwaarschijnlijk dat zij in verband daarmede lichtelijk is uitgebreid tot zoodanige gevallen, waarin een derde grond tot voeging

---

de borg tot betaling aangesproken den schuldenaar tot vrijwaring oproept, vervalt het bezwaar dat S. M. in die bepaling ziet. Opm. en Meded. VII blz. 302.

\*) De analogie ligt in de aanleiding die er bestaat om een derde in het geding te roepen.

zou kunnen hebben. De gedaagde roept hem nu op, ten einde hem tot die voeging in de gelegenheid te stellen.

De Civilprozesordnung heeft de oproeping tot vrijwaring, welke in het Noordduitsche Ontwerp van 1870 nog was opgenomen, doen vervallen en laat die opgaan in de Streitverkündung (litis denuntiatio) „weil Verwirrung und übermässige Anhäufung des Prozesstoffs besorgt wurde, und die Interessen des Rückbeklagten durch den ihm aufgedrungenen Gerichtsstand und den oft unnöthigen und verfrühten Regressprocess verletzt würden." VON WILMOLSKY en LEVY Civilprocessordnung op § 69 I bl. 88. Nu hangt het van dengene aan wien de aanzegging gedaan is af om al of niet in het geding te intervenieeren (§ 71 Nebenintervention). Maar die Streitverkündung kan dan ook plaats hebben als eene partij „für den Fall des ihr ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben zu können glaubt oder den Anspruch eines Dritten besorgt" § 69, en daarbij teekenen STRUCKMAN en KOCH o. a. dit aan: „Die Hauptfälle bleiben allerdings die eines Regressanspruchs gegen Dritte, welcher von dem Ausgange des Prozesses abhängig ist." De regeling van den Duitschen wetgever mag bij eene herziening van onze wetgeving wel ernstig in overweging worden genomen.

De oproeping tot vrijwaring is niet anders dan eene rechtsvordering tot vrijwaring of tot schadeloosstelling. Zij spruit voort uit eene tot de eene of de andere strekkende verbintenis en behoort mitsdien tot de persoonlijke rechtsvorderingen. Haar bijzonder karakter van incidenteele vordering ontleent zij aan het proces.

Aard van het  
rechtsmiddel.

Het bijzondere van deze rechtsvordering ligt in de gelegenheid waarbij zij wordt ingesteld; de wijze waarop de rechthebbende haar doet gelden. Zij wordt nl. in de onderstelling waarvan wij hier uitgaan, ingesteld bij gelegenheid van en in verband met een reeds aanhangig geding. Zij behoort daarom tot de incidenteele vorderingen.

Het kan volgens art. 68 noodig wezen dat de gedaagde tot de oproeping tot vrijwaring verzoek zal moeten doen om de procedure over de oorspronkelijke vordering geschorst te krijgen. Dit verzoek, dat tot eene afzonderlijke behandeling aanleiding kan geven, en dat eene afzonderlijke uitspraak des rechters ten gevolge heeft, is op zich zelf ook een

incident, dat geen incidenteele vordering mag heeten, maar wel eene incidenteele procedure oplevert.

De fransche wetgever alleen daarop lettende, dat voor de oproeping tot vrijwaring aan den gedaagde een termijn werd verleend, gedurende welken termijn hij niet met den oorspronkelijken eischer behoeft voort te procederen, bracht op dien grond de oproeping tot vrijwaring tot de dilatoire exceptien. C. de Pr. 1<sup>re</sup> P. L. II tit. 9 § IV. art. 175 vv. (Cf. CARRÉ ad art. 175 § CXXXIII. BOITARD n<sup>o</sup>. 380.) Ten onrechte. Onze wetgever geeft geen aanleiding om aan de oproeping tot vrijwaring het karakter van eene exceptie toe te kennen. Verg. DI. I bl. 287.

De afwijking van den franschen Code schijnt onzen wetgever in verlegenheid gebracht te hebben omtrent de keuze van de plaats waar nu de bepalingen over de vrijwaring op te nemen. Na die eerst (Wetb. 1830) gebracht te hebben in de zesde afdeeling van tit. I handelende van vonnissen op tegenspraak gewezen, van welke afd. zij het grootste gedeelte van den inhoud uitmaakten, zag men bij de herziening in, dat het onderwerp nu als in transitu behandeld scheen, terwijl het wel verdiende in eene op zich zelve staande afd. te worden behandeld (v. D. HONERT ad rubr. h. t. bl. 211.). Nu staat dan het onderwerp vrij wel op zich zelf en is het verband met de afd. van vonnissen in het algemeen en die van vonnissen bij verstek, tusschen welke de afd. van vrijwaring geplaatst is, moeilijk te vatten. De aan het onderwerp toekomende plaats is bij de incidenten. Zóó het Ontwerp 1865. BI tit. 2 afd. 5.— De plaatsing van het onderwerp in den algemeenen eersten titel kon den uit 2 artt. bestaanden titel 6 van BI van den C. de Pr. de la mise en cause des garants doen vervallen, vooral omdat geen onderscheid in de procedure bij de kantongerechten en die bij de colleges meer gemaakt wordt.

Wie tot oproeping bevoegd.

De bevoegdheid om iemand tot vrijwaring op te roepen onderstelt het recht om vrijwaring, in de uitgebreide beteekenis van het woord, te vorderen van een derde die buiten het geding staat. Die bevoegdheid komt aan beide partijen, aan eischer zoowel als aan gedaagde, toe.

Het staat vast dat het recht om van een derde vrijwaring te vorderen, al zal dit in de meeste gevallen aan den gedaagde toekomen, toch ook aan den eischer toekomen kan. Men denke aan den kooper van een inschuld, wiens vordering tot betaling door den schuldenaar

met eene ontkenenis begroet wordt en aan wien de verkooper vrijwaring schuldig is; aan dengene die krachtens eene met den lasthebber gesloten overeenkomst diens lastgever tot nakoming aanspreekt en wiens vordering met eene betwisting van de lastgeving wordt beantwoord enz.

Indien ergens in het B. W. in verband met een recht op vrijwaring de bevoegdheid om in vrijwaring opteroepen zóó was verbonden, dat zij wel aan een eischer in het geding moest toekomen, dan zou het ontbreken van bepalingen daaromtrent in het Wetb. v. B. R. geen bezwaar maken. Men zou dan kunnen zeggen: waar het recht is toegekend ontbreekt de procedure niet. Dergelijke bepalingen evenwel zijn mij in het B. W. niet bekend (artt. 1130 en 1594 zijn ten onrechte wel aangehaald als gevallen aan de hand gevende waarin de eischer gewaarborgde is.) Waar het B. W. van eene oproeping tot vrijwaring spreekt of de mogelijkheid daarvan onderstelt, ziet het altijd op zoodanige gevallen waarin de gedaagde gewaarborgde is. Zie art. 1594: „de gedagvaarde huurder kan den verhuurder in vrijwaring roepen.” Art. 1540: „indien de koper zich heeft laten veroordeelen, zonder den verkooper te roepen.” En nu kent het Wetb. van B. R. de bevoegdheid om het recht op vrijwaring te doen gelden door den waarborg in een aanhangig proces te roepen, dezen, wil hij nadeel vermijden, te dwingen om aan dat proces deel te nemen, hem alzoo van zijn natuurlijke rechter af te trekken, alleen aan den gedaagde.

Heeft de wetgever daarmede alleen vormen en formaliteiten geregeld voor 't meest voorkomend geval? Neen! hij heeft voor het meest voorkomend geval bijzondere bepalingen gemaakt, die zelfs, althans wat de competentie betreft, uitzondering op een anders geldenden regel medebrengen.

Is het nu niet mogelijk het recht op vrijwaring anders te doen gelden dan door eene oproeping in vrijwaring? Zeker wel. Welke de voordeelen mogen zijn aan die oproeping in een aanhangig geding verbonden, zij kunnen slechts genoten worden door hem aan wien zij zijn toegekend. Al deze overwegingen zouden er toe moeten leiden om den eischer de bevoegdheid om tot vrijwaring op te roepen te ontzeggen. Intusschen kan niet ontkend worden dat er gevallen zijn waarin een eischer in zijn recht op vrijwaring ernstig kan worden benadeeld, indien hij van de bevoegdheid tot oproeping verstoken werd. Wanneer toch de koper van een inschuld het proces tegen den schuldenaar verloor en daarna den verkooper tot vrijwaring met opzicht tot het bestaan

van de inschuld aansprak, zou deze wel moeten vrijgesproken worden, wanneer hij bewees dat er gronden waren om den eisch te doen ontzeggen, arg. art. 1539. Dit ware echter onrecht tegenover den kooper, indien hij de bevoegdheid niet had den verkooper tot vrijwaring op te roepen om den eisch tegen den schuldenaar te doen toewijzen.

Moet dus ook aan den eischer het processueele middel om eene vordering tot vrijwaring te doen gelden, door nl. in 't aanhangig gemaakt geding den waarborg te roepen, toekomen, dan kan hij dit niet verliezen omdat het gebruik maken daarvan alleen voor den gedaagde geregeld werd. Dat dit ook niet de bedoeling van den wetgever kan geweest zijn vloeit daaruit voort dat reeds onder den C. de Pr. de bevoegdheid des eischers om in vrijwaring te roepen algemeen erkend werd. Al noemt art. 175 den gedaagde niet, de bepaling is toch alleen met het oog op een gedaagde geschreven, maar art. 32, dat meer overeenkomst heeft met ons art. 68, spreekt, evenals dit, alleen van 't geval dat „le défendeur demande à mettre garant en cause. Nu is reeds de eerste commentator van den Code, PIGEAU I p. 90 van oordeel dat deze bepaling niet geacht mag worden aan de bevoegdheid des eischers in den weg te staan. CARRÉ en CHAUVEAU zijn het daarmede eens, Q. 143, 2°. en BONGENNE maakt van de bevoegdheid des eischers melding als ware tegenspraak niet denkbaar, III bl. 375. De Hooge Raad erkende de bevoegdheid des eischers bij arrest van 2 Januari 1863 en 24 Mei 1872. De meeste rechterlijke colleges oordeelden in gelijken zin. Zie v. OPPEN v°. Vrijwaring n°. 52 en 53.

Voor welken  
rechter?

De waarborg wordt geroepen voor den rechter bij wien de oorspronkelijke vordering aanhangig is, al is deze niet de rechter van zijne woonplaats.

Zie art. 126 § 14, art. 74 en hierboven I bl. 381, 393. Zoo zal de persoonlijke vordering tot vrijwaring door den kooper tegen den verkooper ingesteld niet bij den rechter van de woonplaats des verkoopers worden gebracht, maar bij den rechter van de plaats waar het verkochte onroerend goed gelegen is. De bepaling van art. 126 § 14 is duidelijk alleen op de betrekkelijke bevoegdheid van toepassing; de bepaling bevat voor deze persoonlijke vordering eene afwijking van den regel die den rechter van de woonplaats als de bevoegde aanwijst, art. 126 § 1, waar niet dan van de betrekkelijke bevoegdheid de rede is. Ook de bewoordingen van art. 74: „die ter zake van vrijwaring



gedagvaard zijn zullen gehouden zijn voor den rechter voor wien de oorspronkelijke zaak aanhangig is, te procedeeeren," laten m. i. geene andere beteekenis toe. In ieder geval wordt de beteekenis daarvan bepaald door art. 126 § 14, want de kracht van art. 74 zit vooral in de beperking: „doch indien duidelijk bleek" enz. Zie CARRÉ en CHAUVEAU Q. 771, 2<sup>o</sup>. en 772 en de daar aangehaalde schrijvers en jurisprudentie.

Wanneer nu eens de vordering tot vrijwaring mocht behooren tot de bevoegdheid van den kantonrechter, zal 't geen gewenschte uitkomst zijn, dat zij niet in het aanhangig geding kan worden ingesteld, doch bij connexiteit van vorderingen heeft de scheiding ook plaats als gevolg daarvan dat de connexe vorderingen tot de volstreckte bevoegdheid van onderscheiden rechters behooren. Nog minder praktisch is de uitkomst wanneer de vordering tot vrijwaring tot de kennisneming van den H. Raad mocht behooren ex. art. 87 R. O. Aangenomen eens dat art. 74 B. R. aan dit artikel kon gezegd worden te derogeeren, en dat men zou kunnen aannemen dat het ook op de volstreckte (\*) onbevoegdheid inbreuk maakte, zou dan art. 161 G. wet ook zulk een derogatie dulden? Dat de wetgever inbreuk op een bepaling van de Grondwet zou gemaakt hebben is toch ook niet aan te nemen als 't niet buiten allen twijfel duidelijk is. Zij die bij den kantonrechter zijn gedagvaard kunnen daar ook niet een oproeping tot vrijwaring doen welke op zich zelve tot de bevoegdheid van de rechtbank zou behooren evenmin als de bij den Hoogen Raad gedagvaarde Staat den niet onder het forum privilegiatum behoorenden waarborg voor dien rechter zou kunnen trekken. Zie nog W. J. VAN BONEVAL FAURE Het forum privilegiatum van art. 161, Gr. wet, Acad. proefschrift. Leiden 1887. bl. 29—33. De regel die alzoo slechts een inbreuk op de betrekkelijke bevoegdheid maakt, geldt te dien aanzien zonder uitzondering. Art. 74 zegt, dat de in vrijwaring gedagvaarde voor den rechter over de oorspronkelijke zaak heeft te procedeeeren „zelfs indien hij mocht ontkennen waarborg te

---

(\*) De H. Raad beschouwde in overeenstemming met den Proc. gen. RÖMER, bij arrest van 15 Maart 1872 de bevoegdheid ex. art. 87 als eene betrekkelijke, uit hoofde van den persoon. Zie daartegen mijne aant. in R. Bijbl. 1872 bl. 584. De ontwerper van W. v. B. R. 1865 acht het twijfelachtig of art. 74 ook aan art. 87 derogeert, maar uit een wetgevend oogpunt bestaat er z. i. geen twijfel of eene bepaling waaruit die derogatie zou volgen, zou ongrondwettig zijn. Vandaar worden in dat Ontwerp t. a. p. art. 23 de gevallen van art. 87 R. O. uitdrukkelijk van den regel van het tegenwoordig art. 74 uitgezonderd. Zie Ontwerp uitg. BELINFANTE bl. 35 en 146.



zijn." De tegenwerping: „als waarborg moet ik de bevoegdheid van dien rechter erkennen, maar aangezien ik dit niet ben, behoef ik het niet" zou wel logisch klinken maar toch niet kunnen opgaan, omdat dan dat al of niet zijn van waarborg een vraag zou zijn, die de rechter zou moeten beslissen om zijne competentie uittemaken, die hij dan eo ipso reeds als vaststaande had aangemerkt. In geval van formeele vrijwaring komt het vooral duidelijk uit, hoe door deze behandeling van beide zaken voor één rechter twee processen in eens kunnen worden afgedaan, tijd en kosten bespaard, en tegenstrijdige beslissingen voorkomen. Maar ook bij eenvoudige vrijwaring is de beslissing van beide geschillen door denzelfden rechter niet zonder belang, omdat ook dan toch een nauw verband tusschen beide zaken bestaat zoodat de beslissing in de een van die in de andere afhankelijk is of op die in de andere invloed uitoefent. Alleen moet misbruik worden voorkomen. Daartegen waakt art. 74 a. h. e., al is het dan ook moeilijk om zich een geval voor te stellen waarin duidelijk bleek dat de oorspronkelijke eisch alleen gedaan is om den waarborg van zijn eigen rechter aftetrekken. Daar moet dan wel samenspanning tusschen den oorspronkelijken eischer en den oorspronkelijken gedaagde bestaan. BOTTARD weet niet anders dan een voorbeeld te ontleenen aan RODIER den commentator van de ordonnantie.

Zij zullen dan derwaarts verwezen worden zegt art. 74, waarbij onderstelt wordt dat de waarborg die verwijzing gevorderd heeft, op grond van art. 155.

**Procedure.** Indien de verweerder beweert tegen een derde recht op vrijwaring te hebben, is hij bevoegd dezen daartoe in het hangend geding op te roepen tegen den dag waarop de zaak moet dienen.

Heeft hij dit niet gedaan dan heeft hij daartoe verlof noodig. Hij moet dan vóór of op den dag waarop hij ten principale moet antwoorden aan den rechter verzoeken dat hem een termijn worde verleend om den waarborg te kunnen doen verschijnen. Dit incident wordt summierlijk beslist. Bij het bepalen van den termijn houdt de rechter rekening met den afstand van des waarborgs woonplaats. Gedurende zijn loop wordt de behandeling van de hoofdzaak geschorst. Art. 68 § 1 en 2.

De oproeping in vrijwaring kan voor den verweerder een middel zijn om hem zijne verdediging gemakkelijk te maken, wanneer hij

daardoor iemand in het geding roept die den oorspronkelijken eisch zal bestrijden; in ieder geval zal daarvan het gevolg zijn dat zijn recht tot vrijwaring wordt beoordeeld door denzelfden rechter welke den daarmede in verband staanden oorspronkelijken eisch beoordeelt. Op zich zelf gaat die vrijwaring den eischer niet aan. Diens belang bestaat alleen daarin, dat het door hem aanhangig gemaakt geding door die oproeping niet onnoodig of niet meer dan noodig vertraagd worde. Bij de beraadslagingen over tit. I B. I in de zitting van de 2de kamer van 6 Febr. 1828 zeide de heer LECLERQ: „Le demandeur principal ne doit pas être arrêté dans sa poursuite par une demande incidente en garantie à laquelle il est étranger; le garanti ne doit pas être privé du droit qu'il a de se faire défendre par son garant; et ce dernier doit connaître l'action intentée à celui qui prétend être garanti.” NOORDZIEK Geschiedenis d. Beraadsl. W. v. B. R. 1827—1828 I bl. 25. Kan de verweerder alzo het middel aanwenden zonder dat de eischer in de vervolging van zijn recht vertraging ondervindt, dan gaat hij op eigen gezag daartoe over. Maar dan moet de waarborg ook gedagvaard zijn niet alleen vóór maar ook tegen den dag waarop de hoofdzak dienen moet; anders zou de verweerder uitstel moeten hebben totdat ook de waarborg zou kunnen verschijnen en hij zou dan door 't gebruik van het middel den eischer, zonder dat deze daarover gehoord was, dwingen tot oponthoud. De waarborg moet ter voorbereiding en verschijning den wettelijken termijn vrij hebben. Is den termijn tegen welchen de oorspronkelijke eischer dagvaardde daartoe te kort, dan kan de verweerder niet op eigen gezag in vrijwaring roepen; dit is volkomen in orde, want de eischer had aan de mogelijkheid van eene oproeping tot vrijwaring niet te denken noch daarop te letten. Kwam het er slechts op aan dat de verweerder vóór, niet tegen, den dienenden dag dagvaardde, dan zou hij den waarborg op zoo langen termijn kunnen dagvaarden als hij verkoos en den eischer in de geregelde vervolging van zijn recht hinderen. Dat in „de oproeping vóór den dag,” waarvan art. 68 spreekt, ligt opgesloten ook tegen dien dag, blijkt ten duidelijkste uit de zooveel juist gestelde fr. tekst van ons art. in art. 69 W. 1830. „Lorsque le défendeur — il sera tenu de proposer sa demande à la première comparition, si déjà il n'a assigné le garant”. DE PRINTO gaat van de juiste opvatting uit zonder die te adstrueeren. II § 36 bl. 99. Zie ook PENNINK, bl. 27. Min juist m. i. OUDEMAN I § 36.

Heeft de verweerder van deze bevoegdheid geen gebruik gemaakt,

hetzij omdat hij dat niet gewild heeft, of het niet heeft kunnen doen, dan heeft hij verlot des rechters noodig en moet hij daartoe verzoek doen. Waarom? Omdat hij nu, zal hij wil hebben van zijne oproeping tot vrijwaring een termijn noodig heeft om den waarborg in het hangend geding te doen verschijnen en de eischer dan daarop zal moeten wachten.

Het verzoek moet gedaan worden vóór of op den dag op welken de verweerder ten principale moet antwoorden. Volgens art. 69 W. 1830 moest dit plaats hebben „op den beteekenden dag” of zooals de fr. tekst luidde: „à la première comparition.” De verandering is eene verbetering. Immers waartoe op den beteekenden dag, indien de verweerder nog eene declinatoire of dilatoire exceptie voorstelt waarmede de waarborg niet te maken heeft? Dezen heeft verweerder noodig bij de hoofdzaak, hij doe dus zijn verzoek tot oproeping als hij zich hierop zal gaan verdedigen. Het verzoek om de incidenteele vordering tot vrijwaring te mogen instellen of, beter, om de vordering tot vrijwaring incidenteel te mogen instellen, geeft zelf tot een incident aanleiding. Het onderwerp daarvan is geene vordering maar een verzoek. Er is geen kwestie van een recht dat de verweerder beweert tegenover den eischer tot welks erkenning met veroordeeling hij 's rechters tusschenkomst inroept, maar alleen van een maatregel tot voorbereiding van zoodanige vordering of van het proces daarover. Nu moet de eischer, wiens geding daardoor belemmerd kan worden, daarover gehoord worden en terwijl de rechter, indien de eischer geen bezwaar heeft, het verzoek eenvoudig kan toestaan, zal hij eene beslissing hebben te geven wanneer de eischer het verzoek bestrijdt.

Het door die bestrijding ontstaan geschil moet summierlijk beslist worden. Is de hoofdzaak van summiere behandeling, dan, arg. art. 141, bij gemotiveerde conclusien ter audientie; in zaken van gewone behandeling, arg. art. 247, bij beteekende conclusien. Vorm van verzoekschrift is, dunkt mij, niet noodzakelijk. Het ware wenschelijk dat de uitdrukking: summierlijk, hier in den zin van de plano, op mondelinge adstructie ter audientie, mocht worden opgevat. Oudemans t. a. p. bl. 97 schijnt dit aannemelijk te achten. Verg. echter mijn Summier proces bl. 29.

Het verzoek dient niet alleen om een termijn te doen bepalen, maar ook om alsnog te mogen oproepen zeide de Regeering (v. D. HONERT ad § 68 i. f.). Dat ligt ook in de door mij gekozen bewoordingen. De rechter zal natuurlijk op dit incident niet kunnen uitmaken of den

verweerder een recht op vrijwaring toekomt; eene dergelijke uitspraak tusschen hem en den oorspronkelijken eischer gewezen zou in ieder geval den verweerder alleen het recht benemen om in dit geding een derde tot vrijwaring op te roepen, niet om eene zelfstandige actie daartoe strekkende in te stellen. Nu zal de rechter het verzoek wel kunnen afwijzen omdat hij van oordeel is dat de feiten waarop de verweerder zijn recht tot vrijwaring doet steunen dat recht in 't algemeen niet rechtvaardigen; hij zal ook een recht tot vrijwaring in 't algemeen erkennende, van oordeel kunnen zijn, dat het belang 't welk de verweerder er bij heeft om zijn recht door eene oproeping in het hangend geding te handhaven niet opweegt tegen het belang van den eischer om de zaak zonder schorsing voort te zetten; in ieder geval mag de afwijzing van het verzoek niet anders steunen dan op de overweging dat er geen grond bestaat om in dit geding eene OPROEPING tot vrijwaring toe te staan. Conf. CARRÉ ad art. 180. Verg. jurisprudentie in verschillenden zin bij v. OPPEN v°. Vrijwaring n°. 74, 75. Eerste Vervolg n°. 140, 142, 143.

Bepaling van den termijn in verband met den afstand van des waarborgs woonplaats. Verg. art. 7 en vv. en hierboven § 58 II bl. 30.

Schorsing. De wetgever, deze noodzakelijke verkorting van het belang des eischers, ter wille van het om de betere berechting overwegend belang des verweerdens, toelatende, wil die ook niet buiten de grenzen der noodzakelijkheid hebben uitgebreid en waakt voor misbruik door in art. 67 te bepalen, dat, indien het verzoek op den bepaalden rechte dag niet is gedaan of de verweerder van de hem verleende vergunning geen gebruik heeft gemaakt door binnen den bepaalden tijd te dagvaarden, er zonder uitstel in de hoofdzaak voortgeprocedeerd wordt.

De oproeping tot vrijwaring geschiedt bij eene dagvaarding, die, behalve dat zij wat de vordering tot vrijwaring betreft moet voldoen aan de eischen van art. 5, den inhoud moet behelzen van het vonnis; voorts moet daarbij worden overgegeven afschrift van de stukken welke aan den oorspronkelijken verweerder beteekend zijn.

Hoe?

De eischen van art. 5. Zie § 56. Dat aan deze moet worden voldaan behoefde de wet niet uitdrukkelijk te zeggen. Ook sluit de bijzondere

verplichting om afschrift van de aan den oorspr. verweerder beteekende stukken over te geven de toepasselijkheid van art. 133 § 4 niet uit.

Dat het vonnis waarbij de oproeping is toegestaan aan den waarborg niet behoeft beteekend te worden volgt daaruit dat het tusschen andere partijen is geweest; alles wat daarin voorkomt over het geschil dat soms tusschen deze is gevoerd gaat hem niet aan. Hij heeft dus een afschrift daarvan niet noodig en de beteekening daarvan zou niet dan tot omslag en kosten leiden. Op grond daarvan mag men nu ook juist beschouwen de praktijk die onder den in de dagvaarding op te nemen inhoud van het vonnis alleen verstaat het dispositief. Dit is voldoende om aan te toonen dat de verweerder tot oproeping van den waarborg in dit geding is gemachtigd. Verg. DE PINTO t. a. p. § 38. OUDEMAN bl. 97.

Voortzetting  
v. h. geding.

Wanneer de waarborg verschijnt wordt het geding tegen hem tegelijk met de hoofdzaak voortgezet. De oorspronkelijke verweerder wordt, in dit met de hoofdzaak vereenigde geding over de vrijwaring, eischer in vrijwaring en de waarborg, gedaagde in vrijwaring. De oorspronkelijke eischer wordt door deze benaming van den eischer in vrijwaring onderscheiden.

Men kan de stadhuistermen eischer in cas van vrijwaring en gedaagde in dat cas gemakkelijk vermijden. Den waarborg behoeft men niet garant, den gewaarborgde niet gegarandeerde te noemen.

Verschijnt de waarborg niet dan wordt tegen hem verstek verleend als in andere zaken en de conclusien des eischers in vrijwaring zullen in verband met de uitspraak op de hoofdzaak worden toegewezen indien ze den rechter niet onrechtmatig of ongegrond voorkomen. Art. 76.

Gevolgen op de  
hoofdzaak.

a. bij formeele of zakelijke vrijwaring.

Indien de vrijwaring betreft eene door den oorspronkelijken eischer ingestelde zakelijke rechtsvordering, is de waarborg bevoegd de zaak van den gewaarborgde over te nemen, die buiten het proces gesteld wordt indien hij dit vordert voor dat eenig vonnis tusschen hem en den oorspronkelijken eischer is geweest.

De oorspronkelijke eischer kan zich echter, ter bewaring van zijn recht, tegen de buiten-processtelling van den gewaarborgde verzetten.

Het tegen den waarborg gewezen vonnis wordt tegen den gewaarborgde ten uitvoer gelegd behalve de veroordeeling in de kosten en die tot ver-

goeding van schade en interessen welke alleen tegen den waarborg ten uitvoer gelegd worden.

Indien echter de gewaarborgde in het proces gebleven is, moet hij bij onvermogen van den waarborg de kosten dragen. Ook kan hij, zoowel in als buiten het geval van onvermogen des waarborgs, tot vergoeding van schaden en interessen veroordeeld worden, wanneer de rechter oordeelt dat daartoe gronden zijn. Art. 70 en 71. Verg. Ontwerp art. 19, 20.

De vrijwaring die eene zakelijke rechtsvordering betreft wordt in den Code garantie FORMELLE genoemd. Onze wetgever vermeed dit woord doch men is gewoon in de praktijk van formeele vrijwaring te spreken. Tegen de uitdrukking zakelijke vrijwaring kan, dunkt mij, geen bezwaar bestaan. In ieder geval is de breedsprakigheid: „vrijwaring wegens onderzetting of andere zakelijke rechten” te vermijden.

De laatstgenoemde omschrijving is evenwel traditioneel. De Ord. van 1667 zeide: „en garantie formelle, pour les matières réelles ou hypothécaires” en de Code, art. 182, gebruikt dezelfde uitdrukkingen. In art. 71 W. 1830 luidt de fr. tekst als die van den Code en in den hollandschen wordt evenals in art. 70 onzer wet onderzetting voorop gesteld. Reeds merkten de fr. schrijvers op dat de onderzetting hier geen bijzondere vermelding behoefde en het Ontwerp zegt dan ook eenvoudig: „In geval van vrijwaring wegens zakelijke rechten.” De bijvoeging is te minder gepast omdat men juist niet zeggen kan dat vrijwaring vooral wegens onderzetting plaats vindt. Integendeel! Het geval dat art. 1252 B. W. als vrijwaring qualificeert (\*) kan hier niet bedoeld zijn. Het is geen vrijwaring van het rustig bezit, en noch bij betaling, noch bij gerechtelijke uitwinning kan van eene oproeping tot vrijwaring sprake zijn. Men moet dus denken aan het geval dat een goed als onbezwaard is verkocht en er niettemin hypotheken op worden verhaald. Er heeft b.v. een onrechtmatige doorhaling plaats gehad, zoodat de hypotheek werkelijk bestaan bleef, arg. art. 1253, 1265 § 2, of er werd inschrijving genomen na den verkoop en vóór de overschrijving van de acte. Dan bestaat er voor den derden bezitter reden om zich tegen de uitoefening van het zakelijk recht te verzetten en den ver-

---

(\*) C. C. a. 2178 „recours en garantie;” art. 106 der Belg. wet van 1854 liet de beide laatste woorden weg.

koopertot vrijwaring te roepen, maar de bezitter zal dan, formeel althans, geen verweerder maar eischer zijn in de hoofdzaak, als zich verzettende tegen de executie.

Wanneer een koper of een huurder, aangesproken met eene revindicatie van het gekochte of gehuurde goed, den verkoper of verhuurder oproept om zijne verbintenis tot vrijwaring van het rustig bezit of genot gestand te doen, kan de verkoper of verhuurder aan die oproeping niet beter beantwoorden dan door te zeggen: laat die zaak maar aan mij over, ik ben beter in staat die aanspraak van den revindicant af te weren dan gij en terwijl ik u beveiligen moet tegen het geding en zijne nadeelige gevolgen, neem ik al dadelijk den last van het gedingvoeren en daarmede het geding zelf van uwe schouders. Indien de gewaarborgde dit aanneemt en derhalve de zaak aan den waarborg overlaat, wordt hij buiten het proces gesteld. Maar terwijl hij nu van den last en de mogelijke kosten van het proces ontheven wordt, verliest hij meteen de bevoegdheid om zich verder met het proces over de hoofdzaak te bemoeien. Al moet hij nu ook, bij verlies van het proces, door den waarborg schadeloos gesteld worden, de uitslag van het proces kan hem dikwijls toch niet onverschillig zijn en zijn belang kan daarom wel eens niet medebrengen alles aan den waarborg over te laten. Daarom is de gewaarborgde alleen bevoegd om de buiten-processtelling te vorderen; hij mag er in blijven tot bewaring van zijn recht, zooals art. 70 § 2 er nog ten allen overvloede bijvoegt. De gewaarborgde krijgt dan de rol van gevoegde partij. Zóó blijft hij in het geding en onze wetgever verbeterde den Code door te zeggen: hij zal in het proces kunnen blijven wanneer hij dit verkiest, niettegenstaande de ander de zaak overneemt, in plaats van: „le garanti, quoique mis hors de cause, pourra y assister” waarin eene door interpretatie op te helderen contradictie ligt.

Maar moet de oorspronkelijke eischer, de revindicant, het zich laten welgevalen dat alzoo een ander gesteld wordt in de plaats van hem dien hij met recht dagvaardde en die aanvankelijk met hem in het geding trad? In het algemeen kan dit hem die een zakelijk recht doet gelden, niet schelen; hij stelde de actie niet tegen den koper of huurder van de zaak in als zoude deze jegens hem verbonden zijn; dan had hij met hem en met hem alleen te doen; zij zouden hem tegen zijn wil geen ander schuldenaar en ook geen ander verweerder kunnen opdringen. Maar de eigenaar sprak den koper of huurder

alleen aan als den houder van het goed, onmiddellijk op het goed is zijn aanspraak gericht. Heeft hij een persoon noodig tegen wien hij zou kunnen ageeren, het is alleen hunne feitelijke betrekking tot het goed welke hem juist dien kooper of huurder tot verweerder gaf.

Intusschen, hoe waar dit in het algemeen zij, in elk bijzonder geval gaat het niet geheel op, zoodat de eischer er allezins belang bij kan hebben dat de oorspronkelijke gedaagde, de gewaarborgde, in het geding blijve. De eischer is dan ook bevoegd om zich tegen de buitenprocestelling van den verweerder te verzetten; hij kan, zooals de wet het uitdrukt, vorderen dat de gewaarborgde in de zaak blijve. Het is evenwel niet voldoende dat de eischer belang daarbij heeft, hij kan dit alleen tot bewaring van zijn recht. Zoodanig recht ligt echter voor de hand. Heeft hij zijn eisch tegen een kooper ingesteld, dan zal deze niet eens bezitter te kwader trouw behoeven te zijn opdat de eischer meer op hem te verhalen kunne hebben dan op zijn auteur; ook als hij te goeder trouw is heeft hij van af de dagvaarding genoten vruchten uittekeeren en kan hij tot schadevergoeding gehouden zijn. Hetzelfde kan voorkomen waar den bezitter bij scheiding het goed werd toegewezen. En, als de verweerder slechts houder is, bijv. huurder, dan zal hij wel niet ex. art. 630 vv. gehouden zijn, maar ligt kan ook hij tot schadeloosstelling verplicht wezen en, al zou de revindicant ook daarvoor den verhuurder kunnen aanspreken, hij heeft deswege toch ook eene vordering tegen den huurder.

Voorts zal ook de gewaarborgde in het proces moeten blijven indien er reeds eenig vonnis tusschen hem en den eischer is geweest. Art. 70 § 1. De reden daarvan moet zijn dat de verweerder zich dan, nadat de waarborg in het proces was, in het geding met den eischer (natuurlijk den oorspronkelijken) heeft ingelaten en daarom ook met hem voortprocedeeren moet. Cf. CARRÉ ad art. 182 en CHAUVÉAU Q. 778 n°. 2. De Ord. van 1667 art. 9 sprak van: *s'il le requiert avant la contestation*, en het was juist om de onzekere beteekenis dier uitdrukking weg te nemen dat in den Code „le premier jugement” daarvoor in de plaats werd gesteld. Nu de oproeping tot vrijwaring nog kan geschieden zoolang niet is geantwoord ten principale en er dus reeds menig vonnis tusschen den verweerder en den oorspr. eischer over onbevoegdheid of andere excepties geweest kan zijn, en bovendien reeds het vonnis over de toelating der oproeping ondersteld kan worden te zijn geweest, is het duidelijk dat wij, in verband met de aangegeven ratio, hier alleen aan een vonnis te denken hebben dat geweest is nadat



de waarborg in het geding kwam. En dan maakt het geen onderscheid van welke soort dit vonnis moge zijn, zij het ook een interlocutoir of preparatoir.

Zoo wordt die toelating en weder niet toelating van de buitenprocesstelling een voortdurend „in en uit.” Zoude men ze niet kunnen missen?

Nu komt, naar aanleiding van de bepalingen der wet de daaruit ontstane verhouding der partijen hierop neer: Neemt de waarborg de zaak over, dan wordt de hoofdzaak verder tusschen hem en den oorspr. eischer voortgezet en de gewaarborgde treedt, wanneer hij in het proces blijft, in de rol als van eene gevoegde partij. Neemt de waarborg de zaak niet over, dan wordt de hoofdzaak met den oorspr. verweerder voortgezet en de waarborg zal van zelf gevoegde partij zijn. Want de oproeping tot vrijwaring sluit hier eene oproeping tot verdediging in zich, welke in de toegezegde vrijwaring ligt opgesloten en waaraan de waarborg voldoen kan zelfs door over te nemen. De waarborg die daartoe de bevoegdheid mist, zooals dat bij de eenvoudige vrijwaring het geval is, is niet gelijk bij de formeele, van zelf in het geding over de hoofdzaak; wil hij ook daarin iets te zeggen hebben, dan moet hij zich voegen, art. 72.

Verzet de eischer zich tegen de buitenprocesstelling om zijn recht tegen den oorspr. gedaagde te doen gelden, dan is deze niet eenvoudig gevoegde partij, maar hij is met een medegedaagde gelijk te stellen.

De formeele vrijwaring heeft dus ten gevolge: 1°. dat er in de hoofdzaak een derde optreedt met of zonder toetreding van den oorspr. verweerder, of dat de derde eenvoudig toetreedt; 2°. dat er een tweede geding met dat over de hoofdzaak verbonden wordt en door denzelfden rechter berecht, nl. dat over den door den oorspr. verweerder als eischer in vrijwaring tegen den waarborg ingestelden eisch tot schadeloosstelling, voor 't geval dat het proces tegen den oorspr. eischer verloren wordt.

Tenuitvoerlegging van het vonnis tegen den gewaarborgde. Dit is noodzakelijk, zal de eischer de praktische strekking van zijn eisch: oplevering van het goed of gedoogen van de uitoefening van een recht voldaan krijgen. Immers dit bevindt zich onder den oorspronkelijken verweerder, den gewaarborgde. Bleef deze in het proces hetzij als gevoegde, hetzij als medegedaagde dan kan zelfs de veroordeeling daartoe tegen den gewaarborgde worden uitgesproken. Maar ook voor 't geval dat hij geheel buiten het proces gesteld werd,

bepaalt de wet niets exorbitants. Immers die buitenprocesstelling beoogt niet anders dan ontheffing van de verplichting om het proces te VOEREN. Het gevolg is niet dat ook zelfs de uitslag van het proces den verweerder niet meer zou aangaan. Veeleer heeft de verweerder, door die buitenprocesstelling te vragen of aan te nemen, verklaard dat hem de uitslag onverschillig is, zoodat hij, zonder zich met de zaak te bemoeien, zich aan de uitspraak onderwerpt, de uitvoering van het vonnis zal gedoogen of daartoe medewerken voorzooveel van hem afhangt. Ook kan de veroordeeling tot oplevering der zaak of tot dulden van de erfdiensbaardheid zeer goed tegen den gewaarborgde worden uitgesproken, want daarin ligt niet anders dan het complement van de veroordeeling des waarborgs. De erkenning van het recht wordt tegen hem gevraagd, de gevolgen daarvan: de oplevering der zaak aan den gewaarborgde opgelegd. Dat voor die tenuitvoerlegging het vonnis aan den gewaarborgde beteekend moet worden kan dan ook nauwelijks twijfelachtig zijn. Het kan evenwel geen kwaad dat het gezegd wordt. Doch, was de herinnering aan de beteekening niet overbodig, het overige gedeelte van art. 71 § 2 had men kunnen weglaten.

In art. 1594 B. W. wordt aan den huurder de bevoegdheid toegekend om den verhuurder tot vrijwaring op te roepen. Geschiedt dit dan zal het overnemen van de zaak door den verhuurder en buitenprocesstelling van den huurder op grond van art. 72 B. R. kunnen volgen. Maar blijkens 1594 § 2 zal de huurder de buitenprocesstelling kunnen vorderen, mits hij dengene opgeve voor wien hij in het bezit is, m. a. w. voor wien hij houder is. Kennelijk roept hij in dit geval den verhuurder niet op tot vrijwaring, want dan kwam die opgave niet te pas. Wat zal dan het gevolg zijn van de ze buitenprocesstelling? Zij kan niet bestaan in een ontslag van de instantie, want dan zou het geding vervallen. De opgave moet dus den eischer nopen om den verhuurder als bezitter der zaak te dagvaarden, tegen dezen de revindicatie in te stellen met veroordeeling om te gedoogen dat de zaak door den huurder worde opgeleverd en dan wordt de huurder buiten het geding gesteld dat tegen hem aangevangen nu verder tusschen den eischer en den verhuurder wordt voortgezet. De huurder heeft zich daar dan niet verder meê in te laten, terwijl het vonnis dan van zelf tegen den verhuurder uitvoerbaar wordt. De verhuurder kan zich ook uit zich zelf voegen en dan overnemen.

Ten aanzien van de veroordeeling in de kosten en in vergoeding van

schade en interessen geldt eene bijzondere bepaling. Is de gewaarborgde buiten het proces gesteld, dan wordt niet hij maar de waarborg in de kosten veroordeeld en dat deze veroordeeling niet tegen den gewaarborgde ten uitvoer gelegd kan worden, als die tot oplevering van de zaak, is duidelijk. Is daarentegen de gewaarborgde in 't proces gebleven, hetzij als gevoegde partij hetzij als medegedaagde, dan behoort hij even goed als de waarborg voor zijn deel in de kosten veroordeeld te worden, maar de veroordeeling van den waarborg in de kosten gaat hem niet aan, evenmin als in het eerste geval. En toch heeft hij dan door de oproeping tot vrijwaring den eischer gedwongen meer kosten te maken en als deze ze nu niet op den waarborg verhalen kan door diens onvermogen (\*) dan wordt de gewaarborgde daarvoor aansprakelijk. Hij moet ze dan dragen en zal daarvoor door den eischer kunnen worden aangesproken zonder dat de vereffening tegen hem plaats heeft, want die moet tegen den waarborg geschieden en zonder dat ook de ten uitvoerlegging van die vereffening met den waarborg tegen hem plaats heeft. Was de gewaarborgde buiten het proces gesteld en heeft de eischer dit goedgevonden dan draagt hij zelf de risico van dit onvermogen van den waarborg. Ik zou evenwel niet gelooven dat de eischer alleen om deze mogelijke risico, daargelaten het geval dat de waarborg reeds blijkbaar onvermogend was, zou mogen vorderen dat de gewaarborgde in het proces blijft; want dit kan hij alleen vorderen tot bewaring van zijn recht; kon hij het om eene mogelijke risico, er was geen reden waarom de eischer het in eenig geval zou nalaten.

Wat de vergoeding van schaden en interessen aangaat, ook daarin wordt de waarborg veroordeeld want hij is de bezitter en daarom kan ook het vonnis op dit punt alleen tegen hem ten uitvoer gelegd worden. Elke veroordeeling van den gewaarborgde wordt zelfs uitgesloten als hij buiten het proces gesteld is. Door dit toelaten geeft de eischer te kennen dat hij op hem geen recht te verhalen heeft. Bleef evenwel de gewaarborgde in het proces, dan zal de gewaarborgde, even goed als de waarborg, uit eigen hoofde, op vordering des eischers tot schadevergoeding veroordeeld kunnen worden en de rechter zal

---

(\*) „Kennelijk onvermogen” is, in verband met de met die benaming aangeduiden bizonderen rechtstoestand (B. III. tit. 7) eene ongelukkige uitdrukking. Het is hier de vertaling van „insolvabilité notoire”.

bovendien — dit meen ik uit het slot van art. 71 te moeten afleiden — den gewaarborgde in de veroordeeling tot schadevergoeding tegen den waarborg uitgesproken kunnen doen deelen. Het geldt hier geen vergoeding voor den eischer van schade uit de oproeping tot vrijwaring voortvloeiende zooals bij de kosten, maar eene verplichting die, naar 's rechters oordeel, even goed op den gewaarborgde behoort te rusten. Daarom is hierbij ook geen sprake van onvermogen van den waarborg en is het eenig vereischte ook hier, dat de gewaarborgde niet buiten het proces werd gesteld. In het Ontwerp komt in art. 20 § 4 het onderscheid tusschen beide gevallen, door eene verbetering in de redactie beter uit. In die redactie is art. 72 § 4 juist geïnterpreteerd en indien niet art. 72 § 4, blijkens den holl. en fr. tekst van art. 72 § 4 W. 1830, bestemd was den inhoud van art. 185 § 3 C. de pr. terug te geven, dan kon de opmerking van de 1<sup>e</sup> afd. der 2<sup>e</sup> Kamer en het antwoord daarop door de Regeering gegeven (NOORDZIEK Handelingen W. v. B. R. 1827—28 II. bl. 398 en 542) ons licht van den goeden weg brengen. Daar heerscht blijkbaar verwarring en misverstand.

Ik ging bij de verklaring van art. 72 § 4 van de onderstelling uit dat met de kosten bedoeld worden: de kosten van het proces; met schade en interessen: de schadevergoeding elders wel door kosten, schaden en interessen aangeduid. De juistheid dezer onderstelling blijkt 1<sup>o</sup>. uit de onderscheiding in ons artikel zelf gemaakt, 2<sup>o</sup>. uit de vergelijking met den fr. tekst van 1830, waar reeds in het 3<sup>e</sup> lid kosten, schaden en interessen wordt teruggegeven met: les dépens, dommages et intérêts en voorts ook in het 4<sup>e</sup> lid dépens wordt gesteld tegenover dommages et intérêts.

Heb ik voor de ontwikkeling van de in art. 70 en 71 onderstelde en geregelde toestanden eenige uitvoerigheid noodig geacht, daar het voor het recht verstand van die bepalingen vóór alles op de duidelijke voorstelling van die toestanden aankomt, bij geen mij bekend fransch schrijver vond ik dergelijke ontwikkeling beter dan bij BOITARD op art. 182 en 183 C. de pr. Ik beveel de kennisneming daarvan aan, doch vestig tevens de aandacht op de bijzondere punten waarin mijne opvatting van de zijne afwijkt.

In geval van eenvoudige vrijwaring kan van overneming der zaak door den waarborg evenmin sprake zijn als van buitenprocesstelling van den gedaagde. b. Bij eenvoudige vrijwaring.

De waarborg is evenwel bevoegd zich in het geding tusschen den oorspronkelijken eischer en den gewaarborgde te voegen.

Men denke hier aan het geval, dat bij de eenvoudige vrijwaring op den voorgrond staat, dat de oorspronkelijke verweerder tot nakoming eener verbintenis is aangesproken en dat deze een ander oproept om hem tegen de gevolgen eener veroordeeling te vrijwaren. Hij zou, even weinig als hij bevoegd is zijnen schuldeischer tegen diens wil een ander schuldenaar in zijne plaats te geven, een ander zijne plaats als verweerder kunnen laten innemen. Maar de waarborg wordt in zoodanig geval zelfs niet opgeroepen om in het aanhangig geding deel te nemen. Hij wordt toch niet geroepen om tegen de ingestelde vordering in verband met de daaropvolgende veroordeeling te beveiligen, maar alleen tegen de gevolgen van eene veroordeeling. De waarborg wordt hier niet in, maar naar aanleiding van, in verband met het oorspronkelijk geding, tot vrijwaring geroepen. Hoogstens wordt hij tot deelneming aan de hoofdzaak geroepen, in zoover als de tegen hem gerichte vordering met die hoofdzaak in verband gebracht wordt. Wil hij echter in het geding over de hoofdzaak deelnemen, dan heeft hij daartoe de bevoegdheid, maar hij moet dan daarin optreden door zich te voegen.

Dat den waarborg de bevoegdheid daartoe werd toegekend, is gemakkelijk te verklaren. Indien hij, bij veroordeeling van den oorspr. verweerder tot vrijwaring (schadeloos houden) gehouden kan zijn, kan 't voor hem van belang wezen de veroordeeling van den verweerder te keeren, dezen in zijne verdediging te steunen en te zorgen, dat alle gronden van verdediging worden aangevoerd die kunnen strekken om den eischer in het ongelijk te doen stellen. Daartoe moet hij als gevoegde partij optreden.

Maar moet hij daartoe, als bij voeging in het algemeen, verzoek doen? Neen; hij treedt krachtens zijn recht, dat hij aan de oproeping ontleent als gevoegde partij op. Rotterdam 16 Febr. 1876 bij v. OPPEN 1<sup>e</sup> vervolg 2<sup>e</sup> ged. bl. 528 n<sup>o</sup>. 149.

Deze voeging van den waarborg in het geding over de hoofdzaak moet wel onderscheiden worden van de (samen)voeging der beide zaken: de hoofdzaak en het geding in vrijwaring. Deze behoeft m. i. niet uitgesproken te worden. Zij is van rechtswege het gevolg daarvan dat de gedaagde, krachtens de hem toegekende bevoegdheid of krachtens 's rechters verlot, in het aanhangig geding den waarborg oproept. Daaruit volgt dat de beide gedingen voor denzelfden rechter gelijktijdig worden

behandeld, al worden zij daarom nog niet altijd te gelijk uitgewezen, wat toch ook van eene uitdrukkelijke (samen)voeging het gevolg niet zoude zijn. art. 73. Voegt nu de waarborg zich in de hoofdzaak, dan wordt de hoofdzaak tusschen den oorspr. eischer tegen twee partijen: den verweerder in de hoofdzaak en den waarborg als gevoegde partij, gevoerd, terwijl het geding in vrijwaring gevoerd wordt tusschen den gewaarborgde als eischer en den waarborg als gedaagde. En deze beide gedingen behoeven niet samengevoegd te worden. Zij zijn dit van zelf, zooals ik straks zeide. Er wordt dan ook niet in ons art. 73, dat overigens aan art. 184 C. de pr. is ontleend, eene uitspraak over de samenvoeging (jonction) der beide gedingen ondersteld, en evenmin eene uitspraak over de scheiding (disjunction) voorgeschreven. Het geldt hier: wat men doet, behoeft men niet te zeggen, een regel die wel meer onnoodige formaliteiten kon doen vervallen.

Zal de gedaagde in vrijwaring als gevoegde partij tegenover den eischer van alle den gewaarborgde ten dienste staande middelen kunnen gebruik maken? Zeker heeft hij dezelfde bevoegdheid welke aan iedere gevoegde partij toekomt. (Zie hierboven § 82 bl. 62 v.) Maar zal hij met name de exceptie van betrekkelijke onbevoegdheid des rechters om van de hoofdzaak kennis te nemen kunnen opwerpen? Eene partij die zich ongeroepen in een geding bij den gedaagde voegt heeft zeker die bevoegdheid niet; hij kan niet beweren voor een onbevoegden rechter geroepen te zijn, omdat hij zich uit eigen beweging aanmeldde en niet gedagvaard werd. Maar de gedaagde in vrijwaring werd juist voor dezen rechter gedagvaard omdat de hoofdzaak daar hangende was; voor dien rechter moet hij verschijnen, indien hij zich niet beroepen kan op de slotbepaling van art. 74. Indien evenwel de rechter over de hoofdzaak niet bevoegd is, dan zou de waarborg niet voor dien rechter behoeven te procederen en het is voor den waarborg van evenveel belang als voor den oorspr. verweerder om niet van zijn natuurlijke rechter te worden afgetrokken. Naar den fr. Code art. 169 ging het echter zeker niet op wanneer de oproeping in vrijwaring had plaats gehad. Want de exceptie van betr. onbevoegdheid was door de exceptie van vrijwaring gedekt. En ofschoon het verzoek om in vrijwaring te roepen dat karakter van exceptie in onze wet niet meer heeft, wil toch art. 155 dat het beroep op de betr. onbevoegdheid plaats hebbe „alvorens eenige andere wesen van regten of eenige andere verdediging voor te dragen”. Onder zoo algemeene uitdrukkingen moet toch dat verzoek om tot

vrijwaring op te roepen, dat toch de voorbereiding tot de verdediging en wel de onmiddellijke voorbereiding van de verdediging op de hoofdzaak is, wel begrepen zijn. Maar als de oproeping zonder verlof krachtens art. 68 § 1 heeft plaats gehad? Ook dan verlieze men niet uit het oog dat de gedaagde in vrijwaring geroepen moet worden voor den rechter voor wien de hoofdzaak hangende is, niet: aanhangig had gemaakt moeten worden. Hij kan dus alleen beweren dat de rechter onbevoegd is om over de hoofdzaak te oordeelen, maar voor die hoofdzaak is hij niet gedagvaard, het beroep op die onbevoegdheid is uitsluitend aan den gedaagde, d. i. hier den oorspronkelijken verweerder, toegekend en voor dezen is de exceptie zeker gedekt als hij een ander in vrijwaring heeft geroepen en daarmede een middel van verdediging op de hoofdzaak heeft aangewend.

Wat de exceptie van volstreckte onbevoegdheid betreft, de woorden van art. 156 op zich zelve genomen, zouden hier niet in den weg staan; men zou zelfs geneigd zijn te vragen, of het er wel op aankomt, wie het middel voorstelt, als het toch in iederen stand van het geding kan voorgesteld worden en de rechter het zelfs ambtshalve kan toepassen. Maar art. 156 kan, in verband met art. 155, toch moeilijk geacht worden het beroep op de onbevoegdheid aan een ander dan aan hem toetekennen, die voor dien rechter gedaagd is met die vordering, welke beweerd wordt niet tot diens rechters competentie te behooren. Ik zou het tegendeel niet met den H. Raad durven aannemen, op grond dat de waarborg er meer belang bij heeft. Dat gaat lang niet altijd op. Den waarborg die zich bij den gedaagde voegt, het gebruik toe te kennen van een verdedigingsmiddel, dat uitsluitend gegrond is op de processuele verhouding van den oorspr. verweerder, een middel dat deze niet aan zijne rechtsbetrekking tot den eischer ontleent maar alleen aan de wijze waarop hij is gedagvaard, en dat het gevolg heeft dat het onderzoek naar de hoofdzaak wordt uitgesteld, dit is dunkt mij ook niet overeen te brengen met de voorzorgen die de wetgever genomen heeft om de vervolging van des oorspr. eischers recht niet meer dan noodig door de vrijwaring op te houden. Zie het arrest van den H. Raad van 17 April 1874 in W. v. h. R. n°. 3713. Over de bevoegdheid der gevoegde partij in dit arrest besproken zie het hierboven gezegde bl. 62. Cf. CHAUVEAU bij CARRÉ Q. 774, 2°.

Behandeling van beide zaken. De beide gedingen, dat over de hoofdzaak en dat over de vrijwaring worden nu gezamenlijk behandeld, doch de behandeling van de hoofdzaak

behoeft niet op die van de vrijwaring te wachten. Indien beide te gelijk in staat van wijzen zijn, wordt op beide gezamenlijk in één vonnis recht gedaan, zoo niet, dan kan de oorspronkelijke eischer zijne vordering afzonderlijk doen uitwijzen. Art. 73.

Ook in het geval van formeele vrijwaring en zelfs dan wanneer de oorspr. verweerder buiten het proces, d. i. dat over de hoofdzaak, is gesteld, zullen er twee gedingen zijn: 1<sup>o</sup> dat over den oorspronkelijken eisch, 2<sup>o</sup> dat over den eisch tot vrijwaring. Bij formeele vrijwaring zullen beide gedingen, door 't innige verband tusschen beide vorderingen, al zeer licht gezamenlijk en pari passu ten einde gebracht kunnen worden. Bij de eenvoudige vrijwaring zal het eerder voorkomen dat beide gedingen geen gelijken tred houden. Maar hoe dit zij, de oorspr. eischer mag, dit is ook hier weder het beginsel waarvan de wetgever uitgaat, door de oproeping in vrijwaring die hem eigenlijk niet aangaat, niet meer dan noodig is, worden opgehouden.

De afdoening der hoofdzaak wacht dus niet op die der vrijwaring. De C. de pr. wil in dat geval de scheiding van beide zaken uitgesproken hebben. Onze wet schrijft dit niet voor. Op de reden daarvan wees ik vroeger. Maar het punt, waarop het aankomt is, dat, terwijl de vrijwaring met de hoofdzaak vereenigd behandeld wordt om het verband dat er tusschen beide bestaat, nu, niettegenstaande dat verband niet zoo innig schijnt te zijn, toch de vrijwaring blijft onderworpen aan het oordeel van den rechter over de hoofdzaak, die daarvan eenmaal op wettige wijze is gesaisisseerd.

Wat is hier te verstaan onder staat van wijzen? De wetgever zegt in art. 255 zoo uitdrukkelijk, dat hij de beteekenis dier uitdrukking daár voor bijzondere gevallen bepaalt, dat wij daaruit voor dit geval geene onmiddellijke gevolgtrekking kunnen maken. „In staat van wijzen” beteekent uit zich zelf: in dien staat dat door den rechter uitspraak gedaan kan worden. Terwijl nu de instructie der zaak met het nemen van conclusien ter audientie gesloten wordt en de pleidooien alleen strekken tot ontwikkeling van den inhoud dier conclusien zoo dat zij desnoods achterwege kunnen blijven, zou ik meenen dat, wanneer die conclusien genomen zijn, de eischer bevoegd is dag van pleidooi op de hoofdzaak te vragen opdat daarna uitspraak kunne gedaan worden, zonder dat hij behoeft te wachten dat ook in de vrijwaring is geconcludeerd.



Tenuitvoer-  
legging van  
het vonnis.

In zaken van eenvoudige vrijwaring geldt de bepaling van art. 71 niet. Wanneer op de hoofdzaak en op de vrijwaring gezamenlijk recht gedaan wordt, de beslissing over beide alzoo in één vonnis wordt opgenomen, moet dit door hem die het tenuitvoerleggen wil, beteekend worden aan ieder veroordeelde tegen wien de tenuitvoerlegging gericht wordt. Werd bij afzonderlijke vonnissen uitspraak gedaan, dan wordt elk vonnis alleen tegen den daarbij veroordeelde tenuitvoergelegd.

Oproeping  
door den  
eischer.

Indien mag worden aangenomen dat ook de eischer de bevoegdheid heeft om een derde tot vrijwaring op te roepen, dan moeten de alleen voor den gedaagde passende bepalingen der wet op de uitoefening dier bevoegdheid door den eischer zooveel mogelijk toegepast worden.

Het ontwerp geeft hierbij een goeden leidraad. Zoo zal aan den eischer de bevoegdheid om te verzoeken een derde tot vrijwaring op te roepen wel moeten worden toegekend tot aan de mondelinge voordracht. In den regel zal hij tot die oproeping geen aanleiding hebben tegen den dienenden dag; eerst het antwoord des verweerders zal hem daartoe grond geven. Was nu voor hem de bevoegdheid om oproeping te verzoeken door dit antwoord uitgesloten, het hem toekomende recht werd licht illusoir. Maar dat hij 't moet verzoeken even goed als de verweerder, volgt ook daaruit, dat deze na 't antwoord aanspraak heeft op eene beslissing des rechters en nu op zijne beurt in de handhaving van zijn recht niet door den eischer willekeurig mag worden opgehouden. Zie Ontw. art. 16 § 3. In art. 20 wordt de bevoegdheid tot overneming van de zaak en buiten-processtelling ook toegekend voor 't geval van oproeping door den eischer. Maar indien het wenschelijk is deze complicatie met hare uitzonderingen te behouden, moet zij dan tot vrijwaring wegens zakelijke rechten beperkt blijven? Waarom zal zij niet toegepast worden, waar de eischer als cessionaris eene schuld vorderende, wier bestaan door den verweerder tegengesproken wordt, waarom zal dan de waarborg des eischers zaak niet mogen overnemen? of waar een lastgever aangesproken wordt die beweert dat buiten zijn last is gehandeld, de opgeroepen lasthebber niet mogen overnemen? Naar de tegenwoordige bepalingen zal hiervan zeker geen sprake kunnen zijn, omdat de overneming en buiten processtelling tot zakelijke rechten beperkt zijn, maar wanneer een koper zijn eigendom tegen een daarop door een derde uitgeoefend wordende erfdiensbaerheid hand-

havende den verkooper in vrijwaring roept, zou ook hier den waarborg de bevoegdheid tot overneming toegekend moeten worden. Immers ook dan geldt het eene vrijwaring wegens een zakelijk recht en art. 70 kan haast woordelijk worden toegepast. Men behoeft alleen aan het slot van het 1<sup>e</sup> lid in plaats van „tusschen hem en den eischer” te lezen: „tusschen hem en den oorspr. eischer of verweerder.” En in het slot van het 2<sup>e</sup> lid voor: „oorspr. eischer,” „oorspronkelijke eischer of verweerder.”

Niettemin is het duidelijk dat de toepassing der bepaling van onze wet op den eischer hare bezwaren heeft, en dat het eene zeer vrijgeveige wetsuitlegging is die den eischer de bevoegdheid toekent niet om eene vordering tot vrijwaring in te stellen welke hem ontegenzeggelijk kan toekomen, maar om die te doen gelden in een tusschen hem en een ander hangend geding. Uitdrukkelijke toekenning en nadere regeling dezer bevoegdheid is eene noodzakelijke aanvulling der wet.

De bepalingen over de vrijwaring zijn op het rechtsgeding voor den kantonrechter even goed als op dat in handelszaken toepasselijk.

Kantongerechten en handelszaken.

Dit volgt vooreerst daaruit dat de bepalingen zijn opgenomen in eene afdeling van den (algemeenen) titel I van B. I. Ten andere zijn er geene bijzondere bepalingen over gemaakt noch in tit. II noch in tit. IV. Daar geene zakelijke rechtsvorderingen tot de bevoegdheid van den kantonrechter behooren, valt daar natuurlijk de formeele vrijwaring geheel weg.

#### § 84. ZEKERHEIDSTELLING.

Op alle vreemdelingen, die als eischers optreden, zonder onderscheid of zij zelve het geding aanleggen dan wel in een hangend geding tusschenkomen en ook wanneer zij zich in zoodanig geding willen voegen, rust de verplichting om ten behoeve van de tegenpartij zekerheid te stellen voor de betaling van de kosten en van de schade en interessen, waarin zij kunnen veroordeeld worden. Art. 152.

Code de proc. 1<sup>e</sup>. P. Livre II tit. 9 des exceptions art. 166, 167. (C. civ. art. 16.). Verg. Alg. Manier 1799, manier van proc. voor de burg. rechtb. art. 57. 58. 75. Wetb. 1809 B. II tit. 4, art. 595—597, 610.

Deze zekerheidsstelling wordt nog altijd in de praktijk met de latijnsche benaming van *cautio iudicatum solvi* aangeduid. Eene be-

naming die even oud als onjuist en overbodig tevens is. Reeds VOET ad tit. D. de satisdat. 2, 8, wijst op de onjuistheid: „quam de impensis cautionem nonnulli iudicatum solvi cautionem dixerunt.” En ofschoon dan ook bij sommigen, als bij G. v. WASSENAER Praxis judiciaria, Cap. 1 n°. 65, van cautio pro iudicato en cautie voor 't gewijsde van den Hove wordt gesproken, vinden wij toch bij GROTIUS Isagoge I c. 9, § 11 van cautio pro expensis litis, bij VAN LEEUWEN Censura forensis Pars II, I C. 26 n°. 10: cautio pro sumtibus en ook bij v. d. LINDEN Jud. pract. I bl. 157 van de cautie voor de kosten van den processe gewag gemaakt. Zoo wordt deze zekerheidstelling ook in de Alg. Manier van 1799 en in 't Wetboek van 1809 t. a. p. als „borgtogt voor de kosten van het proces” aangeduid. Doch bij de fransche schrijvers van vroeger en later tijd is de benaming van „la caution iudicatum solvi” de meest algemeene. Zie POTHIER traité des personnes et des choses n°. 49, en van de latere noemt BERRIAT St. PRIX I p. m. 210 haar exception de la caution du jugé, terwijl bij CARRÉ passim de latijnsche uitdrukking voorkomt, evenals bij BONCENNE III p. 168 „ce qu'on appelle dans la pratique la caution iudicatum solvi. Die latijnsche benaming is geen romeinsche, want de bij de Rom. als zoodanig bekende cautio iudicatum solvi moest door den gedaagde worden gepraesteerd en de cautio laatstelijk in Nov. 112 c. 2 aan den eischer opgelegd betrof niet het iudicatum maar de expensa. Al brachten nu ook onze oude juristen de instelling met die romeinsche gaarne in verband, zij wisten wel dat deze niet voor de eischende vreemdelingen geschreven was. Dit laatste was inderdaad bij ons eene inheemsche instelling, evenals zij in Frankrijk in het latere fransche recht ontstaan is, al mogè het ook al wat gewaagd zijn, hare aanleiding in eene oud-germaansche instelling te vinden, waarop DEMANGEAT wijst in zijne uitgave van FOELIX Droit internat. privé, I bl. 263 nt. a. Te lang heeft men voor alle instellingen, op grond dikwijls van niet anders dan eene gelijkenis, oorsprong of verband met R. R. willen aanwijzen; de studie van 't Germ. recht, moet ons niet in 't zelfde euvel ten aanzien van dit recht doen vervallen. — Waren onze rechtsgeleerden vóór den Code op den goeden weg om de instelling met hare juiste benaming aan te duiden en had ook de hollandsche wetgever dat voorbeeld gevolgd, later volgde men liever de bij de franschen gebruikelijke terminologie en gaf men de eenvoudige, duidelijke en juiste, geenszins gekunstelde hollandsche uitdrukking voor eene onjuiste latijnsche prijs. Wel spreekt DE PINTO II bl. 296, 303 van de zoogenoemde

cautio iudicatum solvi of van de zekerheid in de praktijk genoemd c. i. s., doch OUDEMAN I § 77 zegt nog dat „dit stellen van zekerheid eenigzins overeenkomt met de satisfactio iudicatum solvi van het R. R. (daarbij aanhalende § 5 I. de satisf. en tit. D. jud. solvi) en onder dien naam in de praktijk bekend. In de praktijk is dan ook de latijnsche uitdrukking haast uitsluitend in gebruik. Van daar waarschijnlijk ook dat in v. OPPEN's Pasicrisie de jurisprudentie over dit onderwerp onder het woord: *Cautio iudicatum solvi* is gebracht. Zouden we ons niet aan „zekerheidstelling voor de kosten” kunnen gewennen? De wetgever geeft het goede voorbeeld.

Of moeten wij ons liever geheel onttrekken aan de instelling zelve en hare afschaffing wenschen? In het Wetb. van rechtspleging voor het Kon. Italië van 1866 komt zij niet meer voor. Met ingenomenheid wordt hiervan melding gemaakt door Prof. ALLARD in zijn *Examen Critique du Code de proc. civ. du Royaume d'Italie*, Gand 1870 bl. 56: „A propos des exceptions il me faut rendre hommage à la générosité du législateur italien qui, appelant tous les étrangers à la complète jouissance des droits civils, a nécessairement fait disparaître l'odieuse institution de la caution à réclamer de l'étranger demandeur.” Het sardinische Wetboek van 1859 had reeds hetzelfde bepaald. Dat het belg. Ontwerp van ALLARD de instelling verwerpt, spreekt als van zelf. Zie Rapport B. I tit. 4. In het Institut de droit international drong Prof. ASSER in 1875 op de afschaffing aan. (*Revue de dr. intern.* 1875 bl. 374.) De weg tot de afschaffing moet m. i. gebaad worden door tractaten tusschen bijzondere Staten, waarvan Mr. MELCHERS, proefschr. bl. 46, voorbeelden aanhaalt. Nederland heeft, voor zoover mij bekend, nog alleen in een traktaat met Italië de verplichting tot zekerheidstelling voor pro deo procedeerenden opgeheven en de bij art. 27a § 5 der Wet van 1869 n<sup>o</sup>. 124 gemaakte uitzondering op landverhuizers is zeker een gewichtige stap in de richting der afschaffing. Niettemin is de instelling behouden in de *Civilprozessordnung* B. I tit. 6 101—105 en ook bij ons dacht de Ontwerper van 1865 niet aan de afschaffing. Opmerking verdient dat, hoe vrijgevig men bij ons, bij de vaststelling van het tegenwoordig artikel 9 A. B. jegens de vreemdelingen gestemd was, het behoud van de zekerheidstelling toch eene zeer natuurlijke zaak werd geacht. Maar men voegde er uitdrukkelijk bij „van den vreemdeling die geene vaste goederen [hier te lande] bezit.” En, terwijl allen die bij de beraadslaging over art. 9 eene veel ruimere toepassing van de gelijkstelling van vreemdelingen met Nederlanders verlangden,

dan ten slotte in de wetboeken werd aangenomen (Zie NOORDZIEK, *Gesch. d. beraadsl. B. W. 1820—1821 I bl. 314 (KEMPER) bl. 315 (REYPHINS) bl. 316 (VAN DER KEMP) en bl. 317 (DOTRENGE)*; verg. het Centraal Verslag II. bl. 64.) en trouwere toepassing van art. 4 der Grondwet (1815) werd beoogd, zoo is het toch duidelijk dat de verplichting tot zekerheidstelling niet haren eenigen grond daarin vond dat de eischer vreemdeling is en dat FOELIX dwaalt, wanneer hij (*Droit intern. privé I n<sup>o</sup>. 132*) meent dat, naar den regel, alleen de inboorlingen aanspraak op rechtsbedeeling zouden hebben en dat alzoo de waarborg voor de betaling van de kosten alleen een secundair motief voor de zekerheidstelling zou wezen, terwijl het recht om die te vorderen zou zijn een voorrecht aan 't genot der burgerlijke rechten verbonden. DEMANGEAT heeft hierop reeds recht gedaan. Zeer juist merkt hij m. i. op: „Jusqu'à présent cet article a été expliqué par le désir du législateur d'empêcher qu'un étranger ne puisse porter devant nos tribunaux une demande denuée de tout fondement, sauf à trouver ensuite dans sa qualité même d'étranger un moyen facile d'échapper au remboursement des frais 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 où l'étranger demandeur a des immeubles situés en France.” Zie ook TREILHARD bij LOCRÉ XXI bl. 28 v. en voor ons vroeger recht v. LEEUWEN C. F. t. a. p. en dan komt daar zeker bij de moeilijkheid om de veroordeeling in de kosten buiten 's lands te executeeren. Zie POTHIER t. a. p. n<sup>o</sup>. 49. Is de gevolgtrekking gewettigd, dat men dan ook van burgers de zekerheidstelling moest vorderen, daar deze het der tegenpartij ook lastig kunnen maken door na 't verlies van het proces, geene goederen achterlatende naar het buitenland te gaan? MELCHERS t. a. p. bl. 44 en 45. Ligt dat zoo voor de hand? Zou 't redelijk zijn om voor de mogelijkheid van zulk een geval een allen belemmerenden maatregel in te voeren? en mag de logica van een beginsel zoo weinig rekening houden met de werkelijkheid, dat men van den vreemdeling, die 't genot onzer rechtspleging komt vragen, geen waarborg verlangen mag, al meent men dat den burgers als burgers zoodanige belemmering niet mag worden tegengeworpen? M. i. ware aan het aangenomen beginsel volkomen voldoening gegeven wanneer ook deze uitzondering op de gelijkheid van het genot der burgerlijke rechten evenals menige andere alleen voor den hier geen vast verblijf hebbenden vreemdeling gemaakt was. Zie art. 587 n<sup>o</sup>. 10, 768 en 710, 1<sup>o</sup>.

De verplichting is opgelegd aan vreemdelin-

gen die als EISCHERS optreden. Niet alzoó aan den gedaagde; „parceque, zegt POTHIER, s'il comparait en jugement, ce n'est que parce qu'il y est forcé." De reden is dus dat hij de hulp des rechters inroepende door deze zijne handeling een ander tot het maken van kosten dwingt, die hij vergoeden moet als hij het proces verliest. Terecht voegde de fr. wetgever er bij principaux ou intervenants en daaronder begrepen de uitleggers ook de zich voegende partij. Onze wetgever, die bij de tusschenkomst uitdrukkelijk de voeging noemde, spreekt ook hier uitdrukkelijk van de zich VOEGENDE of tusschenkomende partij. Als evenwel de Code spreekt van demandeurs intervenants, dan kan eene bij wijze van voeging tusschenkomende partij daaronder wel niet anders begrepen worden, dan wanneer zij zich voegt bij den eischer; de redactie van art. 152 onderscheidt niet, doch de ratio der bepaling en hare wording moet hier de voeging eveneens tot die bij den eischer beperken, als stond er: „of . . . zich als zoodanig voegende." Men zou anders ook nog wel de in vrijwaring geroepene die zich voegde naar art. 72, tot zekerheidstelling verplicht moeten achten!

De eischer in reconventie is, al zij hij verweerder in conventie, m. i. eveneens tot zekerheidstelling verplicht. Voor zijne reconventionele vordering roept hij 's rechters hulp in; al is de verdediging daartoe de aanleiding, hij gebruikt zijnerzijds een middel van aanval. Men kan niet zeggen dat hij daartoe gedwongen is zooals hij tot de verdediging zelve gedwongen wordt, te minder nu tot de reconventie niet alleen geene verplichting bestaat, maar zelfs geene verknochtheid tusschen de beide vorderingen behoeft te bestaan. Dit laatste dient men in het oog te houden wanneer men in de Civilprozessordnung § 182 n°. 3 voor de reconventie eene uitzondering vindt aangenomen. Verg. § 33. In het Ontwerp is de reconventie uitdrukkelijk uitgezonderd, art. 7 § 2 n°. 1. Zie de toel. bl. 141. Bij ons zijn de schrijvers vrij eenstemmig voor de verplichting des vreemdelings ook in dit geval. De schrijvers van de Rechtsg. Adv., VI. 171, verdedigden het tegendeel, doch werden weerlegd door Mr. A. OUDEMAN in Opm. en Meded. XIV. 174, wiens argumenten mij, in 't algemeen, juist voorkomen. De jurisprudentie bleef verdeeld. Zie v. OPPEN Pasicrisie v°. cautio jud. solvi n°. 28. Tweede Vervolg n°. 82.

Komt een vreemdeling in verzet tegen een bij verstek

gewezen vonnis of tegen een dwangbevel of tegen de tenuitvoerlegging van een vonnis, ik acht hem in al die gevallen tot zekerheidstelling verplicht. De ratio dubitandi ligt in de beide eerste gevallen daarin, dat de opposant in materieelen zin verweerder mag heeten, waarop bij het leveren van bewijs vooral te letten valt door hen die met het *actori incumbit probatio* zouden willen schermen, maar formeel is hij zeker eischer en daarop komt het hier aan (Verg. II<sup>e</sup> dl. bl. 123 v.). Anders Pasicrisie t. a. p. n<sup>o</sup>. 19. 20. 21. Zie echter ook tweede Vervolg n<sup>o</sup>. 80 81. Niet ten onrechte werden in het Ontwerp 1865, art. 7, de geschillen over de tenuitvoerlegging van vonnissen of andere executoriale titels uitgezonderd. Zie toel. bl. 141.

Hoe is het met den vreemdeling die toegelaten werd tot kostelooze procedure? VAN DER LINDEN Jud. pract. I bl. 157 klaagt dat de cautie voor de kosten van den processe „dikmaals het onderwerp is van incidenteele differenten welke het te wenschen ware, dat eenmaal door eene bepaalde wet een zeker richtsnoer ontvangen mochten,” en dan stelt hij, bl. 159, ook de hier door ons gestelde vraag. De fr. wetgever kende de *pro deo* procedure niet; bij ons werd zij evenwel reeds gedurende de heerschappij der fransche wetgeving opgenomen (Verg. II<sup>e</sup> dl. bl. 200), maar op dit punt is er ook thans nog geen bepaalde wet. VAN DER LINDEN zeide: „wij oordeelen dit verzoek (om cautie) zeer ongepast te zijn: dewijl men zulke lieden bloot stelt aan het doen van een eed, welken zij vooraf weten niet te kunnen naarkomen.” 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, maar het is niet minder ongepast om hem, die toegelaten werd tot kostelooze procedure, als onvermogen om de kosten te dragen, tot zekerheidstelling voor de betaling dier kosten te verplichten. Niet, omdat de *pro deo* procedeerende vreemdeling het proces niet licht zou kunnen verliezen, maar omdat hij toegelaten is, dewijl hij niet heeft, en nu zekerheid moet stellen dat hij wel zal geven. Donner et retenir ne vaut zou men kunnen zeggen. En toch geeft wat de *iure constituendo* zou behooren te zijn alleen, geen grond om het *ius constitutum* in dien zin te verstaan. Terecht werd dan ook meermalen in de jurisprudentie en door de schrijvers het bestaan der verplichting aangenomen. Zie OUDEMAN I § 77 bl. 198. Pasicrisie n<sup>o</sup>. 17. In de traktaten wordt meermalen, niettegenstaande de toelating tot kostel. proc., de verplichting tot borgstelling voorbehouden; dat



het 9 Januari 1884 met Italie gesloten traktaat juist het tegendeel bepaalt, art. 3 (Zie de wet van 7 Oct. 1884 n°. 214,) verklaart zich gereedelijk uit het ontbreken der zekerheidstelling in de ital. wetgeving. Verg. Mr. G. BROUWER, Armenrecht, Acad. proefschr. Leiden 1885, bl. 50 vv. — Het Ontwerp 1865 lost de hier besproken moeilijkheid niet op. De Duitsche wet stelt den pro deo procedeerenden vrij, § 107 n°. 2.

De fransche wetgever zondert handelszaken uit. Onze wetgever heeft die uitzondering niet gewild. De Regeering achtte „de onbegrensde bepaling in een commercieel land van het grootste belang om de ingezetenen voor processen van kwelzieke vreemdelingen te waarborgen.” Dien waarborg zal het artikel zeker niet geven en waarlijk is ook nog niet ieder die een door hem aangelegd proces verliest, kwelziek te noemen; men bedoelde dat even goed voor den handel als buiten dat gebied een waarborg moest worden gegeven tegen het niet betalen van proceskosten door een zijn proces verliezenden eischer-vreemdeling. Zoo denkt er ook over de Ontwerper: „ofschoon de comitas juris gentium hier overeenstemming tusschen onze wetgeving en die onzer naburen wenschelijk zouden kunnen doen achten, mag daaraan het belang van onzen handelstand niet worden opgeofferd, gelijk terecht reeds bij het vaststellen van het tegenwoordige Wetboek werd begrepen.” Zou niet veeleer het handelsverkeer bevorderd worden wanneer ook de vreemdeling op een onbelemmerde rechtsvervolgving kon rekenen, en 't wel begrepen belang des handels hier met de comitas iuris gentium overeenstemmen? „Ons Vaderland, dat door den handel en de fabrieken bloeit, heeft er een klaarblijkelijk belang bij, om de vreemdelingen wèl te behandelen en te toonen dat wij van de herbergzaamheid onzer voorouders niet zijn ontaard” lezen wij in het Verslag der Centrale afdeling over art. 1—73 O. 1820 als aanmerking van de 6<sup>e</sup> afd. der tweede Kamer bij NOORDZIEK Gesch. der Beraadsl. over het B. W. 1820—21 Dl. II bl. 64. Weegt dergelijke beschouwing niet op tegen dien gezochten waarborg tegen kwelzieke vreemdelingen? De Civilprozessordnung zondert „Urkunden- und Wechselsachen uit § 102 n°. 2 wegens der „Schleunigkeit dieser Prozesarten.”

Wanneer wij eindelijk in de Duitsche wet uitgezonderd zien: „Klagen welke in Folge einer öffentlichen Aufforderung angestellt worden” dan komt dergelijke uitzondering bij ons die dat „Aufgebotsverfahren” niet kennen, natuurlijk niet te pas, doch komt toch de vraag op of niet in gevallen als van verificatie van schuldvorderingen de verplichting tot zekerheidstelling voor den toelating verlangenden vreemden schuld-



eischer uitgesloten of althans het niet bestaan der verplichting buiten twijfel gesteld behoort te worden.

Dat de zekerheidstelling ook bij de kantongerechten toepasselijk is volgt uit art. 125.

Aard der vordering tot zekerheidstelling.

Aan deze den vreemdelingen door de wet opgelegde verbintenis ontleent de verweerder eene vordering tot zekerheidstelling, die, wyl zij alleen in een aanhangig geding kan worden ingesteld en den loop van het geding vertraagt of verweekelt, de bijzondere hoedanigheid van eene incidenteele vordering heeft. Art. 152.

De verbintenis behoort kennelijk tot de zoodanige welke, zooals art. 1388 B. W. zegt, voortspruiten uit de wet alleen; die door de wet, niet als gevolg aan eene daad, noch rechtmatige of onrechtmatige, worden verbonden. Het is eene verbintenis die men een toestandsverbintenis kan noemen.

Reeds heb ik in Dl. I bl. 288 er op gewezen dat onze wetgever gelijk had deze aan den verweerder toegekende vordering niet te brengen tot de exceptien zooals de fr. wetgever deed. Hij volgde hier het voorbeeld onzer oude praktijk. Behalve DE GROOT t. a. p. op bl. 288 geciteerd, zie men WASSENAER praxis judiciaria I n<sup>o</sup>. 72 die echter, n<sup>o</sup>. 66, 't gevoelen vermeldt van „eenige die willen seggen dat deze exceptie dilatoir is.” Voorts v. LEEUWEN l. c. n<sup>o</sup>. 10 j<sup>o</sup>. 11; v. D. LINDEN l. c. § 3, § 4 en § 6; Alg. Manier 1799 art. 57 j<sup>o</sup>. 60 en 61. Wetb. 1809 art. 595 j<sup>o</sup>. 600 en 601. De toewijzing der vordering tot zekerheidstelling heeft dan ook geen ontslag van de instantie of eenige andere afwijzing van des eischers vordering ten gevolge. Wordt hij al facto belet het geding voort te zetten, hij heeft het recht dat beletselier oogenblik op te heffen. De wetgever heeft, alleen om die vordering tot zekerheidstelling van de exceptien te onderscheiden, het opschrift der afdeeling aangevuld met de bijvoeging van voorloopige verzoeken, waarin ik evenwel geene gelukkige overbrenging kan vinden van wat VAN DER LINDEN noemt: praeliminaire of prealabele verzoeken. Voorafgaand verzoek ware beter. Tot het invoeren der benaming van exceptie van vreemdelingschap had DE PINTO zeker geen recht.

Behalve de verandering van benaming had de wetgever aan zijn op

zich zelf aannemelijk denkbeeld nog verder gevolg moeten geven door die vordering tot zekerheidstelling van de exceptien te scheiden en ze, als de Ontwerper in 1865 deed, tot de incidenteele vorderingen moeten brengen. Mij komt dat de eenig juiste benaming voor.

De verbintenis is den vreemdeling-eischer opgelegd jegens den verweerder; zij zal dan ook voor hem geen gevolg hebben als de verweerder dit niet verlangt. Art. 152 zegt uitdrukkelijk: „ten verzoeke van de wederpartij,” gelijk de Code zeide: „si le défendeur le requiert” waardoor alle kwestie over de mogelijkheid van toepassing ambtshalve wordt uitgesloten. Cf. CARRÉ n<sup>o</sup>. 703. Maar heeft ieder verweerder dit recht? ook hij die vreemdeling is? Ten onrechte heeft men daarover in Frankrijk getwijfeld CHAUVEAU op CARRÉ n<sup>o</sup>. 702 noemt het une question assez délicate. De bewering dat wij hier te doen hebben met „une institution de notre droit civil, et que les effets de ce droit ne doivent profiter qu'aux Français et aux étrangers admis à l'exercice des droits civils” beteekent niets tegenover eene bepaling die aan vreemdelingen gelijk genot van de burgerlijke rechten verzekert als aan Nederlanders en voor hen dit recht niet uitzondert. (Art. 9. A. B.)

Art. 152 spreekt van de wederpartij om daardoor te duidelijker aan te geven dat in geval van tusschenkomst of voeging beide partijen het recht zouden hebben de zekerheidstelling te vorderen; bij eigenlijke tusschenkomst waar de tusschenkomende partij tegen beide gedingvoerende partijen opkomt laat zich dit verklaren, maar wanneer in geval van voeging bedoeld werd dat dan altijd zoowel eischer als verweerder in 't aanhangig geding zekerheidstelling zouden kunnen vragen, komt mij dit niet teruggegeven voor door het woord wederpartij. Immers als de derde zich voegt bij den eischer of bij den gedaagde, is die eischer of gedaagde zijne wederpartij niet, en als hij zich voegt bij gedaagde is wel de eischer zijne wederpartij, maar is hij niet volgens het beginsel en den aanhef der bepaling tot zekerheidstelling verplicht. Zie hierboven bl. 103.

Zal de door den vreemdeling gedagvaarde die verstek liet gaan, als hij in verzet komt, van den vreemdeling, omdat deze in materieelen zin eischer blijft, zekerheidstelling kunnen vorderen? Straks betoogde ik dat de in verzet komende vreemdeling zekerheidstelling verschuldigd is. Om dezelfde reden heeft de vreemdeling geopposeerde die nu formeel verweerder is geen zekerheid te stellen.

Zekerheidstelling kan door het stellen van borgtocht, het geven van pand of hypotheek, het verbinden van inschrijvingen plaats hebben en daarom werd bij de herziening borgtocht (art. 129 W. 1830) veranderd in zekerheid. Anders ware art. 1867 B. W. toepasselijk geweest en kwam pand of hypotheek eerst te pas wanneer de verbondene geen borg kan vinden.

Zij betreft de betaling der kosten en der schaden en interessen, in welke de eischer zou kunnen veroordeeld worden. Naar ons vroeger recht werd de zekerheid, behalve voor de kosten ook gesteld voor te doene reconventie die nl. de verweerder ten gevolge van de tegen hem ingestelde vordering in conventie, tegen den eischenden vreemdeling mocht hebben in testellen. v. LEEUWEN l. c. WASSENSAER t. a. p. VAN DER LINDENT a. p. Alg. Manier art. 75, Wetb. 1809 art. 619. Dit komt bij ons niet te pas. Maar terwijl in de oude praktijk overigens uitdrukkelijk gezegd wordt dat de cautie alleen voor de kosten gegeven wordt, voegt onze wetgever er op het voorbeeld van den franschen nog bij: voor schaden en interessen. De Fransche schrijvers zijn met CARRÉ eenstemmig van gevoelen dat hier alleen sprake is van schaden en interessen die het gevolg zijn van het proces en waarin dientengevolge de eischer veroordeeld wordt; zij toonen zeer terecht aan dat hier onmogelijk mede bedoeld kunnen worden schaden en interessen die 't voorwerp van den eisch uitmaken, omdat die alleen aan den eischer ontzegd en daarin alleen de verweerder veroordeeld kan worden. CARRÉ n<sup>o</sup>. 697 en CHAUVEAU in de aant. Maar welke zijn dan die schaden en interessen waarin de eischer kan veroordeeld worden buiten de kosten van het proces? Daarop geeft CHAUVEAU geen antwoord. BOITARD ad art. 166 n<sup>o</sup>. 348 zegt: „par exemple pour les dommages intérêts à raison des injures, des vexations que le demandeur se serait permises pendant le proces.” Maar hoe kan daarop bij de cautistelling gerekend worden? De Ontwerper van 1865 weet niet, waarin de schaden en interessen kunnen bestaan en spreekt daarom alleen van de proceskosten om ook te voorkomen de onjuiste gevolgtrekkingen, gemaakt in een vonnis Rotterdam 24 Nov. 1856 (R. Bijblad 1857, bl. 73.). Het komt mij voor dat juist voor gevallen als bij dit vonnis behandeld de zekerheidstelling voor schaden en interessen kan te pas komen en terecht toegepast wordt. Wanneer van een middel tot bewaring van recht is gebruik gemaakt, dientengevolge goederen zijn in beslag genomen aan bederf of prijsfluctuatie onderhevig, dan zal de verweerder, de gegrondheid der

vordering en de vanwaardeverklaring van het beslag bestrijdende, recht hebben om, behalve veroordeeling in de kosten, veroordeeling tot schadevergoeding te vragen en wanneer deze vordering gegrond blijkt, zal de vergoeding worden toegewezen van schade, die het gevolg is van het aangewende rechtsmiddel, geheel vallende in de termen van art. 16 C. Civ. waarop de zekerheidstelling voor dommages intérêts in art. 166 (ons art. 152) terugslaat nl : résultant du procès. Verg. Vonnis Alkmaar 23 Febr. 1843. Rechtsg. Bijblad VI (1844) bl. 356.

De verweerder kan zijne vordering doen gelden in iederen stand van het geding. Hij behoeft zich evenwel in het geding niet in te laten en hij blijft bevoegd, ook nadat hij de zekerheidstelling vroeg, de exceptie van onbevoegdheid des rechters aan den eischer tegen te werpen. Art. 152. Wanneer  
in te stellen?

Door de afdeeling van wetgeving van het Tribunaat werd op het Ontwerp van art. 166 de opmerking gemaakt: „Il serait contraire à toutes les règles de justice et de bienséance qu'après qu'un étranger aurait longtems plaidé devant un tribunal, on vint lui faire l'injure de demander une caution pour éloigner le jugement” LOCRÉ t. XXI bl. 435. Het is, dunkt mij, een argument tegen de aanwending van het middel zelve. Intusschen is aan deze opmerking de bepaling te danken van art. 166 dat de verweerder de zekerheidstelling vóór iedere andere exceptie moet vragen. Vandaar verschil van gevoelen of onder die andere excepties ook begrepen waren die van onbevoegdheid en nietigheid, hetwelk door CHAUCHEAU in overeenstemming met CARRÉ in dien zin wordt beslist, dat het verband met art. 169 en 173 meebrengt dat het verzoek om zekerheidstelling geen van deze excepties dekt. Daaraan hebben we zeker het tweede lid van ons artikel te danken. En, terwijl de nietigheid de exceptie van onbevoegdheid niet dekt, wordt door het vragen van zekerheid evenmin de exceptie van nietigheid gedekt. Maar bovendien heeft onze wetgever blijkbaar niet gedeeld de bezwaren van rechtvaardigheid en welvoegelijkheid die het Tribunaat drukten. Immers hij staat den verweerder het vragen van zekerheid onbeperkt toe. Hij kan dit dadelijk doen, zonder zich in zijne verdediging te benadeelen, en hij behoeft zich op de zaak op geenerlei wijze in te laten. Daaruit volgt dat hij naar onze wet kan doen wat het Tribunaat onfatsoenlijk vond en dat hij dus ook nog bij pleidooi eene daartoe strekkende con-

clusie kan nemen. De verweerder kan dientengevolge, zonder zich te benadeelen, bijna tot aan den afloop van het geding wachten en alzoo, naar den loop van het proces en de houding van den eischer, zijn oordeel omtrent de noodzakelijkheid om zekerheidstelling te vragen vaststellen. Anders oordeelt S. M. in Opm. en Meded. VII. bl. 195. Zie echter jurisprudentie bij v. OPPEN n°. 38.

Hoe?

De vordering tot zekerheidstelling wordt in summere zaken ten dienenden dage ter audientie ingesteld bij gemotiveerde conclusien; in zaken van gewone behandeling bij acte van procureur tot procureur, terwijl in denzelfden vorm daarop wordt geantwoord. Daarna kunnen pleidooien worden gehouden, nadat in zaken van gewone behandeling, de zaak bij avenir ter terechtzitting is gebracht.

Bij den kantonrechter zal ook dit punt met of zonder schriftelijk genomen conclusien worden behandeld.

De verweerder begroot het bedrag der som waarvoor hij zekerheidstelling verlangt.

De vordering kan tot een geschil aanleiding geven, zooals over de som in verband met de schuld waarvoor de zekerheid gegeven moet worden, over de vraag of in het voorhanden geval de verplichting tot zekerheidstelling bestaat, bijv. bij verzet, bij reconventie enz., ook over de vraag of de eischer vreemdeling is en zoo ja of hij niet met Nederlanders gelijkstaat.

Wat zaken van summere behandeling betreft, voorziet art. 141 in de wijze van rechtspleging. Voor gewone behandeling moet wel art. 247 worden toegepast. De eenvoudige acte zal intusschen eene gemotiveerde conclusie moeten beteekenen. Verg. OUDEMAN I bl. 201 en form. n°. 54 en 55.

De begroting van de som is noodig omdat het vonnis de som moet uitdrukken tot beloop waarvan de zekerheid moet worden verstrekt art. 153.

Wanneer geschil ontstaat over de vraag, of de eischer vreemdeling is en zoo ja, of hij niet met Nederlander is gelijkgesteld, op wien zal dan de bewijslast rusten? Een vonnis Amsterdam 19 Dec. 1868 en een van Groningen van 26 Juli 1867 (Regts. Bijblad 1869 bl. 241 en 686) schijnen in verschillenden zin te beslissen OUDEMAN zegt

eenvoudig „dat de gedaagde, welke beweert dat de eischer vreemdeling is en op dien grond het stellen van zekerheid vraagt, is, in geval die hoedanigheid wordt betwist, verplicht dat te bewijzen”. I bl. 200.

Zoo zou dan de verweerder (eischer van zekerheidstelling) moeten bewijzen, dat de eischer vreemdeling is, d. w. z., dat hij geen Nederlander is, naar aanleiding van art. 7 B. W. Maar: *negativa non sunt probanda!* en de eischer die ontkent vreemdeling te zijn behoeft niet te bewijzen, want *negantis nulla probatio!* Zoo leiden die adagia tot nihilisme! Opmerking verdient dat OUDEMAN in zijne formulieren n<sup>o</sup>. 54 en 55, den verweerder als grond voor de vordering tot zekerheidstelling laat zeggen: „Aangezien de eischer is een Hannoversch onderdaan en dus een vreemdeling” en daarop laat antwoorden: „Aangezien de eischer hoezeer thans te . . . in het koninkrijk Hannover wonende uit Nederlandsche ouders te . . . in de Nederlanden is geboren en geene dier daden heeft verricht, welke ten gevolge hebben, dat iemand de hoedanigheid van Nederlander verliest.” Waarom, als het bewijs rust op den verweerder die het vreemdelingschap poneert, niet eenvoudig dat vreemdelingschap ontkend, in plaats van een feit te stellen (geboorte uit Nederl. ouders) dat hij nu althans heeft te bewijzen, omdat hij het stelt? M. i. kan men hier tot geen resultaat komen omtrent de vraag, wie moet bewijzen, als men niet vraagt wat moet bewezen worden? En daarbij zal men noodzakelijk, op het voorbeeld des wetgevers in art. 1902, de bewijslast naar billijkheid moeten verdeelen; d. w. z. geen bewijs opleggen van iets wat in redelijkheid niet te bewijzen is (ik bedoel in objectieven zin, niet wat eene partij in 't voorhanden geval niet bewijzen kan) en den last van 't bewijs van uitzonderingen of bijzondere, van de algemeene afwijkende, omstandigheden opleggen aan hem die zich er op beroept. Zoo zal de verweerder kunnen volstaan met de hoedanigheid van vreemdeling daaruit af te leiden, dat de eischer in de dagvaarding opgeeft woonplaats te hebben in een vreemd land. Die feitelijke toestand, moet de betrekking tot een vreemd staatsverband doen onderstellen en het is objectief onmogelijk dat de verweerder aantoonde dat eischer desniettemin geen Nederlander is naar art. 5 B. W.; dit te beweren ware voor hem zelfs onzinnig evenzeer als te beweren dat eischer vroeger wel Nederlander geweest is, maar door vestiging buitenslands die hoedanigheid heeft verloren. Neen! de gevolgtrekking die uit den feitelijken toestand door den eischer zelve aangegeven, met recht wordt gemaakt kan, tot tegenbewijs, als waar worden aan-

genomen. Aan eischer om zich dáárop te beroepen dat hij, niettegenstaande vestiging in den vreemde, Nederlander is en dan zal gedaagde weder hebben te bewijzen, indien hij dit beweren mocht, dat eischer door vestiging van woonplaats in het buitenland de hoedanigheid van Nederlander heeft verloren m. a. w. dat uit de omstandigheden waaronder hij zich vestigde, het kennelijk oogmerk blijkt om niet terug te keeren. Aan den eischer ook casu quo het bewijs dat hij werd genaturaliseerd, wanneer verweerder zal hebben aangetoond dat, niettegenstaande eischer in Nederland woont, hij zich daar uit den vreemde is komen vestigen. Aan den eischer ook het bewijs, wanneer hij beweert volgens art. 8 B. W. met Nederlanders gelijk te staan; want dan is hij vreemdeling en is hij tot eene aan vreemdelingen opgelegde verplichting gehouden, zoolang hij niet aantoonst dat die desniettemin voor hem niet bestaat. Vergelijkt men met het gezegde den inhoud van de beide als strijdig door mij geciteerde vonnissen, dan zal het verschil meer in de formulering dan in werkelijkheid blijken te bestaan.

Inhoud van  
het vonnis.

Bij het vonnis, waarbij het stellen van zekerheid bevolen wordt, moet de som worden bepaald tot welker beloop de zekerheid moet gesteld worden. Het bepaalt voorts den termijn binnen welken de borg, het te pand te geven of met hypotheek te bezwaren goed of de te verbinden inschrijving moet worden aangeboden door den tot zekerheidstelling veroordeelden eischer en den termijn binnen welken de verweerder de aangeboden zekerheid moet aannemen of betwisten, art. 153.

De keus van het voorwerp der zekerheidstelling is aan den daartoe verbonden vreemdeling-eischer, art. 1309 B. W. Zijne verbintenis is in dit opzicht eene alternatieve en wat de bevoegdheid aangaat om in plaats daarvan te consigneren is zij facultatief.

De uitvoering van het vonnis geschiedt ook verder op de wijze als bij art. 616—619 B. R. is voorgeschreven. Zoo kan eene procedure over de vordering nog weder eene procedure over de voldoening aan het vonnis na zich slepen. Ietwat eenvoudiger is de bepaling van het Ontwerp in art. 9 § 3.

Voor het stellen van borgtocht bevat art. 619 eene bijzondere bepaling. Voor de inpandgeving en hypotheekstelling moeten de bepalingen van het B. W. worden in acht genomen, voor het verband van inschrijvingen, de wet van 14 Januari 1815 n<sup>o</sup>. 3, art. 2.

De tot zekerheidstelling veroordeelde kan verdere procedure daarover voorkomen door de bij het vonnis bepaalde som te consigneeeren, art. 153. Ontheffing van zekerheidstelling.

Volgens OUDEMAN I bl. 201 geschiedt deze consignatie gewoonlijk ter griffie. In formulier n<sup>o</sup>. 56 maakt hij melding van eene consignatie ten kantore van den bewaarder der hypotheeken. Wanneer partijen zich over die consignatie verstaan schijnt zij op iedere hun geschikt voorkomende plaats te kunnen geschieden en bij ieder openbaar ambtenaar die zich met de bewaring dier gelden wil belasten. Maar, wanneer gelijk de wet onderstelt, de consignatie is eene eenzijdige handeling van den tot zekerheidstelling veroordeelde, zal men hier niet dan aan eene gerechtelijke consignatie kunnen denken en dan kan die alleen geschieden bij den ontvanger der registratie. Wet 28 Nivôse XIII. (FORTUYN II, 330) K. B. van 1 Dec. 1843 n<sup>o</sup>. 45.

De griffier kan geen bevoegdheid ontleenen aan art. 23 *k* van het tarief omdat daar niet van eene consignatie sprake is en de consignaties welke ten kantore der hypotheeken plaats hebben zijn niet de hier bedoelde maar alleen die bij de wet van 26 Mei 1841 n<sup>o</sup>. 14 verband houdende met artt. 391 en 506 B. W.

De consignatie zal dan ook wel uitdrukkelijk ten behoeve van den verweerder moeten zijn geschied op zoodanige wijze dat hij met het veroordeelend vonnis in de hand later daarop zijn rechten kunne doen gelden, immers die consignatie niet zonder zijne toestemming kan worden opgeheven. Het Ontwerp 1865 laat in art. 8 § 1 als middel van zekerheidstelling uitdrukkelijk consignatie ter griffie toe.

Vreemd is de bepaling van art. 153 waarbij ontslag van het stellen van zekerheid wordt toegestaan, „wanneer de daartoe veroordeelde zal hebben bewezen dat zijne onroerende goederen gelegen in de Nederlanden (waarom niet het Rijk?) voldoende zijn om de vastgestelde som daaraan te kunnen verhalen, mits hij op die goederen eene hypothecaire inschrijving toesta. Immers wil dat m. a. w. zeggen dat hij in het Rijk gelegen onroerende goederen van voldoende waarde heeft aangeboden tot zekerheid, dat deze zekerheid is aangenomen, dat dientengevolge eene acte is opgemaakt waarbij hij hypotheek verleende en dat die hypotheek door inschrijving in de openbare registers op het goed is gevestigd. Maar dan heeft hij in allen opzichte voldaan aan de verplichting, waarvan hij hier heet ontslagen te worden als behoefde hij er niet aan te voldoen! De bepaling is niet te rechtvaardigen, maar wel te verklaren als men hare wording nagaat. De fr.



Code bepaalde eenvoudig in art. 167, dat geen zekerheid behoefde te stellen de vreemdeling die bewees dat zijne in Frankrijk gelegen onroerende goederen voldoende waren om daarop de voor de zekerheid bepaalde som te verhalen. Nu had evenwel DELVINCOURT uitgevonden dat in dit geval de verweerder het recht had krachtens het tot zekerheidstelling veroordeelend vonnis hypothecaire inschrijving te nemen. Al had MERLIN niet zonder reden m. i. gevraagd, sur quel fondement ce professeur a pu enseigner une telle doctrine? heeft toeh het gevoelen van DELVINCOURT de overhand gekregen (CHAUVEAU bij CARRÉ Q 708, 2<sup>o</sup>) en waarschijnlijk heeft onze Wetgever op dat gezag de eerst uit art. 167 C. d. pr. overgenomen bepaling, op verlangen eener afdeeling, aan het artikel toegevoegd dat de verweerder hyp. inschrijving op die goederen zou KUNNEN NEMEN. Nadat daarop terecht was aangemerkt „dat die uitdrukking te veel zweemt naar de legale of gerechtelijke hypotheeken welke bij het nieuwe burgerl. wetb. zijn afgeschaft” werd dien ten gevolge de uitdrukking gewijzigd, zooals zij thans luidt. V. D. HONERT ad § 153. NOORDZIEK B. R. 1827—28 II bl. 422, 590, 622, 628.

Dat men nu met de verandering weder iets bepaalde dat met het voorafgaande geen juist verband houdt is zoo heel vreemd niet. „Tout comprendre c'est tout pardonner.” Als men aan wetgevend werk heeft deelgenomen dat herhaalde bewerkingen ook door andere personen medebrengt, dan ondervindt men hoe licht zulke misstellingen ontstaan. Toen men evenwel bij de herziening in 1836 het artikel weer, en toen onbevangen, onder handen nam, had men de fout licht kunnen ontdekken. Dat de ontwerper de bepaling verbeterde spreekt van zelf.

Gevolg van  
het nietstellen  
van zekerheid.

Zoolang de zekerheid niet is gesteld, is de tegenpartij ongehouden tot eenige verdediging.

Dit is het eenige doch ook noodzakelijke gevolg dat uit de bestaande bepalingen kan worden afgeleid. DE PINTO II bl. 311. Van een ander gevoelen is OUDEMAN I bl. 203 die van oordeel is, dat, dewijl het geding dan zou blijven hangen, de verweerder den eischer na afloop van den bepaalden termijn mag doen verklaren niet-ontvankelijk om zijne vordering voort te zetten en hem verweerder van de instantie ontslagen. Dat de wetgever dergelijk gevolg in andere gevallen bepaalt, als in art. 268 § 2 B. W. en art. 75 B. R., waarop OUDEMAN zich beroept is veeleer een argument voor het tegendeel. Waarom het dan hier niet bepaald? Voeg daarbij dat, nu de Wetgever het karakter

van exceptie aan deze vordering opzettelijk ontnam, en niet uitdrukkelijk ontslag van instantie voorschreef, dit gevolg nog minder kan aangewezen worden. De termijn binnen welken de zekerheid moet worden gesteld kan toch zonder nadere bepaling niet tengevolge hebben, dat zij na dien termijn in 't geheel niet meer gesteld mag worden? M. i. is geen ander besluit mogelijk dan dat de zaak blijft hangen totdat de instantie vervallen verklaard zal kunnen worden. OUDEMAN kan zich evenwel op eene breede rij van uitspraken ten voordeele van zijne meening beroepen. Zie de aant. op bl. 204 waarbij te voegen het tot een ander resultaat leidend betoog van S. M. in Opm. en Meded. VIII. bl. 200.

Het maakt geen onderscheid welke de reden der niet-voldoening aan de verplichting is. De in ons vroeger recht bekende juratoire cautie (zie v. d. LINDEN t. a. p. bl. 157) is in ons recht onbekend.

Overigens zag de Ontwerper terecht in, dat eene uitdrukkelijke voorziening in het geval van niet stellen der opgelegde zekerheid noodig is, art. 9, (verg. § 105 Civilprocessordnung) en voorzag hij tevens in het geval dat aan meer eischers of intervenienten de verplichting was opgelegd door dan allen hoofdelijk voor het geheel daartoe gehouden te verklaren, art. 10.

De kosten door het incidenteel geschil over de zekerheidstelling veroorzaakt, kunnen, wanneer de eischer geen tegenspraak doet, worden voorbehouden tot de einduitspraak. Het vonnis zal dan niet veel anders dan een preparatoir vonnis zijn, (art. 56 § 2.) Wordt de vordering bestreden dan zal er wel geen reden zijn om niet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten te veroordeelen.

Kosten

### AFDEELING III.

#### § 85. INCIDENTEN DOOR HET VOORSTELLEN VAN EXCEPTIËN.

Exceptiën geven tot incidenten aanleiding wanneer zij afzonderlijk worden voorgesteld en behandeld.

In hoever incidenten.

Die afzonderlijke behandeling is door de wet bevolen voor die exceptiën welke wij tot de declinatoire hebben gebracht met uitzondering van de exceptie van volstrekte onbevoegdheid; voorts voor de dilatoire. Artt. 93. 155. 158. 159.

Zij is toegelaten voor de exceptiën van gewijsde zaak, van dading en voor de disqualificatoire. Art. 160. Zie ook art. 161, § 1.

Het onderwerp dezer afdeeling wordt voor de procedure in het algemeen, en dus ook voor die in eersten aanleg, waarmede wij ons ook in dit hoofdstuk uitsluitend bezig houden, in het Wetboek hoofdzakelijk geregeld in B. I tit. III afd. 3: van voorloopige verzoeken en van exceptiën. Voorts in tit. I afd. 7: van nietigheid. Door de behandeling van dit laatste onderwerp in tit. I, werd de § III over de nullités voorkomende in den Code 1<sup>e</sup> P. Livre II tit. IX des exceptions naar die 7<sup>de</sup> afd. overgebracht. Overigens is die IX<sup>e</sup> titel van den Code de hoofdbron voor de bepalingen over de exceptiën in onze wet. De vordering tot zekerheidstelling, die in tit. IX onder de exceptiën was opgenomen, bleef in de 3<sup>de</sup> afd. onder de benaming van voorloopig verzoek behouden (zie de vorige §); de vrijwaring werd ook niet meer tot de exceptiën gebracht (zie § 83); ook verviel de § V de la communication des pièces, waarover bij ons de 2<sup>de</sup> afd. van tit. III handelt, art. 148 en vv., terwijl de afdeeling met eene enkele bepaling werd aangevuld nl. met die van art. 160, waarop evenals op de wijziging welke art. 172 C. de pr. in art. 161 onderging, het oud-Hollandsch recht, door tusschenkomst van de Alg. Man. 1799 en 't Wetb. van 1809, zijn invloed oefende.

De exceptiën werden uit het oogpunt van het materieele recht hierboven behandeld in Dl. I § 35—38. Wel bleek ons daar, dat het formeel recht op het tegenwoordig begrip van exceptie grooten invloed heeft gehad, maar de formeel-rechtelijke zijde van de instelling kan eerst hier in behandeling komen. Die formeel-rechtelijke zijde zou niets bizonders te bespreken geven, indien niet sommige exceptiën afzonderlijk werden voorgesteld en behandeld. Want voor die met welke dit het geval niet is, geldt hetgeen wij in Dl. II, vooral in § 64, over het verweren en voldingen hebben gezegd. De afzonderlijke behandeling geeft aanleiding tot bijzondere bepalingen en, terwijl zij voor meerdere exceptiën wordt voorgeschreven of toegelaten, is ook eene zekere orde in de voorstelling van de exceptiën in acht te nemen, die wij nader hebben te beschouwen.

Die afzonderlijke behandeling heeft ten gevolge dat de exceptiën incidenten doen ontstaan, die aan de incidenteele vorderingen het naast verwant zijn. Het is dezelfde verwantschap welke er tusschen

de rechtsvorderingen en de verdedigingsmiddelen in het algemeen bestaat.

Het opwerpen van exceptiën pleegt in een kwaden reuk te staan. Men beschouwt ze dan als uitvluchten van den verweerder om de zaak slepende te houden. Dit zou van *chicanus* procedeeren niet veel verschillen. En men duidt dit aan door te spreken van „exceptienmakerij.” Op zich zelve kan eene actie even goed op *chicane* berusten als eene exceptie. De laatste geeft er echter eer aanleiding toe. Aan actie en exceptie beide moet een wel gefundeerd recht ten grondslag liggen, maar uit den aard der zaak kan voor een verdedigingsmiddel de grond lichter voorgewend worden en kan het, ook waar het gegrond is, door den verweerder worden aangewend als een middel om door afmatting van den eischer zijn eigen toestand staande te houden en dien wellicht volstrekt te handhaven niettegenstaande hij het recht zelf des eischers als gegrond zou moeten erkennen. Dergelijke middelen heeft de eischer niet, die den verweerder uit een bestaanden toestand verdrijven moet. De verweerder zal ook dan misbruik maken van hem overigens wél toekomende verdedigingsmiddelen, wanneer hij, de een na de ander voorstellende, den eischer op die wijze voortdurend struikelblokken (*barres*) in den weg legt. Vandaar dat, wanneer het voor eene regelmatige procedure niet oirbaar geacht wordt de voorstelling van alle verdedigingsmiddelen te zamen te bevelen, door den wetgever regels behooren gesteld te worden om orde in de voordracht der exceptiën door den verweerder te doen inachtnemen en het achtereenvolgens afzonderlijk voorstellen van exceptiën alleen toetelaten, waar de regelmatige, min ingewikkelde, afloop van het proces daardoor wordt bevorderd.

Zoo bepaalde art. 88 van de Instructie van het Hof van Holland van 20 Augustus 1531 (Gr. Placcaatboek II, 723): „van nu voortaan sullen de advocaten ende procureurs gehouden wezen alle hare exceptien 't eenemaal te proponeren, ende niet te min onvermindert heure exceptien ten principale heure conclusie nemen, begeerende recht bij ordine, uytgezondert exceptie *declinatoire*, *litis pendentie* ofte *litis finitie*, dewelke zij alleen sullen mogen proponeeren, ende daarin persisteren.” En nagenoeg hetzelfde bepaalde art. 178 van de Instructie von den Hoogen Raad van 31 Mei 1581 (Gr. pl.boek II bl. 815.). Cf. MERULA Lib. IV tit. 40 Cap. 1., v. D. LINDEN Dl. II bl. 161. De Alg. Manier van 1799 bevat in art. 61 een terugslag op hetgeen bij v. D. LINDEN geleerd

wordt. Hij geeft acht gevallen op, waarin alleen exceptieve conclusien zijn toegelaten en, al had gedaagde andere middelen van niet-ontvankelijkheid, waardoor hij „ontslag van de gedane Daaging” (1799) of „absolutie van de instantie” (1809) kon bekomen, zij werden niet als exceptien toegelaten (art. 66), terwijl de gedaagde meerdere van die acht exceptiën meenende te hebben ze alle tegelijk moest voorstellen (art. 62.). Zoo werd de exceptie een formeelrechtelijk begrip als zijnde het verdedigingsmiddel dat afzonderlijk vooraf mocht worden voorgesteld. Het wetboek van 1809 volgt deze leer in art. 601, 607, 602.

De Code de pr. bepaalt alleen dat die exceptiën, welke door ons tot de declinatoire werden gebracht, vooraf moeten worden voorgesteld; dat daarna de dilatoire moeten volgen vóór de défenses au fond en wel gezamenlijk, doch dat wetboek laat zich over de overige exceptien niet uit. Het sluit alzoo het afzonderlijk voorstellen van dergelijke middelen wel niet uit, maar dit behoeft daarom nog niet te worden toegelaten. Stellig laat de Code ook de vereeniging van die allen toe. De bepalingen komen vrij wel overeen met die der ordonnantie van 1667, Tit 5. art. 5 Tit. 6—8, tit. 9 art. 1 en 2, waarbij te vergelijken de aant. van JOUSSE. Reeds week het Wetb. van 1830 in enkele opzichten van deze bepalingen af, maar de invloed van de bepalingen, die uit onze oud-hollandsche procedure in het Wetb. van 1809 overgingen, deed zich vooral bij de herziening van 1837 gevoelen.

Wij kunnen naar onze wet wel als regel stellen dat alle verdedigingsmiddelen, behoudens uitzonderingen, te zamen moeten worden voorgesteld, al komt dit niet zóó duidelijk in onze bepalingen uit als in die van 1799 en 1809. En bij die exceptiën welke afzonderlijk moeten voorgesteld worden is soms nog weer vereeniging van die van een bepaalde soort voorgeschreven, zooals bij de dilatoire, volgens art. 159, op 't voorbeeld van art. 186 C. de pr. Bij de overige, nl de peremtoire, eveneens naar art. 160. — Het gezamenlijk voorstellen van rechtsmiddelen om het herhaaldelijk vervolgen van de tegenpartij te voorkomen, of, zooals v. d. LINDEN I bl. 164 met opzicht tot de verdediging zegt, omdat men anders „dagelijks door conclusien tot absolutie van de instantie die nu en dan wel eens eene loutere chicane tot grondslag hebben, de processen in longueur zou zien trekken,” wordt ook toegepast in art. 37 en in art. 248 met onderscheid in de sanctie; voorts in art. 1491 B. W.

Welke? De exceptiën, welke afzonderlijk moeten of mogen worden voorgesteld zijn in het bijzonder de volgende:

1°. de exceptie van betrekkelijke onbevoegdheid, art. 155, en die van volstrekte onbevoegdheid in art. 157 bedoeld;

2°. die van aanhangig geding of van verknochtheid, art. 158;

3°. die van nietigheid van dagvaarding, art. 93;

4°. de dilatoire exceptiën en deze gezamenlijk, behalve de dilatoire exceptie van beraad, die afzonderlijk mag voorgesteld worden, art. 159.

Deze alle moeten afzonderlijk vóór het antwoord worden voorgesteld, terwijl

5°. de exceptiën van gewijsde zaak, van dading en de disqualificatoire, afzonderlijk, afgescheiden van de overige preemtoire en het antwoord ten principale, doch dangezamenlijk mogen voorgesteld worden, art. 160.

Bij het voorstellen dier exceptiën wordt de volgorde in acht genomen, waarin zij hier zijn vermeld.

De exceptie van onbevoegdheid. Het afzonderlijk voorstellen van de exceptie van onbevoegdheid wordt gerechtvaardigd door de overweging dat een verweerder niet genoodzaakt moet worden zich met de tegen hem ingestelde vordering in te laten, voor een rechter die te zijnen aanzien onbevoegd is over die vordering te oordeelen. Ook is 't volkomen redelijk dat hij zich vooraf op de onbevoegdheid moet beroepen, omdat hij anders, niettegenstaande zijn beroep op de onbevoegdheid, metterdaad de bevoegdheid des rechters zou hebben bekend. Zie de Regeering bij v. D. HONERT ad § 155, bl. 276 2<sup>e</sup> kol. De wetgever drukt dit laatste punt uit in de woorden: „alvorens eenige andere wren van rechte of eenige andere verdediging voortedragen,” „*préalablement à toutes autres exceptions et défenses*”, art. 169 C. de pr. Onze bepaling is zoo algemeen, dat zij geene handeling die tot verdediging strekt of deze voorbereidt uitsluit. Terecht is daarom in art. 152 de slotbepaling bij de herziening in 1837 opgenomen. Want deze voorloopige voorziening, welke naar onze wet geene exceptie meer is, is toch zeker onder de uitdrukking weer van rechten te begrijpen, omdat zij een middel is waardoor de verweerder zich zekerstelt voor de kosten van het met den vreemdeling te voeren proces, terwijl deze ook op die exceptie reeds in kosten kan worden veroordeeld.

Art. 154 zou gemist kunnen worden. De onderscheiding tusschen de volstrekte en de betrekkelijke bevoegd te maken wordt voldoende uit

de artt. 155—157 gekend. Die onderscheiding is zeer rationeel. Verg. Dl. I § 41 bl. 319—21. De volstrekte onbevoegdheid moet, omdat zij is van openbare orde als in verband staande met de inrichting van het gerecht en de plaats die het in de rechterlijke hiërarchie inneemt, door den rechter ambtshalve worden toegepast. Hare toepassing is dus niet van den wil des gedaagde afhankelijk en in werkelijkheid vestigt deze, wanneer hij zich op die volstrekte onbevoegdheid beroept, alleen de aandacht des rechters op datgene wat zijn ambtsplicht hem oplegt. Hij kan dit dan ook doen in elken stand van het geding, doch hij kan dit ook vooraf doen en ook bij die exceptie persisteeren. — Eén geval van volstrekte onbevoegdheid wordt echter in art. 157 met de betrekkelijke gelijkgesteld. Deze bepaling kwam in den Code de proc. niet voor; zij werd in hoofdzaak bij de herziening in 1828 ingelascht, en wordt gerechtvaardigd door de verhouding waarin de rechtsmacht des kantonrechters tot die der rechtbank als gewone rechter staat, aan welke laatste de aan den kantonrechter ter berechting opgedragen vorderingen noode door den wetgever werden onttrokken. De bepaling van art. 157 kan niet worden toegepast in geval eene tot de bevoegdheid van den Hoogen Raad behorende vordering bij eene rechtbank werd ingesteld. Het karakter van uitzondering verbiedt zoodanige uitbreidende verklaring; er is zelfs geen analogie.

Wat zal rechtens zijn, indien de vordering krachtens overeenkomst van partijen voor scheidsmannen behoort gebracht te worden? De Regeering zeide in de memorie van toelichting dat ook daarop art. 155 van toepassing is en op eene daartegen gemaakte bedenking verklaarde zij, dat art. 154 is algemeen en alle redenen van onbevoegdheid insluit. v. d. HONERT op § 155 bl. 277. Met art. 154 komt men hier echter niet veel verder; want dit laat dan nog altijd de vraag open, of in 't aangewezen geval de exceptie naar art. 155 moet of naar art. 156 mag voorgedragen worden. Wordt de betrekkelijke bevoegdheid, ten aanzien van den persoon des verweerders door den wetgever niet alleen met het oog op de gerechten geregeld? had hij niet alleen tusschen dezen rechtsmacht te verdeelen? De gedaagde, die zich op de opdracht aan scheidsmannen beroept, beweert niet verplicht te zijn voor den rechter te verschijnen op grond van eene door de wet toegelaten overeenkomst welke de eischer verplicht is na te komen. De partijen hebben daardoor den rechter onbevoegd gemaakt. Het heeft dus veel van eene volstrekte onbevoegdheid. Toepassing van dusdanige onbevoegdheid

ambtshalve had echter geen zin. Immers staat het aan partijen vrij van de door haar gesloten overeenkomst terug te komen. Er is derhalve met de betrekkelijke bevoegdheid volkomen analogie. En de eerste afdeeling had gelijk, toen zij verlangde dat in art. 155 van scheidsmannen werd melding gemaakt. Men had uit art. 158 de woorden: „indien het geschil over hetzelfde onderwerp aan scheidsmannen was opgedragen” in art. 155 moeten overbrengen en in art. 158 zich tot de later ingelaste woorden: „voor dezelve aanhangig zijn” moeten bepalen. Verg. Ontw. 1865 B. II tit. 1, art. 28 en 29 en de toelichting op dit laatste. Zie jurisprudentie omtrent dit laatste punt bij OUDEMAN I bl. 205 nt. 1.

Art. 154 geeft den verweerder de bevoegdheid om te vorderen dat de rechter zich onbevoegd verklare. Van eene vordering tegenover den rechter is natuurlijk geen sprake. De verweerder, die zich met zijne exceptie en de conclusie daartoe, d. i. tot onbevoegdverklaring, strekkende onmiddellijk tot den rechter wendt, concludeert ook hier dat het den rechter behage zich onbevoegd te verklaren. Eene vordering tegen den eischer ligt er slechts in zoover in, dat de verweerder verlangt dat de eischer op grond van de wet of overeenkomst erkenne, dat de verweerder ontheven is van de verplichting om op den tegen hem ingestelden eisch zich voor dezen rechter te verdedigen. Deze vordering is evenwel geen middel van aanval maar alleen van verdediging, afwering. De conclusie „dat de rechter zich onbevoegd verklare” is voldoende, de bijvoeging: „en partijen verwijze daar en waar het behoort” eene reminiscentie van den Code, die de exceptie van onbevoegdheid bracht tot de renvois en aanleiding gaf tot die verwerpelijke conclusie doordien hij de bevoegdheid toekende „de demander son renvoi devant les juges compétents,” art. 163, wat ook nog in het Wetb. van 1830 art. 131 gezegd werd. De wijziging welke het art. in 1837 onderging wordt afdoende gemotiveerd in de memorie van toelichting bij v. D. HONERT op § 155 bl. 276 en v. Zie de goed gestelde formulieren bij v. D. HONERT en HEEMSKERK bl. n°. 70 en bij OUDEMAN I bl. 379 n°. 58.

De exceptie van aanhangig geding en van verknocht-  
heid.

Dat aan den gedaagde de bevoegdheid is toegekend om in deze beide gevallen te worden ontheven van de verplichting om zich voor den rechter voor welken hij gedaagd werd, op den ingestelden eisch te verdedigen, is zeker voldoende gerechtvaardigd. Bij aan-



hangig geding zou, naar de eischen die voor het voordragen van deze exceptie gesteld worden, het vonnis in de eene zaak gewezen grond kunnen opleveren om in de andere zaak de exceptie van gewijsde zaak in te roepen. (\*) Was de exceptie van aanhangig geding niet gegeven, er zouden over dezelfde zaak tusschen dezelfde partijen twee vonnissen kunnen worden gewezen, die wel met elkander in strijd zouden kunnen zijn en waardoor dan beider ten uitvoerlegging onmogelijk zou worden. De exceptie van onbevoegdheid zou hier niet altijd kunnen helpen, terwijl meer dan een rechter bevoegd kunnen wezen om van eene zaak kennis te nemen. Bijv.: art. 126 § 10 in zaken van gemengden aard; art. 314 in handelszaken; art. 126 § 7: meer verweerdere in onderscheiden arrondissementen worden gezamenlijk gedagvaard zoowel voor den rechter van de woonplaats van den een als voor dien van den ander; de exceptie van incompetentie is bij den eersten rechter gedeekt. Zie BOITARD I n<sup>o</sup>. 356.

In geval van verknochtheid, zou ook bij beoordeeling door onderscheiden rechters de overeenstemming der vonnissen gevaar loopen, terwijl de samenvoeging van dergelijke zaken bij denzelfden rechter bovendien tot vereenvoudiging der procedure kan leiden. Zie Dl. I § 51.

Behoeft de gedaagde zich alzoo voor den rechter voor welken hij gedaagd werd, in deze gevallen niet te verdedigen, dan ligt het voor de hand dat hij dit ook vooraf moet te kennen geven. Deed hij dit eerst later, zijne woorden waren in strijd met zijne daden. Van daar ook de voorstelling van deze exceptiën, „voor andere wesen van rechte of eenige andere verdediging voor te dragen,” met uitzondering van de exceptie van betrekkelijke onbevoegdheid. Hier geldt alzoo dezelfde ratio. Toch zou hier een belang tot zekere hoogte van openbare orde, de vermijding nl. van tegenstrijdige uitspraken, een ruimer gebruik kunnen wettigen. Cf. BOITARD I n<sup>o</sup>. 360.

Bij deze exceptiën is evenwel de conclusie tot verwijzing naar den anderen rechter een noodzakelijk gevolg van den grond waarop de exceptie steunt. Daarbij moet toch de rechter voor wien de zaak reeds aanhangig is of waar aanhangig is het geschil waaraan de zaak verknocht is, bepaald worden aangewezen.

---

(\*) Opmerking verdient, dat terwijl de eischen voor de exceptie van litispentie dezelfde moeten zijn als voor de exceptie van gewijsde, in art. 1954 B. W. gevorderd wordt: dat de zaak dezelfde zij, dat de eisch op dezelfde oorzaak berust en dezelfde partijen in dezelfde betrekking, hier eenvoudig van dezelfde partijen en hetzelfde onderwerp wordt gesproken. Verg. Dl. II § 76 bl. 227.

De aanhangigheid der zaak is hier duidelijk en terecht van het uitbrengen der dagvaarding afhankelijk gesteld. Verg. Dl. II bl. 47.

De uitbreiding van art. 135 W. 1830 = art. 171 C. d. pr. tot scheidsmannen ware zeker bij de exceptie van aanhangig geding goed te keuren, indien niet reeds de exceptie van onbevoegdheid kon geacht worden in dit geval te voorzien, wat de Regeering volhield bij de behandeling van art. 155 (zie bij v. D. HONERT op § 155 a h. e.). Iets anders ware het, indien, zooals de aanvulling van art. 158 aanvankelijk luidde, de exceptie van litispentie ware toegekend voor het geval de zaak door dezelfde personen en over hetzelfde onderwerp aan scheidsmannen ware opgedragen, wat de Regeering later terecht begreep dat het geschil niet bij scheidsmannen aanhangig maakte. (\*)

Terwijl nu deze bijvoeging had moeten doen inzien, dat men ook met het oog op dit laatste geval aan de exceptie van onbevoegdheid genoeg had, meende de Regeering vreemd genoeg door de inlassching der woorden „en voor dezelve aanhangig zijn” na: „aan scheidsmannen zijn opgedragen” te voldoen aan eene aanmerking van de derde afdeling, die van oordeel was, dat de exceptie van verknochtheid niet moest zijn toegelaten in geval de gedaagde beweerde dat het geschil verknocht is aan een geschil voor scheidsmannen aanhangig, aangezien „de scheidsmannen niet verplicht waren zoodanige verwezene zaak aan te nemen.” En die afdeling oordeelde juist; want, indien het voor den rechter gebrachte geschil hun niet door partijen ter beslissing is opgedragen, kan zijne verknochtheid aan de hun opgedragen zaak, hen niet tot hare beslissing bevoegd maken. Zij zijn niet alleen niet verplicht, maar zelfs onbevoegd die kennisneming op verwijzing door den rechter, welke hij zij, te aanvaarden. Dit bezwaar tegen onze bepaling is ook aan den Ontwerper van 1865 ontsnapt. Zie B. II. tit. 1 art. 30. Het komt mij voor dat de uitbreiding aan art. 171 C. d. pr. gegeven met opzicht tot de litispentie overbodig is, al schijnt zij

---

(\*) Men schreef dit waarschijnlijk na uit v. D. LINDEN I bl. 161 die eenvoudig vermeldt: exceptie van submittie of verblijf aan Arbiters die de natuur volgt van litispentie, terwijl ook het daar aangeh. art. 10 der Ampl. Instr. Hof Holland wel zegt „dat onder de exceptie van litispentie mede begrepen of verstaan zal worden submittie absolute, ofte penale aan Arbiters ofte goede Mannen, zoo wanneer daarvan bij publycque instrumenten ofte d'eygen hant van parthye blijken sal” maar klaarblijkelijk bedoelt dat het geding bij Arbiters hangende is krachtens acte enz.

ontleend aan art. 61 *c* Alg. Man. 1799 en art. 601 *c*. Wetb. 1809 die wederom steunen op de vroegere praktijk volgens Ampl. Instructie van het Hof van 21 December 1579 (Gr. Pl. boek II 767) art. 10; v. d. LINDEN I bl. 161. Bij de franschen schijnt daaraan blijkens schrijvers en jurisprudentie geen behoefte te zijn gevoeld. Met opzicht tot connexiteit acht ik de uitbreiding ongepast. Een voorbeeld vind ik daarvoor niet. Zou de gissing gewaagd zijn, dat de vereeniging van litispendentie en connexiteit in dezelfde bepaling de aanleiding tot deze laatste uitbreiding van het artikel geweest is?

#### De exceptie van nietigheid van de dagvaarding.

De gronden waarop deze exceptie steunt zijn in het bijzonder in Dl. II § 59 behandeld.

De slotsom der conclusie is: „dat de rechter de nietigheid der dagvaarding uitsprekende den eischer in zijn eisch zooals die is aangelegd niet ontvankelijk verklare,” of om, nog duidelijker te doen uitkomen dat alleen de vorm waarin het geding werd aangelegd niet deugt en daarover alleen uitspraak zal worden gedaan, „den gelaagde te ontslaan van de instantie” of „aanleg”.

In Dl. II bl. 40 werd ook melding gemaakt van de vraag of de exceptie van nietigheid aan die van aanhangig geding en verknochtheid behoort vooraf te gaan of daarop moet volgen? De daar aangegeven beslissing in laatstgemelden zin is ook hier gevolgd. Behalve het daar gezegde, merk ik nog op dat nauwelijks aanleiding tot twijfel zou bestaan, indien art. 93 niet, uit het oorspronkelijk verband waarin het als art. 173 C. de Pr. voorkwam, naar de afdeeling van nietigheid was verplaatst. Het lag geenszins in de bedoeling daardoor verandering te brengen in de verhouding waarin de exceptie van nietigheid tot de andere exceptiën, wat de orde harer voorstelling betreft, had gestaan. Zeker is het ook rationeeler den rechter voor wien men zich in 't geheel over de zaak niet wil inlaten, niet vooraf over de nietigheid der dagvaarding te laten oordeelen. Het Ontwerp heeft in art. 30 de bepaling in dezen zin verduidelijkt. Het voegt daar nog bij de vordering tot zekerheidstelling. Neemt men aan dat in art. 93 onder de onbevoegdheid de exceptie van aanhangig geding en verknochtheid werden begrepen, dan zal art. 152 § 2 ook wel voldoende zijn om aan te nemen dat het doen van deze vordering geen van de genoemde exceptiën dekt.

De Alg. Man. van 1799 en het Wetb. van 1809 ontgingen den strijd over den voorrang, daar zij bepaalden dat alle exceptiën die als zoodanig, d. i. bij afzonderlijke conclusie, mochten worden voorgesteld, tegelijk moesten worden voorgesteld indien de gedaagde meer dan eene meende te hebben.

De dilatoire exceptiën. Voor het begrip verwijs ik naar Dl. I § 36 bl. 286.

Men houde in het oog dat niet iedere weer, die tot uitstel van het onderzoek van de ingestelde vordering aanleiding kan geven, of zoodanig uitstel tengevolge kan hebben, tot de dilatoire exceptiën kan gebracht worden. Ook niet al worden ze dikwijls gebruikt om uitstel te verkrijgen. De verwijdering van de vordering tot zekerheidsstelling, van de vrijwaring en van de mededeeling van stukken uit den titel of afdeeling over de exceptiën in onze wet wijzen daarop, vooral in verband met het verschil van gevoelens onder de fransche rechtsgeleerden. De tijdelijke afwijzing van den eisch moet de strekking zijn welke de aard van het verdedigingsmiddel medebrengt, zonder dat daarbij op de bedoeling van den gedaagde gelet wordt. Er bestaat ook geen reden om naar onze wet de door mij tot de declinatoire gebrachte exceptiën als dilatoire te beschouwen. Het is duidelijk dat de wetgever, vooral wanneer wij de afdeeling over exceptiën vergelijken met tit. IX van den Code en zijne afzonderlijke §§, dit niet heeft gewild. De stelling dat de exceptie van nietigheid vóór en afgescheiden van de verdediging op de hoofdzaak moet worden voorgesteld, wordt voldoende gestaafd door art. 93 B. R. j<sup>o</sup>. 173 C de pr.; ook door art. 159 omdat het, j<sup>o</sup>. art. 186 C. de pr. en het opschrift van § IV waarin dit art. voorkomt, de nietigheid aan de dilatoire exceptiën waarvan zij die van nietigheid uitsluit, doet voorafgaan; geenszins daarentegen omdat, gelijk OUDEMAN I bl. 216 nt. 4 wil, de exceptie van nietigheid eene dilatoire zou zijn. Dan zoude zij immers gezamenlijk met de andere dilatoire voorgesteld moeten worden en van deze wordt alleen die van beraad uitgezonderd.

Het voorschrift dat de gedaagde de dilatoire exceptiën gezamenlijk moet voorstellen wil misbruik en vermenigvuldiging van procedures voor den eischer voorkomen. Hier wordt dus weder de implicite aangenomen regel toegepast dat alle verdedigingsmiddelen te zamen moeten voorgesteld worden. Alg. Man. art. 62 en Wetb. 1809 art. 602 ver-

langden ook dat, waar de gedaagde meer dan eene exceptieve conclusie kon voorstellen, hij die tegelijk voorstellen moest.

Dat zij vóór de peremptoire moeten worden voorgesteld ligt in den aard der zaak, omdat deze evenals de verdediging op de hoofzaak de afwijzing van den eisch voor altijd beoogen. Er zal, waar eene dilatoire exceptie openstaat, voor een peremptoir middel meestal geen plaats zijn.

De gezamenlijke voorstelling is regel. Bij uitzondering kunnen niettemin (volgens art. 159) erfgenamen, als dilatoire exceptie voordragen dat zij nog zijn in termen van beraad over de aanvaarding der erfenis; weduwen en vrouwen na bekomen echtscheiding, scheiding van tafel en bed of scheiding van goederen dat zij nog zijn in termen van beraad omtrent den afstand van de gemeenschap. Zij kunnen dus aanvankelijk volstaan met die exceptie voor te dragen, of, zooals men dit in de praktijk noemt, bij die exceptie persisteeren. In termen van beraad over afstand van gemeenschap kunnen ook zijn de erfgenamen van de vrouw hetzij dat zij de door haar reeds verkregen of de haar in de eerste plaats toegekende bevoegdheid uitoefenen, art. 189 en 193 B. W. Ons artikel laat de toepassing op de erfgenamen der vrouw door zijne algemeen gestelde bewoordingen toe, welke toepassing door de ratio van het artikel bevestigd wordt. De voor den afstand der gemeenschap gestelde termijn is kort genoeg, dat de eischer den afloop daarvan in den regel wel zal kunnen afwachten. De termijn van beraad, welks aanvang van den erfgenaam afhangt, die in zich zelf langer is en door den rechter verlengd kan worden (art. 1071, 1072 B. W.) zal eerder aanleiding geven, dat de eischer het verloop daarvan niet afwacht; vooral omdat hij door zijn eisch in te stellen het gebruik maken van den termijn kan bespoedigen krachtens art. 1074. Art. 159 § 2 is het onmiddellijk uitvloeisel van de bepaling van art. 1072 B. W. volgens welke de erfgenaam die zich beraadt, gedurende den hem toegekenden termijn niet kan genoodzaakt worden de hoedanigheid van erfgenaam aan te nemen, — of liever, dewijl hij door den dood des erflaters van rechtswege die hoedanigheid verkrijgt, zich als erfgenaam te gedragen, — zoodat geen vonnis tegen hem verkregen kan worden. Maakt de erfgenaam van dit hem door de wet toegekende recht gebruik dan is het natuurlijk gevolg dat de tegen hem ingestelde vordering voor alsnog moet worden afgewezen en de eischer daarin niet-ontvankelijk verklaard.

Wanneer men in het oog houdt, dat in art. 159 § 2 voor den erfgenaam het middel wordt aangewezen, waardoor hij van de hem in art. 1072 B. W. toegekende bevoegdheid wordt gebruik gemaakt, dan spreekt het van zelf dat aan eene toepassing daarvan door den rechter ambtshalve niet mag worden gedacht en dat men dan ook geen recht heeft om met DIEPHUIS IX bl. 18 te zeggen, dat art. 1072 „zich in die algemeenheid niet laat volhouden.” Voorts vloeit uit het verband van de bepaling van het Wetb. van burg rechtsvordering met die van het materiele recht voort, dat van de in het burgerl. wetboek toegekende bevoegdheid door het voordragen van eene dilatoire exceptie wordt gebruik gemaakt.

Onze wet zegt zoo duidelijk mogelijk: „zij kunnen volstaan met als dilatoire exceptie voor te dragen.” Het middel moet dan ook het, uit het als bekend vooronderstelde begrip van dilatoire exceptie voortvloeiende, gevolg hebben, dat ik zoo straks aanwees. Met dat karakter van dilatoire exceptie is niet overeen te brengen dat het proces aanhangig blijft en eenvoudig blijft rusten tot dat de tijd van beraad zal zijn afgelopen, gelijk DIEPHUIS t. a. p. meent. Dan zou de exceptie een uitstel om voort te procederen ten gevolge hebben, terwijl zij altijd beoogt een ontslag van de procedure, zoo niet voor alsnog zelfs van den eisch; voorts zou er eene schorsing van het geding plaats buiten de gevallen in de wet voorzien of eene stateering alleen voor andere gevallen (art. 151) toegelaten, geen van beide door eene wetsbepaling voldoende gestaafd. Het gezag der fransche schrijvers, waarop DIEPHUIS zich beroept, kan hier niets afdoen, omdat aan de Code de pr. een artikel als ons art. 159 § 2 ontbreekt. V. D. HONERT Formulierboek n<sup>o</sup>. 72 en OUDEMAN formulier n<sup>o</sup>. 60 volgen m. i. dan ook ten onrechte de fransche formulieren (zie CHAUVEAU en GLANDAZ n<sup>o</sup>. 52) als zij in dit geval doen concludeeren tot schorsing of stateering van het geding. V. D. HONERT leidt deze bijzondere eigenschap van de dilatoire exceptie in dit geval af uit art. 1071, 1072 B. W., maar ik meen dat het processueel gevolg van de daar toegekende bevoegdheid bepaald wordt door het middel dat tot het doen gelden van die bevoegdheid in B. R. wordt toegekend. Het proces zou ook wel wat zonderling in de lucht blijven hangen, wanneer de erfgenaam na termijn van beraad verklaarde te verwerpen. Dit alleen zal men op grond van art. 2028 B. W. moeten aannemen, dat de niet-ontvankelijkheid in dit geval de stuiting der verjaring niet opheft, wat anders art. 2018 in het algemeen schijnt te willen.

Wat de orde betreft waarin deze exceptie moet worden voorgesteld, volg ik het gevoelen van OUDEMAN, die, bl. 216, terecht bestrijdt het gevoelen van VAN DEN HONERT, volgens hetwelk deze exceptie aan die van nietigheid zou kunnen voorafgaan. Art. 92 is daarmede in vierkanten strijd. De vereeniging van dit middel met andere dilatoire of peremptoire exceptiën zal, ofschoon niet verboden, wel van zelf daardoor uitgesloten zijn, dat zij het aannemen van de hoedanigheid van erfgenaam zouden kunnen medebrengen.

Voor de peremptoire exceptiën geldt weder de regel: niet afzonderlijk, maar met het antwoord ten principale. Uitzondering geldt alleen voor de drie in art. 160 genoemde. Het zijn dezelfde die als exceptiën van litisfinitie, volgens art. 88 van de Instructie van het Hof en art. 10 van de Ampl. instructie, vooraf mochten worden voorgesteld, en zoo worden ze ook als voorwerp van exceptieve conclusien toegelaten, in art. 61 *d, e, g* en *h* van Alg. Man. 1799 en art. 601 *d, e, g* en *h* van Wetb. 1809. Terwijl de Code niets omtrent peremptoire exceptiën bepaalt en daaruit mag worden afgeleid dat eene afzonderlijke voorstelling daarvan niet behoeft te worden toegelaten, bepaalde onze wetgever in 1830, art. 138, dat alle peremptoire exceptiën tegelijk met het antwoord moeten worden voorgesteld en bestreed de Regeering den wensch om daarop uitzonderingen toe te laten met de opmerking, dat de partijen niet moeten worden blootgesteld dat de procedures in het oneindige worden gerekt. Bij de beraadslaging werd de straks bedoelde wensch in 't bijzonder ontwikkeld door den Heer BEELAERTS VAN BLOKLAND (NOORDZIEK Gesch. der beraadsl. Burg. Rechtsv. I (1827—28) 1<sup>e</sup> ged. bl. 104 j<sup>o</sup>. 89, 2<sup>e</sup> ged. bl. 449 op art. 21; bl. 519 op art. 21; bl. 547), doch daaraan werd eerst gevolg gegeven bij de herziening in 1837. Toen heette het ook wêer dat men meende niet verder te kunnen gaan dan die drie exceptiën „om niet aan allerlei captieuse verdedigingen en vermenigvuldiging van processen eene wijde deur open te zetten,” v. D. HONERT op § 160 bl. 281. Of nu het motief voor de uitzonderingen zoo geheel afdoende mag heeten valt te betwijfelen „Omdat,” zoo heet het „het voor een verweerder hard zoude zijn en wellicht zijne verdediging kunnen verkorten, indien hij verplicht ware zich in te laten in de behandeling eener zaak die reeds door een vroeger gewijsde was beslist” enz.

Ik meen te mogen opmerken: of het niet juist de vraag is, of werkelijk de zaak door een vroeger gewijsde beslist is enz., en voorts dat, wanneer de verweerder verplicht is ook andere middelen die

hij mocht hebben tegelijk voor te dragen, hij dan door die voordracht, zij het dan subordinaat, zijn vooropgezet middel van verdediging niet verzwakt, wat wel het geval is, wanneer hij dit afzonderlijk mag voordragen, hetgeen hij nu, om al dadelijk geen wantrouwen in dit middel te toonen, in den regel wel zal moeten doen. Zoo lokt nu de wetgever zelf, door de uitzondering toe te laten, tot vermenigvuldiging van processen uit. Het eenige wat eene geregelde procesorde vereischt, is, dat over dergelijke exceptiën door den rechter worde beslist vóór dat hij de andere in overweging neemt, altijd in hetzelfde vonnis, gelijk men bij 't Hof van Holland placht te concludeeren om bij ordina te beslissen.

De verweerder is bevoegd deze exceptiën vóór het antwoord ten principale voor te stellen. Maakt hij van deze bevoegdheid geen gebruik, zegt het artikel, maar vereenigt hij ze met zijne verdediging ten principale, dan moet hij alle gezamenlijk voorstellen. Recht duidelijk is dat niet. Hoe zou het toch anders kunnen? Vereenigt hij ze met het antwoord dan zijn ze van zelf, als hij meer mocht hebben, alle er mée vereenigd; hoe zou hij nu, als hij reeds ten principale heeft geantwoord, nog een of ander van die exceptiën vóór het antwoord kunnen voorstellen? De tweede afdeling der Tweede Kamer vroeg, betreffende het slot van het artikel, of hij die van de bevoegdheid gebruik maakt, die exceptiën niet gezamenlijk zou moeten voorstellen? Het komt mij voor dat zij wilde vragen, of dit niet de kwalijk uitgedrukte bedoeling was? Doch dan werd zij niet begrepen. Het maakt alleen in zoover iets uit, dat ofschoon de exceptiën van gewijsde en dading niet licht tegelijk kunnen toekomen, wel echter een van beide met de disqualificatoire, voor zoodanig geval eene bepaling als de tweede afdeling voorstelde, rationeel ware te achten; de bepaling kan, zooals ze nu luidt, op die eigenschap geen aanspraak maken. Het gevolg is, dat de exceptiën van art. 160 § 2 nu achtereenvolgens voorgesteld kunnen worden voorzover niet in het voorstellen van de eene noodzakelijk een afstand van de andere ligt opgesloten.

Het ontwerp van 1865 behield de bepaling in art. 33 a. h. e. en aan de wenschelijkheid van het behoud der drie uitzonderingen twijfelde de Ontwerper niet.

De exceptiën die, overeenkomstig het voorschrift der wet, afzonderlijk zijn voorgesteld moeten op zich zelve worden uitgewezen. De beslissing

Gevolg van afzonderlijke voorstelling.



daarover mag niet worden aangehouden tot die over de hoofdzaak, noch hare behandeling bij die van de hoofdzaak gevoegd worden, art. 161 § 2.

Wanneer aan den verweerder de bevoegdheid wordt toegekend om eene exceptie afzonderlijk voor te stellen — en nog te meer wanneer hem daartoe de verplichting wordt opgelegd — dan vloeit daaruit voort, dat hij niet verplicht of niet bevoegd is al dadelijk op de zaak zelve te antwoorden. Hij moet of mag derhalve bij zijne exceptie persisteren, zooals dat in de praktijk wordt uitgedrukt. Op deze den verweerder door de wet toegekende bevoegdheid mag de rechter geen inbreuk maken. Dit zou hij doen, wanneer hij geene beslissing gaf op de exceptie waarover de strijd voldongen was, maar die beslissing aanhield tot dat ook de strijd op de hoofdzaak voldongen zou zijn om dan, beide geschillen samenvoegende, ze bij een en hetzelfde vonnis af te doen. De rechter zou dan niet alleen zijn karakter van lijdelijkheid opgeven maar, in strijd met de door de wet aan den verweerder toegekende bevoegdheid tot onthouding, hem tot handelen dwingen. Het *nemo invitus agere cogitur* werd op geen meer in het oog loopende wijze tot een leugen gemaakt. Men zou deze bepaling niet missen, al werd zij met eenigen ophef bij de herziening in 1837 aanbevolen. Het was zeker beter er eene algemeene bepaling van te maken dan er alleen van te spreken bij de exceptiën van verwijzing (*renvoi*) zooals in het Wetb. 1830 art. 136, maar die bepaling was daar noodig omdat men toen daarop eene uitzondering toeliet in art. 136 § 2 die bij de herziening verviel.

Voorstellen  
buiten de orde.

Wanneer de verweerder de exceptiën welke afzonderlijk moeten worden voorgesteld met andere of met de verdediging op de hoofdzaak vereenigt of op andere wijze niet inachtneemt de orde door de wet voor het voorstellen der exceptiën voorgeschreven, wordt daardoor de verkeerdelijk voorgestelde of voorbijgegane exceptie gedekt. Het gevolg daarvan is dat hare gegrondheid niet meer door den rechter kan worden onderzocht en de verweerder in die exceptie niet-ontvankelijk verklaard wordt. Arg. art. 93, 155, 158, 159, 160 § 3, 161 § 1.

Wanneer daarentegen de verweerder andere exceptiën dan die welke hij afzonderlijk moet of mag voorstellen, afzonderlijk voor het antwoord ten principale voorstelt, gelast de rechter hare voeging bij de hoofdzaak

met veroordeeling van den verweerder in de hoogere kosten door de afzonderlijke voorstelling veroorzaakt, art. 160 § 1.

Wanneer de verweerder de exceptiën welke afzonderlijk moeten worden voorgesteld met andere of met de verdediging op de hoofdzaak vereenigt, wordt daardoor die exceptie gedekt enz.

Dit gevoelen is niet onbetwist noch onbetwistbaar. Wanneer tot het afzonderlijk voorstellen van exceptiën alleen als bij uitzondering de bevoegdheid verleend wordt, zooals in Alg. Man. 1799 art. 61: zal alleen mogen geschieden en in art. 601 W. 1809, waaruit duidelijk volgt, dat dat afzonderlijk voorstellen alleen ten behoeve van den verweerder wordt toegelaten, dan is het duidelijk dat het den verweerder niet benadeelen kan en dat hij dus van de exceptie niet verstoken mag worden, wanneer hij van de hem toegekende bevoegdheid geen gebruik maakt en onmiddellijk, zij het dan subordinaat, voor 't geval dat de exceptie niet ontvangen wordt, ook op de hoofdzaak antwoordt. Onder wettelijke bepalingen als de straks gemelde, ontleend zooals wij zagen aan de Instructie van den Hove van Holland, had dan ook de vereeniging der exceptie met andere middelen alleen een praktisch bezwaar, dat men daardoor nl. de kracht zijner exceptie verzwakte. V. D. LINDEN, die in zijn Jud. Pract. I bl. 162 en 163 formulieren geeft van de afzonderlijke voorstellingen en van de combinatie, zegt van deze laatste: „Ondertusschen, wanneer men eene exceptie heeft, die op solide gronden berust, is het veel voorzichtiger daarbij te persisteeren dan teffens subordinatelijk te antwoorden . . . combineert men dan wordt de exceptie teffens met de zaak zelve geïnstrueert en bepleit. En is dus de Rechter in staat gesteld, om de zaak zelve te beslissen, hoe klaar moet dan niet eene primario gesustineerde incompetentie of inappellabiliteit wezen, om te kunnen verwagten, dat daarop reflexie genomen zal worden.”

Wanneer de wet evenwel, de bevoegdheid tot het voorstellen eener exceptie toekennende, omtrent het gebruik maken van die bevoegdheid bepaalt, dat verweerder de conclusie daartoe strekkende moet voorstellen alvorens eenige andere weren van rechte of eenige andere verdediging voor te dragen, dan ligt de verplichting om afzonderlijk voor te stellen als voorwaarde van het toegekende recht in die woorden, op den eersten aanblik althans, zoo duidelijk opgesloten, dat twijfel nauwelijks overblijft. Zie art. 155, art. 158 in verbis:

dit moet echter enz. in art. 159 moeten gezamenlijk EN VOOR enz. Die nitlegging vindt krachtigen steun in art. 93, waar hetzelfde denkbeeld met andere woorden, als 't kan nog duidelijker, wordt uitgedrukt door het verlies van de exceptie te verbinden aan het niet voorstellen vóór andere weren, dewijl zij alsdan voor gedekt wordt gehouden.

Opmerking verdient dat ook in dien gedachtengang de bepalingen onzer wet schijnen gesteld te zijn. Immers bij het onderzoek van de bepaling omtrent de incompetentie in 1827 werd door de tweede afd. op art. 16 opgemerkt: „Jusqu'ici, il est vrai, on a toujours adopté le système qu'on doit persister à l'exception d'incompétence sans entrer en matière quant au fond. Cependant il y a des cas où l'incompétence est douteuse. Dans ces cas le défendeur, qui veut la proposer *primo*, désirerait cependant que pour autant que le juge se déclarât compétent, il prononce incessamment sur le fond pour qu'il n'y ait pas double procédure et plaidoirie. On n'y voit pas d'inconvénient et on désirerait en conséquence ajouter: „qu'un tel excipiant l'incompétence peut en la proposant préliminairement, procéder à toutes fins principales.” NOORDZIEK B. R. 1827—1828 II bl. 422. De heer DONKER CURTIUS hield zóó aan dit denkbeeld vast dat hij bij de beraadslagingen verklaarde tegen den titel te stemmen o. a. ook om art 16, „qui ordonne de signifier l'exception d'incompétence préalablement à toutes autres exceptions ou défenses.” NOORDZIEK t. a. p. bl. 87. De heer BARTHÉLÉMY vatte de meening van den heer DONKER CURTIUS zóó op, alsof deze verlangde dat altijd de exceptie met het antwoord vereenigd werd en zeide dat „sans doute, si les parties veulent s'exposer à une plaidoirie frustratoire, cela peut avoir lieu.” Hij achtte dus geoorloofd wat DONKER CURTIUS verboden rekende, en de heer BEELAERTS VAN BLOKLAND begreep ook DONKER CURTIUS niet, toen hij tegen hem aanvoerde: „Wanneer iemand voor een incompetenten rechter wordt gedagvaard moet hij niet genoodzaakt kunnen worden zijne zaak ten principale aan denzelfven voor te dragen vóórdat over de exceptie van incompetentie is uitspraak gedaan” want dat verlangde D. C. niet, maar wel dat hij het zou mogen doen, wat z. i. door de wet verboden werd. Toch scheen ook aan BEELAERTS het toekennen van die door D. C. verlangde bevoegdheid niet noodig, en hij ze dus ook door de wet niet toegekend te achten. Immers hij voerde verder aan dat „in het geval wanneer beide partijen het mogten eens zijn hunne zaak ter beslissing over te laten aan een rechter wiens bevoegdheid aan bedenking zou

onderhevig zijn, zal de exceptie van onbevoegdheid niet worden voorgesteld." (NOORDZIEK t. a. p. bl. 104.), als wilde hij zeggen: „gij maakt u warm over iets dat wel verboden is maar dat niet behoeft toegelaten te worden omdat er toch geen gebruik van gemaakt zal worden.”

Intusschen betrof de opvatting van DONKER CURTIUS den zin van bepalingen of uitdrukkingen die ook in den Code de proced. voorkwamen. En ofschoon ook daar van: *elle sera tenue de former cette demande préalablement à toutes autres exceptions* in art. 169 gesproken wordt, ofschoon in art. 172 de afzonderlijke berechting der verwijzingen (*renvois*) wordt voorgeschreven en van het gedekt zijn der nietigheid in art. 173 gesproken werd zooals in ons art. 93, schijnen vele fransche auteurs even als de jurisprudentie er geen bezwaar in te zien om de vereeniging van die exceptiën met de hoofdzaak aan den gedaagde vrij te laten zonder dat verlies der exceptie daarvan het gevolg is. Art. 172 wordt wel door sommigen dus uitgelegd, dat er altijd afzonderlijke beschikkingen noodig zijn maar anderen, als PIGEAU, BERRIAT en CHAUVEAU, zijn van oordeel, dat zelfs bij afzonderlijke beschikkingen in hetzelfde vonnis over exceptie en hoofdzaak uitspraak kan worden gedaan indien ook de hoofdzaak in staat van wijzen is, wat vooronderstelt dat de verdedigingsmiddelen op beide vereenigd zijn. En waar die uitspraak in hetzelfde vonnis wordt toegelaten, daar wordt ook de exceptie door de vereenigde voorstelling niet verloren geacht; wel waar men aan de noodzakelijkheid van twee uitspraken vasthoudt. Zie CARRÉ Q. 736 j°. 737, 1519 en de aant. van CHAUVEAU. Voorts beletten ook zelfs de vrij strenge bewoordingen van art. 93 de fransche schrijvers niet om toe te laten, dat de nietigheid met andere verdedigingsmiddelen vereenigd wordt, indien maar in de slotsom der conclusie uitdrukkelijk de nietigheid wordt opgenomen. CHAUVEAU op CARRÉ Q 739, 2°, § 13 n°. 3. Men zal dan, waar de wetgever spreekt van „het vooraf moeten voorstellen” of van „het gedekt zijn der exceptie indien zij niet vooraf is voorgesteld” dit in dien zin moeten opvatten dat uitgesloten wordt de bevoegdheid om die exceptiën voor te stellen na dat reeds op de hoofdzaak is geantwoord.

Toch blijft bij mij bezwaar bestaan om dus aan dat: vooraf moeten zijne positieve beteekenis te ontnemen en daarvoor in de plaats te stellen een van de gevolgen daarvan, nl.: mogen niet daarna. En ook nog dit dat men, wanneer eene exceptie is voorgesteld in dezelfde conclusie met eene verdediging op de hoofdzaak, maar in dien vorm, dat men de laatste liet vooraf gaan en na op de hoofdzaak tot

ontzegging geconcludeerd te hebben, daarop liet volgen: „tenzij de Rechter mocht van oordeel zijn dat hij onbevoegd is met betrekking tot den persoon enz. voor welk geval tot onbevoegdverklaring geconcludeerd wordt,” men toch zou moeten aannemen dat de exceptie vooraf is voorgesteld, wilde men niet, bij eene andere beslissing van dit geval, aan een irrationeel formalisme toegeven. Zoo maakt de eene afwijking van wat mij de duidelijke zin der woorden voorkomt te zijn, nog eene verdere afwijking noodzakelijk. Ce n'est que le premier pas qui coûte! Maar is 't niet beter dien eersten stap niet te doen dan op den verkeerden weg te moeten voortgaan als men er den eersten stap op gezet zal hebben? Het komt mij voor dat men zich bij 't beslissen van onze vraag te veel heeft gehouden aan de op zich zelve zeer rationeële onderstelling dat het voorschrift omtrent het afzonderlijk voorstellen en behandelen der aangegeven exceptiën alleen in het belang des verweerders heeft plaats gehad, dat voor hem daardoor de verdediging gemakkelijker gemaakt wordt en het dus ook van hem moet afhangen om er gebruik van te maken. Zouden evenwel de imperatieve bewoordingen ook niet daarom kunnen gekozen zijn en het voorschrift daarom bindend gemaakt zijn omdat de verweerder op die wijze te meer werd gedwongen om niet dan ernstig gefundeerde exceptiën voor te dragen? terwijl bovendien, bij de exceptie van onbevoegdheid althans, ook deze overweging van orde in de procedure invloed kan gehad hebben, dat van de beslissingen over onbevoegdheid altijd hooger beroep is toegelaten, al ware de beslissing over de hoofdzaak daarvoor niet vatbaar, eene bepaling die ook in onze wetgeving overging, art. 333.

Zoo kan de wetgever in een en daarom ook in andere gevallen niet alleen eene bevoegdheid aan den verweerder hebben willen toekennen, maar hem ook eene verplichting hebben willen opleggen, van welker nakoming zijne bevoegdheid afhankelijk zou zijn. In dien zin opgevat wordt m. i. aan de woorden de meest natuurlijke beteekenis gegeven. Ik laat daar, of dit de iure constituendo juist zij en of de wetgever bijv. die beteekenis van zijn: moeten vooraf ten aanzien van de litispendingie en de connexiteit wel overwogen heeft; stellig kan zij daar verkeerd werken. Cf. BOITARD I n°. 360. Verg. CARRÉ Q. 732 en de aant. van CHAUVEAU. Wij zagen dat men bij ons in de Tweede Kamer die gedachte duidelijk op den voorgrond heeft geplaatst reeds bij de beraadslagingen in 1827, maar zeker is de wetgever daarop doorgegaan, toen hij, bij de herziening in 1837, de bevoegdheid tot het afzonderlijk voorstellen van exceptiën uitbreidende, die in art. 160

§ 3 toekende in deze bewoordingen: „Deze exceptiën alleen, kunnen vóór het antwoord ten principale worden voorgesteld.” Dáár kan dat: „voor het antwoord” in verband met § 1 niet anders beteekenen dan „afgescheiden van,” „afzonderlijk.” Maar dan krijgt ook het „MOETEN voor het antw.” van artt. 155, 158, 159 noodzakelijk de beteekenis van afzonderlijk, zoodat de gevolgtrekking deze is: Waar gij vooraf d. i. afzonderlijk kunt voorstellen en het niet doet, verliest gij uw recht niet; waar gij het moet, en het niet doet verliest gij uw recht. De wetgever bevestigt de door ons aan „vóór het antwoord” gegeven beteekenis ook door de wijze, waarop hij in art. 161 spreekt van „alle exceptiën welke vóór het antwoord moeten of mogen worden voorgesteld.” Daar kan „voor het antwoord” toch geen tweeërlei beteekenis hebben. Bij „mogen” kan het niet anders beteekenen dan „vooraf, afzonderlijk”, bij „moeten” beteekent het dat dus noodzakelijk ook. — Ik vereenig mij omtrent de hier behandeldde rechtsvraag met het in onze jurisprudentie vrij algemeen verworpen gevoelen, waarmede OUDEMAN zich vereenigt, I bl. 211. In de noot aldaar wordt naar bij ons bestaande litteratuur in verschillenden zin verwezen. Van de laatste verdient vooral gelezen te worden de verhandeling van Mr. F. A. DE SAVORNIN LOHMAN in Tijdschr. v. h. Nederl. R. I bl. 282. Ten aanzien van de exceptie van nietigheid komt in de jurisprudentie meermalen het door ons verdedigd gevoelen voor. Zie concl. O. M. Rechtb. Arnhem in W. n°. 5064. Bij deze exceptie zal de Rechter, wanneer zij vereenigd werd voorgesteld al licht aanleiding vinden tot toepassing van art. 94. Zie vonnis Arnhem 4 Juli 1884 W. 5064.

In den m. i. zoo in het oog loopenden strijd van de jurisprudentie met de wet en de daaraan tot grondslag liggende praktijk ligt eene vingerwijzing voor den wetgever om het afzonderlijk voorstellen van exceptiën te beperken, en het dan alleen als eene bevoegdheid van den verweerder te erkennen.

De verweerder moet zijne dilatoire exceptiën niet alleen vooraf afzonderlijk maar ook gezamenlijk voorstellen. Doet hij dit laatste niet, hij voldoet niet aan de voorwaarde waarvan zijn recht in de uitoefening afhankelijk is gesteld. Bepaalt de verweerder zich eenvoudig bij ééne, hij moet geacht worden de andere niet te hebben; voegthij er eene reserve omtrent andere bij, dan zou het eerste lid van art. 160 den rechter tot steun kunnen zijn in het nemen van eene daarmede overeenkomende beslissing ook in dit geval, dewijl daarin het gebod van

gezamenlijk voorstellen op de billijkste wijze sanctie zou vinden. Iets anders ware het, als de verweerder ze niet gekend had. CARRÉ Q. 786.

Al geeft de wetgever alleen de bevoegdheid om de exceptie van beraad afzonderlijk voor te stellen, (art. 159 in verbis: „kunnen volstaan,“) het voorstellen van andere dilatoire exceptiën tegelijk daarmede, zou al licht een aannemen van de hoedanigheid van erfgenaam medebrengen dat de exceptie van beraad krachteloos maakte

Wanneer daarentegen enz. Gelijke bepaling als die van art. 160 § 1, met name de peremptoire exceptiën betreffende, was ook opgenomen in het W. 1830, dat evenwel de uitzondering niet toeliet. -- „Eene peremptoire exceptie de vordering ten principale geheel afwijzende, hoe kan men dan verplicht zijn om zich, bij het proponeeren van zoodanig eene exceptie, au fond uit te laten?“ vroeg de 7<sup>e</sup> afd. der Tweede Kamer in 1827 (NOORDZIEK t. a. p. bl. 519 op art. 21.). De Regeering antwoordde niet rechtstreeks op deze vraag: „Wat echter de peremptoire exceptiën betreft, deze behooren alle te gelijk te worden voorgedragen, ten einde partijen niet bloot te stellen, dat de procedures in het oneindige worden gerekte“ (NOORDZIEK bl. 547 art. 16 in verband met 19 en 20.), en in dienzelfden zin werd de bepaling toegelicht door den heer LE CLERCQ bij de openbare beraadslagingen. NOORDZIEK t. a. p. 1<sup>te</sup> ged. bl. 89. De vraag: „hoe kan dat?“ wordt evenwel niet opgelost door: „het moet.“ De vraag had moeten luiden: is het in zoodanig geval wel noodig en in 't belang van de verdediging wenschelijk tot de verdediging au fond te verplichten? Immers deze vraag werd met opzicht tot drie exceptiën in 1837 ontkennend beantwoord. Inderdaad kan men behalve de peremptoire exceptiën andere verdedigingsmiddelen au fond hebben en, wanneer die er zijn, kunnen ze wel voorgedragen worden. Waarom zou bijv. de exceptie van verjaring, die tot de peremptoire pleegt gebracht te worden en die sommigen ook wilden uitzonderen, geen verdediging au fond gevoegd kunnen worden? Komt het zelfs niet dikwijls voor, dat juist voor het geval dat andere verdedigingsmiddelen niet opgaan een beroep op verjaring gedaan wordt?

Wanneer nu uitsluitend op zoodanige peremptoire exceptie een beroep wordt gedaan, zal dan de rechter altijd voeging bij de hoofdzaak gelasten? Zeker niet. Immers kan die exceptie, bijv. van verjaring, zeer goed het eenige verdedigingsmiddel zijn dat de gedaagde heeft, of

waarop hij zich wil beroepen; dan ware de voeging zonder doel. Daarom moet uit de conclusie des gedaagde blijken dat hij zich, behalve de voorgedragen exceptie, verdedigingsmiddelen voorbehoudt. Daarop zal dan de last tot voeging en de verdere veroordeeling des gedaagde kunnen volgen, doch altijd op vordering des eischers. Een verdedigingsmiddel dat in elken stand van het geding kan worden aangevoerd als de verjaring, art. 1988 B. W., behoeft niet gereserveerd te worden en de achterhouding daarvan kan nimmer tot een last tot voeging aanleiding geven.

De in den tekst gegeven omschrijving van de bepaling van art. 160 § 1 welke tot drieërlei uitlegging aanleiding gaf, alle vermeld bij OUDEMAN I bl 218 en 219, is in overeenstemming met die van meerdere schrijvers en rechterlijke uitspraken door den Hoogen Raad, bij arrest van 21 Januari 1859, bevestigd. In het Ontwerp van 1865 werd de redactie van onze bepaling in dien zin gewijzigd voorgedragen, art. 35. Zie de toel. bl. 133.

Ook de fransche rechtspleging kent het „plaidier à toutes fins” en onze vroegere rechtspraktijk het „ten tweeën finen antwoorden.”

Over den invloed van het antwoord op de bevoegdheid tot het voordragen van declinatoire en dilatoire exceptiën, zie Dl. II § 65 bl. 95.

De exceptiën, die afzonderlijk worden behandeld en alzoo tot een incident aanleiding geven, zijn aan de summieze behandeling onderworpen. Art. 161. Wijze van  
behandeling.

Worden dergelijke exceptiën in eene zaak van summieze behandeling opgeworpen, dan heeft hare voorstelling plaats bij gemotiveerde conclusie ter audientie. Art. 141. De in art. 139 bedoelde conclusie van antwoord wordt dan eene exceptieve conclusie, waarop eene conclusie van antwoord op de exceptie moet worden toegelaten voordat tot de pleidooien wordt overgegaan. Cf art. 45.

In zaken van gewone behandeling zal, arg. art. 247, de exceptie bij eenvoudige acte houdende de middelen en de conclusien worden beteekend met oproeping ter terechtzitting om conclusie te nemen en te pleiten zooals voor summieze zaken is voorgeschreven. Verg. OUDEMAN I bl. 216 § 83.

Betreft de exceptie eene zaak waarover het O. M. gehoord moet worden



dan wordt het ook over de exceptie gehoord. In het bijzonder moet het O. M. gehoord worden over de exceptie van onbevoegdheid. Art. 324 n<sup>o</sup>. 3.

#### AFDEELING IV.

### INCIDENTEN DIE DE BESLISSING UITSLUITEN.

#### § 86. AFSTAND VAN DE INSTANTIE.

Wat afstand is. Afstand van de instantie bestaat daarin, dat de eischer afziet van de voortzetting van het geding op de dagvaarding waarbij hij het geding heeft aangelegd. Wanneer de eischer dit doet na het antwoord dan is die afstand een voorval, hetwelk ten gevolge heeft dat van den gewonen loop van het geding wordt afgeweken; een incident in dat geding, waardoor het vooralsnu niet tot beslissing wordt gebracht.

Zie tit. III afd. 15. C. de p. L. II tit. 23. Ontw. B II tit. 8.

„Instantie,” zegt Mr. BOEY in zijn Woordentolk in v<sup>o</sup>., „is een onduitsch woord, dat aanhouding, aandringing op iets dat men gaarne had dat geschiede beteekent; men verstaat er gemeenlijk door in de Practijk alle de verzoeken, eischen en vervolgen, die men in regten doet” Het wordt daarom terecht van de handeling waardoor men een eisch instelt, een geding aanlegt, gebezigd, maar wordt eveneens gebruikt voor ieder verzoek of vordering die in den loop van een geding gedaan worden, bijv. instantie tot overlegging van stukken, tot verhoor op feiten enz. Maar gebruikt voor den aanleg van het geding omvat het woord niet alleen dien aanleg op zich zelf, maar ook de behandeling van het geding die daarvan het gevolg is, zooals men spreekt van een geding in eerste instantie, de onderscheidene instantiën van het geding en ook voor de rechters in eerste of hooger instantie. In die uitgebreide beteekenis komt aanleg ook voor. Er zou dus geen bezwaar bestaan om in plaats van: afstand van de INSTANTIE van afstand van DEN AANLEG te spreken. Met het terugnemen van de dagvaarding of het vervallen daarvan, of van iedere andere akte waarbij eene instantie gedaan wordt, vervalt niet alleen

de aanleg zelf, maar ook de verdere behandeling. Cf. artikel 278.

Wordt het begrip van incident hier oogenschijnlijk in uitgebreider beteekenis genomen dan die de beschrijving in § 77 medebrengt, verwikkeling is er toch ook hier, waar het geding voor 't oogenblik wel wordt gesloten maar toch niet afgewikkeld, terwijl eene herhaalde instelling van den eisch mogelijk blijft. Is er in dien zin geen vertraging omdat het geding niet verder wordt voortgezet op dezen aanleg; het loopt toch nu niet af maar zal later op nieuw kunnen beginnen. In ieder geval is de afstand een voorval, een tusschenbeidekomende gebeurtenis, waardoor het geding in zijn eenvoudigen en gewonen afloop wordt gestoord. Dit is althans het geval wanneer de afstand wordt gedaan nà het antwoord. Al wordt het geding door een dagvaarding bij den rechter aanhangig gemaakt, een geding ontstaat eigenlijk eerst als de verweerder zich op die dagvaarding heeft ingelaten. Wanneer dan ook de eischer afstand wil doen vóór het antwoord dan is hij daartoe zonder toestemming van den gedaagde bevoegd. Hij doet aan den gedaagde, den afstand van den aanleg door intrekking van de dagvaarding beteekenen en betaalt de kosten. Die betaling van de kosten is de voorwaarde voor de geldigheid van den afstand in dit geval. De afstand heeft dan evenwel buiten den rechter, buiten het geding om, plaats. De nadere bepalingen van de 15<sup>de</sup> afdeling hebben dan ook eigenlijk alleen op den afstand nà het antwoord betrekking, ofschoon ook art. 278 n<sup>o</sup>. 1 op den ander toepasselijk is.

Na het antwoord kan de afstand niet plaats hebben dan met toestemming van den verweerder. Art. 277 § 2.

Toestemming  
van den  
verweerder.

De bevoegdheid tot den eenzijdigen afstand, als vervallende door het antwoord, en de bevoegdheid zelve met toestemming van den verweerder nà het antwoord, heb ik in Dl. II § 65 als een der gevolgen van het antwoord behandeld, bl. 90—95. Over de beteekenis van het antwoord in art. 277 schreef ik daar bl. 93. Tegen de daar verdedigde opvatting, dat er ook exceptieve conclusien onder zijn begrepen, zou wellicht een argument kunnen ontleend worden aan den fr. tekst van art. 233 W. 1830 waar van *défenses* gesproken wordt. Doch de beperkte beteekenis van *défenses* is daar twijfelachtig; in ieder geval verlieze men niet uit het oog dat ons artikel niet uit den Code is overgenomen. De Ontwerper van 1865 gaf in art. 42 eene

ruimere en daarom betere, ook niet twijfelachtige redactie: „voordat door den verweerder eenige conclusie is genomen” doch meende daarmede niet anders dan den inhoud van het tegenwoordig art. 277 terug te geven. Zie de toel. bl. 136.

Hoe wordt  
afstand  
gedaan?

De afstand kan gedaan worden hetzij op de terechtzitting bij eene verklaring door den procureur des eischers afgelegd en door dien des verweerdens aangenomen, hetzij buiten de terechtzitting bij eenvoudige akten van procureur tot procureur, over en weder beteekend.

De procureurs moeten tot doen en aannemen van afstand door de partijen gemachtigd zijn. Schriftelijke volmacht wordt overbodig indien de afstand op de terechtzitting geschiedt en partijen daar tegenwoordig zijn. Art. 278 § 1 en 2.

Ofschoon de afstand van de instantie niet medebrengt afstand van het recht dat de eischer beweert te hebben, daar integendeel partijen teruggebracht worden in dien toestand waarin zij tot elkander stonden vóór de dagvaarding, geven zij toch rechten op die zij ten gevolge van de dagvaarding en van het antwoord hadden verkregen, bepaaldelijk dat op eene beslissing des rechters. Evenmin als nu de procureurs over het onderwerpen van het geschil aan het oordeel des rechters door de partijen te beschikken hadden, maar zij hen vertegenwoordigen omdat partijen het geschil aan het oordeel des rechters wilden onderwerpen, zoo ligt het ook buiten hunne bevoegdheid als procureurs om voor partijen op die handelingen terug te komen. Terecht moeten zij alzoo door de partijen in 't bijzonder worden gemachtigd om van de gevolgen van deze afstand te doen of dien aan te nemen. In den Code was dit duidelijk in art. 402 aangegeven althans wat den afstand betreft. Dat van weerszijden die volmacht noodig is blijkt uit ons art. 278 duidelijker. Dat de tegenwoordigheid der partij zelve op de terechtzitting in de plaats van schriftelijke volmacht kan treden is eenvoudig eene toepassing van art. 1830 B. W., volgens hetwelk last kan worden gegeven en aangenomen bij monde. Ook onder den Code liet men dit toe, CARRÉ Q. 1458 met instemming van anderen aangeh. bij CHAUVÉAU ald. Het is duidelijk uit de tegenstelling, dat de wetgever in de woorden: „of hunne procureurs van volmagt daartoe voorzien zijn” een schriftelijke volmacht bedoelt, wat, wanneer de afstand door middel van eene beteekening plaats heeft nog duidelijker

is en nu door de woorden : met gelijke volmacht, boven twijfel gesteld wordt. Het zal m. i. voldoende zijn indien eene volmacht tot afstand of aanneming daarvan op den procureur afgegeven en door de partij geteekend, van wege dien procureur aan zijn ambtgenoot beteekend wordt. Uit de volmacht blijkt de wil van de partij, uit de beteekening de uitvoering van den last door den procureur. Vindt men bezwaar om uit de beteekening van de volmacht van wege den procureur te besluiten dat hij ook werkelijk, ter voldoening aan zijn last, afstand doet, dan komt mij de beteekening van eene verklaring krachtens in afschrift meegedeelden volmacht verkieslijk voor boven eene eenvoudige verwijzing naar die volmacht zooals de formulieren bij v. d. HONERT n°. 129, 130 en OUDEMAN I n°. 114, 115 luiden.

De beteekening van den afstand bij acte van procureur tot procureur zal inzonderheid bij zaken van gewone behandeling te pas komen. Anders zouden partijen elkander daartoe ter terechtzitting moeten oproepen. Het Ontwerp laat dan ook den afstand na antwoord alleen toe ter terechtzitting „door de vertegenwoordigers der partijen in hare tegenwoordigheid of anders krachtens bijzondere volmacht.” Deze verandering is het gevolg van de afschaffing van de onderscheiding tusschen gewone en summiere zaken Toel. bl. 136, op art. 43.

De vraag of zij die tot het voeren van een geding eene machtiging behoeven bevoegd zijn afstand van de instantie te doen en die aan te nemen, zou ik daarom bevestigend beantwoorden omdat de machtiging wel tot het voeren van 't proces bekwaam maakt, niet evenwel daartoe verplicht en de afstand geen afstand van het in geding gebrachte recht medebrengt. Uitvoerig wordt de vraag behandeld door BOURBEAU V, 674. Verg. CHAUVEAU bij CARRÉ Q. 1452.

De afstand brengt van rechtswege mede :

1°. dat partijen weder in dien toestand tot elkander worden gebracht waarin zij tot elkander stonden vóór de akte, waarmede de instantie aanving;

2°. dat de partij die afstand heeft gedaan verplicht is tot betaling van de kosten, welke invorderbaar worden verklaard door den voorzitter bij een bevelschrift gesteld op den daarvan opgemaakten staat art. 278 § 3.

Dit bevelschrift kan bij voorraad tenuitvoergelegd worden (?) art. 278 § 4.

Gevolgen.

De hier vermelde gevolgen worden gezegd van rechtswege te ontstaan. Dat wil zeggen: dat geen andere handeling daartoe vereischt wordt, met name geen vonnis of uitspraak des rechters. Wanneer de verklaringen ter terechtzitting worden afgelegd, zal de rechter eenvoudig daarvan acte aan partijen verleen en d. w. z. bevelen dat van de afgelegde verklaringen aanteekening worde gedaan op het audientieblad en in verband daarmede kan dus de zaak geroeyeerd worden van de rol.

Ad 1um. Zie hierover Dl. II bl. 90 en 91.

In den Code werd gelezen in plaats van „voor de dagvaarding”: „avant la demande”. Art. 403 § 1. Het Wetb. van 1830 behield die uitdrukking en stelde in het hollandsch: „voor den eisch”. Houdt men de beteekenis van demande in tegenstelling van action in het oog, dan is het duidelijk dat daarmede werd te kennen gegeven: voor het instellen van den eisch en ik zou aan deze uitdrukking de voorkeur geven. „Voor de dagvaarding” is eene al te angstvallige correctie, die van hare bekrompenheid de gevolgen daarin toont dat zij den afstand van den aanleg van een eisch in reconventie (\*) zou uitsluiten indien men niet uit de ratio legis tot het tegendeel mocht besluiten en mocht aannemen dat bij het woord dagvaarding alleen aan id quod plerumque fit ware gedacht. Bepaaldelijk ook met het oog op den afstand van eene ingestelde reconventie schrijft het Ontwerp in art. 44: „de acte door welke de instantie is aanhangig gemaakt”. Toel. bl. 136. Dan kunnen er ook exceptiën en incidenteele vorderingen onder begrepen worden, waarvan het Ontwerp uitdrukkelijk in art. 42 melding maakt. Met de bepaling evenwel daar voorkomende,

---

(\*) Naar aanleiding van de reconventie werd in der tijd door de Regeering een zonderling antwoord gegeven. De tweede afdeling vroeg: wat het gevolg zal zijn van den gedanen afstand van de instantie, wanneer er een eisch tot reconventie is ingesteld? De Regeering antwoordde: „dat een afstand niet mogelijk is, indien er een eisch in reconventie gedaan is, omdat reconventie zonder antwoord niet denkbaar is”! Alsof de afstand van de instantie werd uitgesloten na het antwoord! De gedane vraag was toch niet moeilijk te beantwoorden. Reconventie belet niet dat er van de conventie afstand worde gedaan, mits de verweerder in conventie daarin toestemmen (immers reconventie onderstelt een antwoord); die verweerder zal natuurlijk daarbij zijn belang, in verband met den door hem ingestelden reconventionelen eisch beoordeelen en daarmede bij 't geven van zijne toestemming te rade gaan. DE PINTO II 413 is te recht van oordeel dat de afstand van de conventie de reconventie ongedeed laat en omgekeerd. Zie ook OUDEMAN I bl. 314. In het Formulierboek van v. D. HONERT (uitg. HEEMSKERK) wordt m. i. ten onrechte beweerd, dat afstand van de conventie niet met instandhouding van de reconventie zou kunnen plaats hebben.

dat deze laatste altijd kunnen worden ingetrokken zonder toestemming der wederpartij, onder verplichting om de daardoor veroorzaakte kosten te betalen, kan ik mij niet vereenigen. Wanneer ook daarop is geantwoord, kan de wederpartij er belang bij hebben dat de rechter er uitspraak op doe, waarop ook hij door zijn antwoord recht heeft bekomen. Zeker zou ik bij het stilzwijgen onzer wet, van oordeel zijn dat de in art 277 gemaakte onderscheiding daarop moet worden toegepast.

Ad. 2um. Het hier bedoelde bevelschrift van den voorzitter schijnt ten behoeve van den verweerder te worden gegeven en op diens eenzijdige begrooting der kosten. De Code wilde dat bevelschrift (art. 403) gegeven hebben „parties présentes ou appelées par acte d'avoué à avoué”. Dit was zeker omslachtiger maar ook een strenger vasthouden aan het beginsel van „het hooren van beide partijen”. Intusschen is men bij de begrooting van kosten bij de wet van 1879 no. 75 nog wel verder van dit beginsel afgeweken.

De slotbepaling van art. 403 C. de pr. betreffende de uitvoerbaarverklaring bij voorraad was vervallen in ons Wetb. van 1830 art. 234. Deze verandering werd door den heer LE CLERQ in de zitting van de Tweede Kamer van 7 Febr. 1828 (Zie NOODRIEK t. a. p. bl. 95) uitvoerig toegelicht: „Dans le Code Français, comme dans celui qu'on va lui substituer le désistement emporte de plein droit soumission de payer les frais. Dans l'un et l'autre la partie qui s'est desistée est contrainte au payement par une simple ordonnance du président; il faut bien qu'on ait un acte exécutoire pour donner à la soumission de payer les effets, qu' elle doit avoir. On doit croire, que toutes les procédures sont terminées, comme elles le sont par un jugement définitif coulé en force de chose jugée. Il en est ainsi en effet par le projet de Code que nous discutons et cet ordre de choses est conforme à la raison et à la justice, car quels pourraient être les motifs d'appeler de l'ordonnance du président qui n'est qu'un moyen nécessaire accordé pour l'exécution d'une soumission librement consentie? Cependant le Code Français admet l'appel de cette ordonnance; la disposition qui n' admet pas l'appel est une amélioration utile et conforme à la raison introduite dans notre législation”. Deze verbetering, wel wat breed maar toch goed gemotiveerd, liet men in 1837 weder varen op de eenvoudige vraag toen in de 2<sup>de</sup> afd der Kamer gedaan: „of het slot van art. 403 C. de pr. niet moest worden overgenomen?” V. D. HONERT op § 278 bl. 349. Men nam evenwel dat slot niet geheel over. Dan

zou ten minste gebleken zijn, niettegenstaande welk middel de voorloopige ten uitvoerlegging plaats kon hebben. Zal het nu een verzet of een appèl zijn? of soms ook cassatie? Verzet? maar geldt het dan eene veroordeeling bij verstek? Appèl? maar geldt het dan eene veroordeeling partijen gehoord of behoorlijk opgeroepen? Er kan hier geen sprake zijn van een der rechtsmiddelen tot vernietiging van een vonnis gegeven, maar alleen van een verzet tegen de tenuitvoerlegging van een met een in executorialen vorm afgegeven vonnis gelijkstaand bevelschrift. Wij hebben hier dus veeleer met eene parate executie bij dwangbevel te doen maar deze kan toch door een verzet geschorst worden. In plaats van de zoo los daarheen geworpen woorden had men dan bijv. een verzet als in art. 38—40 van het Tarief moeten toepasselijk verklaren. Men zal toch met het bij v o o r r a a d de toepassing van art. 438 niet hebben willen uitsluiten? Ware 't echter niet nog beter de gedachte die de verbetering van 1830 voorschreef te ontwikkelen en alle verzet of verweermiddel tegen het bevelschrift overbodig te maken door den verweerder zijne kosten te doen opgeven bij zijne toestemming in den afstand en het bevelschrift dienovereenkomstig te doen afgeven? De Ontwerper schreef in plaats van § 4: „waartegen geene voorziening is toegelaten.” Art. 44 n<sup>o</sup>. 2. De vraag is: welke voorziening zou hier kunnen zijn toegelaten, die nu wordt uitgesloten?

Kanton-  
gerecht.

De bepalingen omtrent den afstand gelden ook bij het kantongerecht, art. 125.

Verschijnen partijen door gemachtigden, deze zullen a fortiori van bijzondere volmacht tot het doen en aannemen van afstand moeten voorzien zijn.

#### § 87. VERVAL VAN DE INSTANTIE.

Wat verval is. Ofschoon de afstand van de instantie deze doet vervallen, wordt hij toch dáárom niet een verval van de instantie genoemd, omdat dit dan het gevolg is van den in eene handeling zich openbarenden wil van de partij die de instantie aanlegde. Verval van de instantie heeft met name dan plaats wanneer dit, buiten den wil van de partij, het gevolg is van tijdsverloop.

Dat tijdsverloop bewerkt het verval evenwel niet van rechtswege. De wederpartij moet de vervallenverklaring eischen, opdat zij door den Rechter worde uitgesproken; zoolang die eisch niet is gedaan kan de

werking van het tijdsverloop door behoorlijke procesakten van eene der partijen worden voorkomen, art. 279, 281.

Zie tit. III afd. 16; C. de pr., L. II. tit. 22; Ontw. B. II tit. 8. Cf. ord. de 1539, celle de Roussillon de l'année 1563 [adde: 1629] et principalement l'arrêté du 28 Mars 1692 qui a fixé la jurisprudence sur ce point volgens POTHIER, die dit onderwerp behandelt in *Traité de la procédure civile* P. I. Chap. IV. Sect. 4. JOUSSE handelt er over in de aantekeningen op art. 5 van tit. 27, II p. 465 sv. en citeert een arrêt de reglement van 2 Août 1692.

Er bestaat alzoo tusschen den afstand en het verval van de instantie een nauwe verwantschap. De Ontwerper van 1865 kon beide met recht in één titel vereenigen. Men heeft echter minder juist opgemerkt dat het verval een vooronderstelde afstand kon genoemd worden, terwijl de afstand zelve dan eene formeele mocht heeten. CARRÉ ad rubr. tit. XXII en XXIII Brux. ed. III p. 125, 185. Want beide instellingen berusten op onderscheiden beginselen. Bij den afstand erkent men het „*invitus nemo agere cogitur*” ook in dien zin, dat niemand gedwongen moet zijn de handhaving van zijn recht voort te zetten dan voor zoover zijne tegenpartij ten gevolge van de tegen hem gerichtten aanval aanspraak op eene rechterlijke beslissing heeft gekregen. In het verval ligt ook wel eene sanctie van de verplichting jegens de tegenpartij om het eens aangevangen geding voort te zetten, maar het staat tevens in nauw verband met de verjaring en strekt tot handhaving van het karakter der verjaring als instelling van openbare orde. Vindt de verjaring der rechtsvorderingen haren grond in het gedurende langen tijd voortgezet verzuim van hare instelling, dan moet ook daarvan het gevolg zijn dat de loop van die verjaring ophoudt wanneer het niet-handelen ophoudt en dat alzoo het instellen van den eisch stuiting van de verjaring ten gevolge heeft. Vindt de verjaring als wijze van verkrijging haren grond in den positieven toestand des bezitters tegenover het stilzitten des rechthebbende, ook bij deze wordt terecht aan het instellen der rechtsvordering, aan de versterking van des bezitters rustigen toestand, stuiting der verjaring als gevolg verbonden. Die stuiting wordt evenwel eerst dan volkomen gerechtvaardigd, wanneer hij die de actie instelt nu ook actief blijft. Laat hij nu de zaak rusten, en bleef niettemin de verjaring gestuit, dan werd deze van kracht geheel beroofd en zou niet kunnen beantwoorden aan dat karakter van open-



bare orde dat ligt in hare strekking om zekerheid van den rechtstoestand te weeg te brengen. Om de verjaring deze kracht te doen behouden moet de ingestelde vervolging hare kracht van stuiting verliezen, wanneer zij niet wordt voortgezet gedurende zoodanigen termijn dat de vervolging als niet ernstig gemeend beschouwd moet worden. Dat gevolg wordt bereikt door de instantie, den aanleg van den eisch, te doen vervallen, en die daarmede als niet geschied aan te merken, alzoo hare gevolgen opgeheven te verklaren. Men kan dan wel zeggen, om verwantschap en onderscheid met den formeelen afstand te gelijk in het oog te doen vallen: nu wordt de eischer voorondersteld afstand van de instantie te doen, maar inderdaad wordt daarnaar geen onderzoek gedaan; men vermoedt niet dat hij afstand wilde doen, want zijn wil blijft geheel buiten aanmerking; hij zette zijne aangevangen handeling niet voort en daarom wordt ook die handeling welke hij verrichtte, te niet gedaan. En mocht hij zich beklagen dan zegt de wet tot hare rechtvaardiging tegen hem: het is uw eigen schuld, en al hebt gij 't niet gewild, het is zoo goed alsof gij het gewild hadt.

Wordt de werking der verjaring alzoo door het verval van de instantie gesteund, dat het verval zelf geen verjaring is behoeft geen betoog, al vervalt hier eene bevoegdheid door tijdsverloop. Heeft evenwel het aangeduide verband der beide instellingen er toe geleid dat te kwader ure regelen die de verjaring beheerschen hier zijn toegepast (Zie bijv. *BOURBEAU V.* p. 541, *DE PINTO* § 209 en 211) en dan die regelen nog meer opgevat naar den uiterlijken schijn, dan naar hunne werkelijke beteekenis? „Alle instantie vervalt, indien de zaak binnen drie jaren niet is voortgezet” zegt art. 279. Maar, waarom werkt dat verval dan niet van rechtswege, zooals aanvankelijk het arrêt de regl. van 1629 het medebracht (*POTHIER* n°. 248), en zooals het ook uit deze bepaling, op zich zelve beschouwd, zou voortvloeien? Waarom moet de wederpartij dat verval nog doen uitspreken? Zou men daarbij gedacht hebben aan den regel dat de rechter de verjaring ambtshalve niet mag toepassen (bij ons art. 1987 B. W.)? Werkt dan de verjaring dáárom niet van rechtswege? Die werking van rechtswege brengt toch geen toepassing ambtshalve mede, maar alleen dit, dat, als de termijn van verjaring vervuld is, hij die zich daarop beroepen kan, niets uit zich zelf behoeft te doen om haar die werking te verzekeren, maar dat hij aangesproken wordende zich er op beroepen moet, omdat hare werking van zijn wil afhankelijk blijft, deze niet tegen zijn wil plaats heeft, en de rechter in 't algemeen geen middelen, die ter be-

schikking van partijen staan, mag toepassen. En wat zou nu de werking van het verval van rechtswege medebrengen? Niet dat de verweerder zich daarop niet zou mogen beroepen, als de eischer, niettegenstaande het tijdsverloop, het geding weder ging voortzetten, maar eenvoudig dat hij gedaagde uit zich zelf geen handeling zou behoeven te verrichten om het tijdsverloop te doen werken. Terecht merkte de heer LE CLERCQ op in de zitting van de Tweede Kamer van 7 Febr. 1828 NOORDZIEK t. a. p. bl. 97: „Si le demandeur fait un acte de procédure, le plus simple et le plus insignifiant, dix ans après la discontinuation de toute poursuite, il n'y a plus de péremption à attendre, le demandeur obtient encore un répit de trois ans, qui se prolongera si la demande de la péremption n'est pas faite ou si on la forme après un nouvel acte de procédure ce qui peut éterniser l'interruption de la prescription.” Achtte hij dit met recht een bezwaar tegen de bepaling van den fr. Code (art. 399), hij rechtvaardigde de werking van rechtswege die in het Ontwerp van 1827 (Wetb. 1830 art. 237) was voorgesteld met te zeggen: „Si l'intérêt qui a poussé le demandeur à intenter son action subsiste toujours, il n'a pas besoin du secours de la loi pour l'exécuter, pour ne pas laisser périmer l'instance; et si cet intérêt n'existe plus, il est inutile de laisser subsister cette instance et l'interruption de la prescription, jusqu'à ce que le défendeur en demande la péremption.” (NOORDZIEK t. z. p.) Doch ook deze wezentlijke verbetering van den franschen Code moest in 1837 weder vervallen, en, niettegenstaande bij de schriftelijke behandeling van het Ontw. van 1828 nog werd opgemerkt, „dat de nieuwe bepaling strekte om te voorkomen dat procedures door de samenspanning der verdedigers niet in het oneindige werden gerekt” (NOORDZIEK 1827/28 II bl. 554, v. d. HONERT op § 281), kwam de Regeering uit zich zelve er op terug en voerde dezen zeker zeer weinig beteekenenden grond aan: „dat er geen reden is, waarom de instantie van rechtswege zoude vervallen, indien de belanghebbende partij van haar recht geen gebruik maakt: evenzeer als de verjaring van een recht kan worden geïnterrumpeerd door acten, zoo moet ook het vervallen (perimeren) eener instantie door akten kunnen worden voorkomen.” Let wel: „door akten na het tijdsverloop uitgebracht; als kon de verjaring ook nog na verloop van den tijd gestuit worden! Het is alsof na verloop van drie jaren eene rechtsvordering tot vervallen verklaring wordt toegekend die als alle rechtsvorderingen aan verjaring onderhevig is, welke dan op hare beurt weder aan stuiting blootstaat!

Het gevolg is dat, volgens art. 281, de vervallenverklaring, niet-

tegenstaande het verval door tijdsverloop plaats heeft, kan worden voorkomen door proceshandelingen, door eene der partijen verricht na het tijdsverloop, doch voor dat de eisch tot vervallenverklaring gedaan is, zooals dit in hoofdzaak ook in art. 399 C. de pr. was bepaald.

Het Ontwerp van 1865 kwam tot het in 1838 te kwader ure verlaten stelsel terug en bepaalt in art. 45 eenvoudig dat de instantie van rechtswege vervalt, indien het rechtsgeding gedurende drie jaren niet is voortgezet. De grond is volgens de toelichting, bl. 135, dat voor het voorondersteld desistement hetzelfde moet gelden als voor den verklaarden afstand, en de strekking: te voorkomen dat vele processen anders jaren lang hangende blijven, in strijd met de belangen van partijen, in strijd met de in het algemeen belang gevorderde rechtszekerheid. — Het Ontwerp laat nu evenwel ook de bepaling weg omtrent de wijze waarop de verweerder het verval kan doen uitspreken. Overbodig is evenwel die bepaling niet, gelijk ze dan ook in 1830 opzettelijk behouden was. Het kan, al werkt het verval van rechtswege, voor den verweerder van belang zijn en het bevordert de zekerheid van den toestand voor beide partijen dat het feit door den rechter wordt geconstateerd.

De werking van rechtswege was reeds gehuldigd in C. de pr. van Genève, art. 276. Wellicht had de heer BARTHÉLÉMY ook op deze bepaling het oog, toen hij sprak van het gebruik van dat wetboek bij de samenstelling van het Ontw. 1827 gemaakt. In het belgisch Ontwerp van ALLARD B. I tit. V art. 27, wordt hetzelfde bepaald. Prof. ALLARD beroept zich in de toelichting (bl. 71) op de „excellentes réformes introduites dans la matière de la péremption par la loi de Genève, art. 276—278, PAR LE CODE GUILLAUME, art. 236—239 (\*), et par le Code italien, art. 338—342.

Welke is de strekking van den eisch tot vervallen-verklaring en in welke verhouding staat hij tot dat verval door tijdsverloop? De eisch des verweerders strekt niet om den eischer de bevoegdheid tot voortzetting van het geding te ontnemen en zich zelven van de verplichting om 't geding voort te zetten te doen ontheffen; hij strekt om het verval te doen uitspreken, te doen constateeren door den rechter dat door het tijdsverloop de eischer de bevoegdheid tot voortzetting heeft verloren en de verweerder van de verplichting tot voortzetting ontheven is; hij

---

(\*) Eene ons wel wat beschamende herinnering! Nog erger wanneer wij in ALLARD's Examen Critique du Code de pr. du Roy. d'Italie p. 57 lezen: „Il en est de même (que la péremption opère de droit) depuis longtemps à Genève et en Hollande etc.”

heeft geen andere strekking dan om den rechter een maatregel van procedure te doen toepassen. Wellicht is daarmede eene zekerheid in den toestand der partijen beoogd, maar het gevolg is in ieder geval dat het verval niet werkt buiten den wil van den verweerder, dat van hem daartoe eene handeling vereischt wordt. Zeer irrationeel, als men in 't verval een vooronderstelden afstand van den kant des eischers ziet, de toestemming des verweerdere niet te onderstellen, die toch ook van zijn wil om voortzetten geen blijk gaf en niet dan door de aanspraak des eischers gedwongen het geding opnam; even irrationeel wanneer de rechtsgrond van het verval in het niet handelen van den eischer ligt. Die noodzakelijkheid van een eisch des verweerdere door niets gemotiveerd, veroordeelt alzoo ook de uitsluiting van de werking van het verval van rechtswege.

Welke zijn die behoorlijke procesacten (beter: handelingen) welke de vervallenverklaring kunnen voorkomen? Handelingen die van eene der partijen uitgaande eene voortzetting der zaak beoogen, b.v. een verzoek om mededeeling van stukken, een oproeping ter terechtzitting, en deze behoorlijk, d. i. door de wet bevolen of toegelaten en in den vereischten vorm; dus: handelingen tot het proces (hier kan men zelfs proces in zijn oorspronkelijke beteekenis van *processus*, voortgang der zaak, nemen) betrekkelijk in den behoorlijken vorm verricht, en van de zijde des verweerdere ook die, waaruit een afstand van het verval voortvloeit, *BOURBEAU* p. 638. Aanvankelijk kwamen naar het arrêt de *regl.* van 1692, art. 4, alleen handelingen in aanmerking van den verweerder, „la partie qui a acquis la péremption” en die dus daardoor toonde er geen gebruik van te willen maken. Volgens *POTHIER* n°. 248 heeft het parlement van Parijs uitgemaakt dat het verval niet van rechtswege werkte maar door handelingen van den eischer kon worden gedekt, zoolang het niet aangevraagd was door den verweerder. Die jurisprudentie is in den Code overgegaan, art. 399 en bij ons art. 281: „door eene der partijen verricht.”

Het tijdsverloop waardoor het verval wordt bewerkt, is van drie jaren. Het wordt verlengd met zes maanden in gevallen waarin een eisch tot hervatting van het geding kan plaats hebben. Art. 279. Vereischt tijdsverloop.

Drie jaar is zeker lang genoeg. Het Ontwerp behoudt echter dien termijn. Het belgisch Ontwerp art. 26, acht twee jaren lang genoeg en Genève één jaar als regel en voor gevallen van hervatting twee

jaar. Voor gevallen waarin een eisch tot hervatting kan plaats hebben, wordt de termijn met zes maanden verlengd, omdat hier voor het niet voortzetten van het proces een bepaalde reden (van schorsing) bestond. De Ontw. van 1865 den langen termijn behoudende, kon dezen ook voor die gevallen van hervatting voldoende achten.

Terecht liet het Ontwerp de bepaling van art. 280 weg dat de tijd loopt tegen den Staat, de openbare instellingen, minderjarigen en in het algemeen tegen alle personen zonder onderscheid. Het spreekt immers van zelf dat de regelen van het proces voor alle procedeerenden gelden als niet het tegendeel bepaald wordt. Dacht men soms ook hier aan de verjaring, dan hief reeds voor den Staat en de openbare instellingen art. 1991 B. W. allen twijfel op, terwijl aan den anderen kant men daarom van de minderjarigen moest spreken omdat voor hen verjarings-termijnen geschorst werden. Maar geeft dit niet wederom aanleiding tot de verkeerde gevolgtrekking als zouden de bepalingen omtrent de verjaring op alle andere termijnen van toepassing zijn? of als hadde men hier met eene verjaring te doen? Verg. toel. tot het Ontw. op art. 45, bl. 136.

In welke gevallen een eisch tot hervatting van het geding („der zaak” art. 279 § 2) kan plaats hebben, leert de 12<sup>de</sup> afd. van tit. III over het schorsen en het hervatten van het rechtsgeding. Daaronder behoort ook het geval dat de gestelde procureur is overleden of zijn betrekking heeft verloren. Toch werd de uitdrukkelijke bepaling van den Code, art. 379: „où il y aura lieu à demande en reprise d'instance ou constitution de nouvel avoué” in het Ontw. v. 1827 (W. 1830 art. 235) opzettelijk geschrapt. „Ce dernier cas n'existe plus dans le projet;” zeide de heer LE CLERCQ, „la partie pouvant toujours constituer un nouvel avoué, on ne voit pas la nécessité d'ajouter six mois aux trois ans, accordés pour demander la péremption dans cette circonstance.” (NOORDZIEK t. a. p. 1<sup>ste</sup> ged. bl. 96.). Maar onze wetgever begreep in 1837 onder de redenen van schorsing en hervatting, de dood of verlies van betrekking van den gestelden procureur in art. 254 4<sup>o</sup>, weer te moeten opnemen, terwijl deze in het Wetb. van 1830 (art. 218) weggevallen was. Die aanvulling van art. 254 geeft alzoo aan art. 279 § 2 den ruimeren omvang terug dien men daaraan vroeger ontnam, zonder dat dit artikel in zijne bewoordingen eenige verandering onderging. Opmerking verdient, in verband met de tusschen verval en verjaring aangenomen verwantschap, dat bij de interruptie, liever: schorsing van den termijn van verval,

bij Jousse bl. 468 een beroep wordt gedaan op het: „contra non valentem agere non currit praescriptio.”

Het verval van de instantie wordt op de terechtzitting uitgesproken op daartoe door den verweerder gedane vordering bij eene eenvoudige akte aan de partij of aan hare woonplaats beteekend. De kosten van het vervallen geding worden voor gecompenseerd gehouden. Art. 282.

Vordering tot vervallenverklaring.

Waarin bestaat die eenvoudige acte? Volgens v. D. HONERT Formulierboek (ed. HEEMSKERK), n<sup>o</sup>. 132 in eene formeele dagvaarding, welke daar noodig schijnt geacht voor 't geval dat des verweerders procureur is overleden en de zaak niet is hervat. Het gevolg is zelfs, blijkens de aant. i<sup>o</sup> op bl. 163, dat deze vordering dan geheel wordt behandeld als eene summiere zaak, hetzij bij verstek of op tegenspraak. Het is alsof 't nog niet genoeg geeft, nu reeds die noodzakelijkheid om 't verval te doen uitspreken tot tegenspraak aanleiding kan geven; het is alsof men absoluut een formeel proces op het andere stapelen wil, met een nieuwen eischer en een nieuwen gedaagde voor het geding over het verval! De wet wil eene eenvoudige akte (zie Dl. II bl. 70), dus geen dagvaarding en zij wil die eenvoudige akte voor alle gevallen zonder onderscheid. De bepaling van art. 400 C. de pr. wettigde in het daar uitgezonderd geval een dagvaarding. Maar de uitzondering verviel. Derhalve doet de procureur des verweerders, en als deze geen meer heeft stelt hij een ander, eene akte beteekenen, waarin hij eenvoudig verklaart dat er drie jaren zijn verlopen en dat hij mitsdien concludeert dat het der rechtbank behage het verval uit te spreken, zooals dat bij v. D. HONERT in n<sup>o</sup>. 132 en nog korter bij OUDEMAN n<sup>o</sup>. 116 wordt voorgesteld. Zie OUDEMAN I § 147.

De beteekening geschiedt dan aan de wederpartij in persoon of te harer woonplaats. Dat bij de herziening woonplaats in plaats van gekozene woonstede is gesteld voorkomt het bezwaar dat ontstaan kon voor 't geval de eischer voor het oogenblik geen procureur heeft en bij dezen, zooals gewoonlijk, woonplaats was gekozen; maar overigens wordt eene beteekening ter gekozene woonplaats niet uitgesloten. Dan zal de beteekening van zelf tot den procureur komen, al moet deze formeel niet aan hem gedaan worden. Zie OUDEMAN § 147; verg. arr. Amsterdam in W. n<sup>o</sup>. 5358. In die acte mag evenwel eene oproeping ter terechtzitting niet ontbreken. De Wetgever herinnert er zelf aan door van de uitspraak ter terechtzitting te spreken. Men

zal toch wel niet na de beteekening de oproeping ter terechtzitting aan de meest gereede partij willen overlaten? Het ligt in den aard der zaak dat in summiere zaken welke procedure ter rolle medebrengen tot peremptie minder gelegenheid zal bestaan dan in zaken van gewone behandeling, nog minder nu ook het door de praktijk (zie het aangehaalde arrest) berucht gemaakte art. 79 zijn rechtverkrachtend vermogen heeft verloren.

Op die terechtzitting zal dan door den eischer de gevorderde uitspraak van het verval kunnen worden tegengesproken en zal dit incident tot pleidooien aanleiding kunnen geven en eene veroordeeling in de kosten van het incident ten gevolge kunnen hebben; doch doet de verweerder het verstandigst om tot de veroordeeling in de kosten van het incident alleen in geval van tegenspraak te concludeeren. Spreekt toch de eischer niet tegen en ontstaat alzoo over het verval geen eigenlijk geding — van verstek kan hier geen sprake zijn, — dan zullen ook de kosten daarvan, als kosten van het vervallen verklaard geding voor gecompenseerd worden gehouden.

De uitdrukking der wet, dat de kosten voor gecompenseerd worden gehouden, maakt strikt genomen een uitspraak van den rechter daarover overbodig. Wat zal de uitspraak voor de partijen ook geven, nu de rechter toch niet anders kan of zou mogen doen dan compenseeren? een executorialen titel behoeven zij voor die kosten toch niet.

De compensatie van kosten is eene afwijking van de fr. wet. Art. 401 brengt ze ten laste van den vervallen verklaarden eischer. En dit terecht waar de verweerder de peremptie moet vragen. Men zegge niet: „l'instance est périmée; on ignore laquelle des deux parties eût triomphé, si on avait poussé l'affaire jusqu'au jugement définitif, on peut au moins croire qu'il existe des doutes fondés”. LE CLERCA bij NOORDZIEK t. a. p. bl. 97. Want, is het niet de eischer die den verweerder tot den strijd uitdaagde en hem dwong tot dien strijd? En, waarom wordt bij formeelen afstand den verweerder aanspraak op vergoeding van kosten gegeven? Heeft het verval ook niet ten gevolge dat partijen tegenover elkander in den vorigen toestand worden teruggebracht en is dit voor den verweerder het geval, als hij de kosten voor zijne rekening houdt? Laat men het verval van rechtswege werken dan schijnt daaruit te volgen dat „la loi ne laisse subsister aucun germe de procès et de discorde” en dat ook daarom ieder zijn kosten moet dragen. Maar is dit rechtvaardig tegenover den verweerder die, blijkens het niet handelen des eischers, door dezen zonder reden



op kosten is gejaagd? Mij dunkt, dat hoe juist het zij het verval van rechtswege te laten werken, zijne gevolgen van rechtswege te doen plaats hebben, daarmede niet vervalt de bevoegdheid des verweerders om het verval te doen constateeren en dat de vorm waarin hij van die bevoegdheid gebruik kan maken ook daarom regeling behoeft, opdat hij dan tevens de veroordeeling des eischers in de kosten kan bekomen. Intusschen ligt in die uit het W. v. 1830 bijhouden compensatie een terugkeer tot het vroegere fr. recht. „Lorsqu' une instance est périmée, leert POTHIER n<sup>o</sup>. 249, chaque partie porte les frais qu'elle a faits en cette instance.” Zie ook CARRÉ ad art. 401 en de aant. van CHAUVEAU. Genève art. 277 en Italie art. 142 compenseeren ook.

Dat het geschil over het verval als summier behandeld wordt vloeit uit art. 141 voort.

Het verval van de instantie heeft ten gevolge dat het aangevangen rechtsgeding vervalt. De rechtsvordering waarover het geding was aangelegd blijft voor den eischer behouden. Hij kan die op nieuw instellen, indien zij niet door eene andere oorzaak is te niet gegaan. In het nieuwe geding zijn partijen, de eene zoowel als de andere, gerechtigd om gebruik te maken van de eeden, gerechtelijke bekentenissen en verklaringen door haar in het vervallen geding afgelegd; ook de verklaringen van getuigen die overleden zijn behouden hare bewijskracht indien zij werden opgenomen in processenverbaal in behoorlijken vorm opgemaakt, art. 282 § 2, 283.

Gevolg van  
het verval.

Waar van afstand of verval van de instantie gesproken wordt, wordt het onderscheid tusschen de rechtsvordering en den aanleg van het geding, waardoor men van het rechtsmiddel gebruik maakt, ondersteld. En wanneer men weet, dat juist het gebruik van het middel, het instellen van den eisch en het aanleggen daardoor van het geding, bijzondere gevolgen heeft (zie Dl. II § 160) dan weet men ook dat de wetgever, als hij van verval of afstand van de instantie spreekt, geen onverschillig woord kiest maar juist daarop het oog moet hebben. Wat de eischer door het aanleggen van het geding verkreeg, dat gaat voor hem te loor; maar het middel zelf, de rechtsvordering blijft behouden, hier zoowel als bij den afstand. Het was dan ook eigenlijk niet noodig dit uitdrukkelijk in de wet te zeggen en de fransche wetgever begreep niet dat het alleen noodig werd daarvan te spreken, als de wetgever niettemin de in de vervallen procedure afgelegde ver-



klaringen enz. wilde in stand houden. Wilde men die doen vervallen dan was het althans niet juist om te zeggen, als in art. 401: elle emporte seulement extinction de la procédure sans qu'on puisse etc., want in procedure liggen al die acten opgesloten, terwijl de bijvoeging seulement wijst op eene beperking van de beteekenis van procedure nl. de procedure, voor zoover zij niet op den aanleg kan worden voortgezet, maar daarom nog niet datgene wat zij opleverde en dat ook nu nog daarvan bruikbaar is gebleven. Dat seulement zou dus juist instandhouding van de genoemde acten doen verwachten. In dien engeren zin werd het vernietigen van het geding opgevat in de oude fr. rechtspleging. „Quoique la péremption détruit l'instance, les enquêtes, rapports d'experts et autres actes probatoires qui ont été faits pendant le cours de l'instance ne laissent pas de subsister, et les parties peuvent s'en servir sur la nouvelle demande que le demandeur intentera, s'il est encore dans le temps de l'intenter, comme elles pouvaient s'en servir dans toutes les autres instances qu'elles auraient ensemble. C'est l'opinion de Barthole sur la loi properandum § 1 Cod. de Judic. Voyez aussi les arrêts rapportés par BRODEAU.” Dus POTHIER t. a p. n°. 250. Doch de fr. wetgever heeft, niettegenstaande de bedenkingen van vele Hoven van appèl, de, zooals men meende, strenge consequentie van het verval gewild en daartegen heeft CARRÉ zelfs de bekentenissen, eeden en verklaringen der partijen, hoe zonderling de uitsluiting daarvan z. i. werken moge, aan de uitsluitende bepaling van art. 401 (cf. LOCRÉ XXI. p. 150 en 503) niet kunnen onttrekken. Zie Q. 1451 en de aant. van CHAUVEAU voor de strenge beteekenis van het artikel. Bij de daar aangehaalde schrijvers nog te voegen BOURBEAU V. p. 548. sv. De belangrijke verandering die in het Ontw. 1827 (W. 1830 art. 239) in den fr. Code op dit punt gebracht werd en waarop de wetgever in 1837 niet terugkwam, werd met klem van redenen verdedigd door LECLERCQ bij NOORDZIEK t. a. p. bl. 98, ofschoon hij te vergaat met te meenen dat er geen uitdrukkelijke bepaling noodig zou geweest zijn voor deze beperking van het verval. Want hoe waar het zij: „La péremption n'anéantit pas le droit”, het is kennelijk geen juiste gevolgtrekking die hij daaruit afleidt: elle ne doit donc pas anéantir la vérité manifeste et acquise sur laquelle il est fondé”. Vloeit dan die vérité niet voort uit verklaringen afgelegd in het vervallen geding? Intusschen is de juistheid der bepaling erkend in het Ontw. 1865 art. 46, in het ital. Wetboek art. 341 § 1, in het belg. Ontw. art. 29 (\*)

\*) Opmerking verdient dat het verval van de instantie in de Civilprozessordnung niet

Dat de verklaringen van overleden getuigen alleen in aanmerking genomen worden is in overeenstemming met de bepalingen omtrent het voorloopig getuigenverhoor, artt. 880 en 881. Het vereischte dat de verklaringen van getuigen moeten blijken uit processenverbaal in behoorlijken vorm opgemaakt, heeft ten gevolge dat van die verklaringen geen gebruik gemaakt kan worden in die gevallen dat van dat verhoor geen procesverbaal opgemaakt wordt, artt. 110 j. 200 en 206. Zie ook 200, 205 en 215.

De bepaling moet natuurlijk beperkt worden tot die verklaringen enz. welke daarin worden genoemd. Zij strekt zich alzoo niet zoover uit als POTHIER dit aangeeft; berichten van deskundigen kunnen er bijv. niet onder begrepen worden.

De eischer kan de vordering op nieuw instellen, indien zij niet door eene andere oorzaak is te niet gegaan. Bijv. door verjaring; dewijl door het verval de stuiting der verjaring als gevolg van de dagvaarding (het instellen van den eisch) is vervallen (art. 2018) en deze dus is doorgelopen en alzoo ook afgelopen kan zijn. „La péremption d'instance n'empêche pas cependant que le demandeur ne puisse donner une nouvelle demande aux mêmes fins, s'il est encore temps de la donner. Mais si le temps de la durée de l'action se trouvait expiré, il ne pourrait plus donner l'action, car celle qu'il a donnée étant périe et ne subsistant plus, elle ne peut pas interrompre la prescription de l'action, et il arrive par là que la péremption, en détruisant l'instance, détruit indirectement l'action.” POTHIER n<sup>o</sup>. 249.

---

voorkomt. Daarentrent bevat de Begründung des Entwurfs de volgende toelichting op § 215 bl. 228: Das dem französischen Rechte eigenthümliche, auf einem Missverständnisse des römischen Rechts (l. 13 C. de jud. 3. 1 BUCHKA, die Lehre vom Einfluss des Processes auf das materielle Rechtsverhältniss II S. 52 ff. WETZEL S. 907. 908.) beruhende Institut des Erlöschens des Verfahrens (Peremtion der Instanz) [zie de opmerking van BOURBEAU V. p. 540] welches in modifizirter Gestalt in das genfer Gezetsbuch, die badensche prozessordn., den preuss., hess., bayer., nordd. und hannov. Entw. erster Lesung übernommen war, ist in den Entwurf nicht übergegangen und gleicherweise dem gemeinen und preussischen Procezrechte, wie den Prozessordnungen von Hannover, Bayern, Württemberg, den Entwürfen für Oesterreich und Sachsen fremd geblieben. Gegenüber der durch ein Bedürfniss nicht gebotenen Neuerung, welche für einen grossen Theil Deutschlands in jener Einrichtung liegen würde, ist zu beachten, dass derselben das deutsche Reichsbewusstseyn (?) von jeher Widerstand entgegengesetzt hat, dass sie die Dispositionsrechte der Parteien verletzt, beabsichtigten Prozessverschleppungen wirksam nicht entgegentritt und darum ohne erhebliche geschäftliche Bedeutung ist (Verg. hannov. Prot. S. 1249 ff. 5188 ff., Württemberg Motive a. a. O. S. 261, Verhandl. der bayer. Abg. Kammer Beilagen Bd. II Abth. 2 S. 174. 175.).

De actie zal evenwel ook dan met de instantie vervallen, wanneer de wetgever dit bepaalt. Zoo in het geval van art. 284. Zoo is het ook ontwijfelbaar, dat naar artikel 326 B. W. de actie zelve voor de erfgenamen verloren gaat wanneer het kind het geding drie jaren na de laatste procesakte hebbe onvervolgd gelaten. Wat voor het kind een verval van de instantie zou bewerkt kunnen hebben, bewerkt het te niet gaan der rechtsvordering voor de erfgenamen. Daarover zijn allen het eens; ook de fransche schrijvers ten aanzien van art. 330 C. C. Maar de vraag, waarover pleegt gestreden te worden is deze: is de rechtsvordering voor de erfgenamen eerst verloren, wanneer er inderdaad een verval der instantie voldoende aan de daartoe in het Wetb. B. R. gestelde vereischten heeft plaats gegrepen, of zal hier het verval en daarmede het te niet gaan der rechtsvordering ten opzichte van de erfgenamen met het verloop van de drie jaren van rechtswege plaats hebben? M. i. hangt de beantwoording dezer vraag af van deze andere: heeft de wetgever hier het verval van de instantie op het oog gehad of niet? Zoo geneigd als ik zoude zijn om die vraag voor art. 330 C. C. bevestigend te beantwoorden, zoo komt mij voor onze wet hare ontkennende beantwoording de juiste voor. Terwijl de Code in art. 330 de woorden: „qu'il n'eût laissé passer trois années sans poursuites" laat volgen op „à moins qu'il ne s'en fut désisté formellement" en op die wijze haast onafwijsbaar doet denken aan de péremption d'instance „die als désistement présumé tegenover le desistement (formeel) pleegt gesteld te worden, en daarmede naar de beide in den Code de proc. geregelde instellingen schijnt te verwijzen, is er veel voor te zeggen, dat ook de dáár gestelde regelen voor beide rlei désistement hier toepasselijk zijn. Zoo zou dan naar art. 339 C. de Pr. en ons art. 281 de vervallenverklaring geeischt moeten zijn geworden om het gevolg daarvan te weeg te brengen. LOCRE V p. 187 bevestigt dit gevoelen. „Le Code présume le desistement tacite (de l'action) relativement aux héritiers si l'enfant a laissé trois années s'écouler sans donner suite à la procédure commencée. Il est difficile de croire qu'il veuille reprendre son action, quand il a laissé ACQUÉRIR CONTRE LUI péremption d'instance." Kan dit „acquérir contre lui" van het eenvoudig onvervolgd laten gezegd worden of wordt daarmede niet daarop bedoeld, dat de tegenpartij daarvan gebruik gemaakt, de eisch gedaan en alzoo het verval der actie verkregen heeft? Maar wat onze wet betreft: de vermelding van den formeelen afstand is geheel weggefallen en daarmede zijn juist die woorden vervallen, welke ook bij dat onvervolgd

laten der actie aan het verval doen denken. Wij hebben dus bij ons in art. 326 met geen verval der instantie te maken. Niet dat het door het kind aangelegd geding vervallen is, waartoe een eisch der tegenpartij naar art. 281 vereischt zou worden, maar het feit: dat het kind de actie onvervolgd liet, is voldoende om het recht voor de erfgenamen te doen verloren gaan. Dat niet voortzetten van 't geding alleen, al kon het het kind zelf niet van de actie berooven en voor hem de instantie zelf eerst doen verloren gaan als de verweerder dit vordert, is genoeg om zijn recht zoo twijfelachtig te maken, dat het voor zijn erfgenamen vervalt. En daarom doet het ook niet af, of het kind formeel afstand deed en of deze al of niet werd aangenomen; als die afstand dit gevolg maar heeft gehad dat hij er na drie jaren niet op terug is gekomen, is het recht voor de erfgenamen weg. Het argument dat bij eene andere opvatting de slotwoorden van het artikel: „tenzij hetzelfde” enz. overtollig zouden zijn, zouden mij die andere meening nog niet doen verwerpen. Immers in tegenstelling van het aanvangen van art. 325 zou het voortzetten in art. 326 zonder bezwaar ook het geval kunnen begrijpen dat een vervallen geding op nieuw wordt aangelegd. Verg. OPZOOMER II bl. 160 nt. 2, die een vervallen der instantie aanneemt maar de toepassing van art. 281 uitsluit. Bij FRUIN, groote uitg., worden op art. 326, zoowel art. 281 als 279 B. R. uitgeschreven. DIEPHUIS V bl. 89 acht hier geen vervallen van de instantie toepasselijk.

Aanm. Is de beperking in de gevolgen van het verval bij art. 283 bepaald, ook toepasselijk op de gevolgen van den afstand? Geen twijfel of dezelfde ratio welke voor het verval geldt is ook hier toepasselijk. En de Ontw. 1865 had groot gelijk door op beide instellingen de bepaling toepasselijk te maken. De regeling der beide instellingen gezamenlijk in ééne afdeling kon de noodzakelijkheid daarvan ook moeilijk over het hoofd doen zien. De gelijkheid van de ratio wijst duidelijk aan dat de wetgever ook voor den afstand hetzelfde had moeten bepalen en dat hieruit eene ratio dubitandi ontstaat ligt voor de hand. Maar wat de uitlegger had kunnen doen, indien de wetgever de gevolgen van den afstand niet had geregeld, dat wordt hem nu door de bepaling van art. 278 verboden. „Alles wordt over en weder in denzelfden staat teruggebracht als waarin de zaak was vóór de dagvaarding.” Hoe wil men iets behouden van 't geen door of na de dagvaarding plaats had? Men vergeet ook niet dat in onmiddellijk verband hiermede nog eene bijzondere bepaling omtrent de kosten wordt gemaakt die ook al niet

met die ten aanzien van 't verval overeenstemt. De gestelde vraag moet alzoo ontkennend worden beantwoord. DE PINTO II § 209 bl. 414. OUDEMAN I § 144.

Kanton-  
gerechten.

De bepalingen omtrent het vervallen der instantie zijn ook op de procedure bij de kantongerechten van toepassing. Art. 125.

### § 88. I. MINNELIJKE SCHIKKING.

Bevoegdheid  
des rechters.

De rechter is bevoegd om in elken stand der zaak partijen te gelasten om voor hem te verschijnen ten einde eene minnelijke schikking te beproeven. Art. 19.

Zie art. 19; art. 19 W. 1830, art. 6, 119 C. de pr. de Genève.

Deze aan den rechter toegekende bevoegdheid vervangt de verplichte beproeving van minnelijke schikking van het fransche recht. Hoe groot de verwachting van deze instelling was, toen zij bij de wet van 1790 werd geregeld (Zie tit. X art. 1—7 dier wet in Dl. I Bijl. bl. XLVII), de uitkomst scheen daaraan zoo weinig te beantwoorden dat zij reeds in 1806 bij de beraadslagingen over den C. d. Pr. door vele Hoven van appèl eene „vaine formalité” werd genoemd en op hare afschaffing aangedrongen.

Werden haar nut en behoud door fransche processualisten als BERRIAT ST. PRIX en CARRÉ bepleit, anderen niet minder gezag hebbende als BONCENNE en BOITARD spraken er een afkeurend oordeel over uit. Een hernieuwd onderzoek naar hare werking ingesteld, ten tijde dat de hervorming van rechterl. org. en rechtspleging door een prijsvraag aan de orde was gesteld, wees op gunstige resultaten die de instelling althans op het platteland had opgeleverd. Dus REGNARD de l'Org. jud. et de la proc. civile n°. 326, BORDEAUX Philosophie de la proc. civ. p. 405 svv. LAVIELLE Etudes sur l'administration de la justice civile, p. 19, doch SELIGMAN Reformes dont notre proc. civ. est susceptible, p. 169 svv. verklaart zich daardoor niet overtuigd Hij geeft de voorkeur aan de wijze waarop de minnelijke schikking in het Wetboek van Genève geregeld is behoudens enkele wijzigingen. Bij ons werd een afkeurend oordeel over de verplichte conciliatie uitgesproken o. a. door MEIJER, Instit. jud. V p. 271 svv. en over de conciliatie door tusschenkomst van den rechter in 't algemeen, VI. p. 559 svv. De Algemeene Manier

van 1799 regelde klaarblijkelijk onder den invloed van de fransche instelling van 1790 de verplichte poging tot bevrediging bij de Vrederegeregten in de instructie en manier van procedeeeren voor de Vredereggers art. 1—3.; in het Wetb. van 1809 komt zij evenwel niet voor, doch art. 527 bepaalde dat in geene zaken welker aard dit toelaat, immer een rechtsingang verleend zal worden, dan nadat de rechter vruchteloos beproefd zal hebben partijen te vereenigen; het verlof tot dagvaarding (art. 559 sq.) staat daarmede in verband. In 1827 werd in het Ontw. B. R. hare afschaffing, die reeds 't gevolg was van de nieuwe rechterlijke organisatie, bekrachtigd en de verplichte conciliatie bij den vrederechter vervangen door de aan ieder rechter toegekende bevoegdheid om eene minnelijke schikking tusschen de voor hem gedingvoerende partijen te beproeven. Bij de openbare beraadslagingen van 6 Februari 1828 werd het nieuwe stelsel uitvoerig verdedigd door den heer LE CLERCQ (NOORDZIEK B. R. I<sup>e</sup> ged. bl. 16 v.); slechts één lid twijfelde of de ondeugdelijkheid van het fr. stelsel wel bewezen was (DE MEULENAERE bij NOORDZIEK t. a. p. bl. 50), en maar ééne stem verhieft zich in haar voordeel, die van den heer WARIN bij NOORDZIEK bl. 54. Overigens vereenigde men zich algemeen met den verdediger en de heer FOCKEMA herinnerde nog (bl. 34) hoe reeds in 't Wetboek van 1809 het fransche stelsel was verlaten. Niemand, ook niet de leden van de Commissie van redactie, wezen de bron van de nieuwe bepaling aan. Maar het is weinig twijfelachtig of men hier gevolgd heeft de Wetgeving van Genève, artt. 5, 6 en 64, waarin naar de bepp. der wet op de R. O., art. 75, Wet van 15 Febr. 1816 (gewijzigd 5 Dec. 1832), verwezen wordt, en aan den rechter wordt overgelaten om die minnelijke schikking te beproeven op het tijdstip dat hem daartoe in ieder geval het geschiktst voorkomt. Zie BELLOT Exp. des Motifs, p. 27. Het beginsel dat alzoo in art. 19 omtrent de minnelijke schikking is aangenomen bestaat hierin, dat de rechter en wel dezelfde voor wien het geding gevoerd wordt, tot het beproeven eener schikking bevoegd is en dat het van zijn oordeel afhangt of en wanneer die beproeving zal plaats hebben. Verplichting tot het beproeven van verzoening is slechts behouden in gedingen tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed en scheiding van goederen, waar de president van de Rechtbank daarmede is belast en de minnelijke schikking voor den aanleg van het geding zelf moet beproefd worden. Artt. 819, 826 en 805. In het zogenoemd geding tot ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed maakt de beproeving tot verzoening, hier bestaande in

het afzien met het door beide partijen gedaan verzoek, door de rechtbank zelve of een of meer harer leden een gedeelte van de instructie der zaak uit, art. 257 B. W. Voorts wordt nog aan den rechtercommissaris in het faillissement de taak opgedragen om te trachten de over de toelating eener schuldvordering bij de verificatie strijdende partijen tot overeenstemming te brengen voordat hij ze naar de terechtzitting verwijst, art. 825 K. Een dergelijke opdracht wordt aan den rechtercommissaris in het rekening-proces gegeven in art. 778.

De bepaling van art. 19 W. 1830 is in ons art. 19 eenigzins uitgewerkt. De argumenten die bij die beraadslagingen in 1837 nog weder tegen het stelsel werden ingebracht, vooral dat dezelfde rechter de minnelijke schikking zou beproeven die tot beslissing van het geschil geroepen was, waren in 1827 o. a. in de rede van den heer LE CLERCQ reeds voldoende weerlegd. In het Ontwerp is aan art. 19 nog eenige ontwikkeling gegeven in B. II tit. 1, artt. 39—41.

Het belg. Ontwerp verwerpt ook het fransche stelsel. Doch op 't voorbeeld van latere fr. wetten is voorgeschreven dat voor den vrederechter geen dagvaarding mag worden uitgebracht zonder dat de partijen door den rechter bij brief zijn opgeroepen om voor hem te verschijnen. Een dergelijke oproeping voor den vrederechter of voor den president der rechtbank moet op 't voorbeeld van Genève, art. 5, plaats hebben voor alle gedingen tusschen echtgenooten, bloedverwanten in de rechte lijn en broeders en zusters. Voorts wordt met uitbreiding van het Geneefsche stelsel de beproeving van minnelijke schikking niet alleen bij den rechter, voor wien 't geding aanhangig is, overgebracht, maar dezen zelfs de verplichting opgelegd om al dadelijk op de eerste terechtzitting de zaak te onderzoeken met het oog op hare vatbaarheid voor minnelijke schikking en deze dus al dadelijk te beproeven.

Wat nu die verplichte oproeping tot verschijning voor den kantonrechter betreft, wel te onderscheiden van de verplichte conciliatiebeproeving, ALLARD roemt in de toelichting op art. 18 sv. van tit. II Livre prélim. n°. XIV, p. 58 de gunstige resultaten daarvan verkregen, die wellicht daarin hare verklaring vinden, dat er nu nog geen kosten gemaakt zijn. Overigens zal het daarbij allermeeft op de persoonlijkheid der kantonrechters aankomen en moet, dunkt mij, de betrekking zelve met het oog op dergelijke werkzaamheid geregeld zijn. Ook bij ons zullen zij, en dit niet alleen voor de zaken die voor hen moeten gebracht worden, in dezen zin nuttig kunnen werkzaam wezen, al kunnen zij niet het initiatief nemen en al moeten zij afwachten dat eene partij of



beide zich tot hen wenden, (art. 24 R. O. is op hen niet toepasselijk. Verg. Dl. I bl. 127.) Is de zaak eens voor den kantonrechter gebracht dan heeft hij door de persoonlijke verschijning van partijen eerder aanleiding en gelegenheid tot het beproeven van eene schikking dan de rechterlijke colleges. Van een door dezen bij den aanvang der zaak opzettelijk ingesteld onderzoek zou ik mij niet veel voorstellen. Vóór dat het tot een proces komt is dit de taak der praktijzjns. Voor zoover deze liever pleiten dan schikken, is er op eene schikking tusschen partijen in den aanvang van het proces weinig kans en de verplichting om te onderzoeken bevordert, zou ik vreezen, des rechters belangstelling niet, al werd dit, bij de beraadslaging over het Ontw. van 1827 ook door BEELAERTS en WARIN (NOORDZIEK bl. 47 en 54) doelmatig geoordeeld. BELLOT t. a. p. denkt aan gevallen dat de hoedanigheid der partijen en hunne onderlinge verhouding de poging tot verzoening alleen mogelijk maken vóór 't proces, de openbaarheid daaruit ontstaande elke latere poging zou uitsluiten.

Naar onze wet is alles facultatief. De rechter kan de verschijning gelasten in elken stand der zaak. Dus ook en dat wellicht nog met het beste gevolg: na de pleidooien. Ik zou het volstrekt geen misbruik achten van dit artikel, wanneer de rechter het toepaste in het geval dat, zooals de heer WARIN 't min welwillend uitdrukte, hij zich verlegen mocht bevinden met de beslissing der zaak, in dien zin nl dat de rechter zich zelve zou toeschijnen 't verstandigst te handelen indien hij een non liquet uitsprak, wanneer hem dit veroorloofd ware. Zie ook de rede van den heer LE CLERCQ t. a. p. bl. 17. De Civilprozessordnung verwerpt de verplichte oproeping tot minnelijke schikking die Genève voorschrijft voor gedingen tusschen echtgenooten en bloedverwanten, doch bevat overigens eene bepaling die vrij wel met die van onze wet overeenkomt, § 253: „Das Gericht kann in jeder Lage des Rechtsstreits die gütliche Beilegung desselben oder einzelner Streitpunkte versuchen oder die Parteien zum Zwecke des Sühneversuchs vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verweisen. — Zum Zwecke des Sühneversuches kann das persönliche Erscheinen der Parteien angeordnet werden.“ In de Begründung wordt, na afkeuring van alle verplichte oproeping tot of beproeving van schikking behalve bij echtscheidingsprocessen, van deze bepaling gezegd: Die den Gerichte durch § 253 beilegte Befugniss, . . . entspricht der deutschrechtlichen Auffassung vom Richteramt und kann auch mit französisch-rechtlichen Anschauungen in keinem unlösbaren Widerspruche stehen, da der belgische



Entwurf kein Bedenken getragen hat, dem Richter die gleiche Befugniss einzuräumen. Dass sich diese Institution bewährt hat, beweist der Umstand, dass sie von den neueren Prozessgesetzen (vgl. Hannover §§ 176, 66, Baden §§ 289 ff, Württemberg art. 309, Bayern art. 221) beibehalten und von den neueren Prozesgesetzentwürfen (Preuss. Entw. § 275, hannov. Entw. § 222, nordd. Entw. § 376) in Vorschlag gebracht ist. . . . Kommt ein Vergleich zu stande, welcher den geltend gemachten Anspruch ganz oder theilweise erledigt, so ist derselbe durch Aufnahme in das Protokoll festzustellen (Vgl. § 140 n°. 1.) Aus einem solchem Vergleiche findet die Zwangsvollstreckung Statt. §§ 638 n°. 1 639. Ueber die Kosten bestimmt der § 91.

Den rechter wordt de bevoegdheid gegeven in alle zaken. De algemeenheid van het artikel is daardoor boven twijfel. Maar als 't er niet stond en geene zaken werden uitgezonderd zou hetzelfde gelden. Men zegge niet: alle zaken is te algemeen, als zouden die zaken uit te zonderen zijn waarover geen dading is toegelaten. Deze zouden van zelf uitgesloten zijn indien de minnelijke schikking altijd in eene dading zou moeten bestaan. Daar deze echter eenvoudig ook daarin bestaan kan dat de eischer of gedaagde van 't voortzetten der procedure afziet door toe te geven kan inderdaad de minnelijke schikking in alle zaken beproefd worden, zelfs in de zoodanige, waarin eene verzoening door den president te vergeefs werd beproefd.

Aanleiding tot bevel. De rechter beveelt de verschijning van partij op verzoek van beide of van een hunner of ambtshalve.

Waar en hoe verschijnen. De verschijning heeft plaats buiten de openbare terechtzitting en zoo het geding bij een collegie gevoerd wordt in raadkamer voor het collegie of een of meer commissarissen.

De rechter gelast de verschijning van partijen in persoon of door of met de praktizijns. Art. 19.

In het Wetb. van 1830 was van „een verzoek van partijen of een hunner” geen sprake. Dat van de partijen of een hunner zulk een verzoek zou uitgaan, dat zij, indien werkelijk dit verlangen bij hen opkomt nadat zij den strijd hebben aanvaard, zich tot den rechter zouden wenden is nauwlijks te verwachten. Als zij 't niet met elkander en evenmin met behulp hunner praktizijns in orde kunnen krijgen, zullen zij dan dit wantrouwen in of die ongeschiktheid van hunne prak-

tizijns in het licht stellen door de tusschenkomst des rechters in te roepen? En welke zal de houding van die praktizijns en hunne verhouding tot de partijen zijn, daar zij, althans de procureurs, hun bijstand zullen moeten verleen en om het verzoek, dat hun geen eer aandoet, aan den rechter te doen? Hierop kon de Regeering toch moeilijk het oog hebben toen zij in 1837 de meer uitgewerkte bepaling toelichtte met te zeggen „dat praktizijns die niet het voordeel van het oogenblik maar het vestigen van een goeden naam op het oog hebben, volvaardig hunne hulp zullen verleen en, en daarentegen bedoelingen van de zoodanigen wien het alléén om geldbejag te doen is, door den rechter kunnen worden tegengewerkt.” V. D. HONERT op § 19 bl. 172, 2de kolom.

Het Ontwerp spreekt alleen van „ambtshalve of op verzoek van EENE der partijen.”

Voor het verzoek is geen vorm voorgeschreven. In summere zaken behoeft men er dunkt mij geen schriftelijke conclusie van te maken, maar staat niets aan een mondeling ter terechtzitting gedaan verzoek in den weg, waarvan desnoods acte kan verleend worden. In gewone zaken zal wel, als partijen althans niet ter terechtzitting zijn voor het nemen van conclusien of houden van pleidooien, een verzoekschrift aan den rechter ingediend moeten worden.

De rechter zal, hetzij ten gevolge van het verzoek, hetzij ambtshalve, de verschijning bevelen bij een vonnis, waarbij hij, volgens art. 49, den dag en het uur der verschijning zal bepalen. Dat vonnis kan dan nog weer door de meest gereede partij beteekend worden aan de partij in persoon en aan den procureur als de praktizijn mede wordt uitgenoodigd, indien althans de procureurs dat zoo verstaan willen.

Het hangt van den rechter af, of hij de partijen in persoon en dan alleen of met de praktizijns of ook door de praktizijns wil hooren. Het Wetb. van 1830 kent evenals Genève slechts de verschijning van partijen alleen. Bij de herziening in 1837, toen de wetgever zich de zorg voor de praktizijns in 't algemeen bijzonder aantrok, werd eerst alleen verschijning in persoon of door de praktizijns voorgesteld. Dat verdedigde men toen met de straks medegedeelde opmerking. In 1827 wilde men echter zelfs geen gemachtigde toelaten. Toen zeide de Regeering: „de verschijning door zaakgelastigden is ondoelmatig; de strekking van de bepaling is om de partijen zelve door den rechter tot schikking te brengen.” Men heeft ten slotte nog begrepen te moeten lezen: door OF MET hunne praktizijns, ten einde alle mogelijke

ruimte aan den rechter te laten. Hoe zal met mogelijkheid eene schikking door de praktizijns tot stand komen? als zij van weerszijden met volle overtniging het goed recht hunner cliënten hebben bepleit? En moeten de partijen hun dan volmachten in blanco ter hand stellen? Heeft de rechter niet de bevoegdheid om, wanneer hij partijen zelve voor zich heeft en deze tot geen besluit kunnen komen omdat zij vooraf met hunne praktizijns in overleg willen treden, hen te laten gaan en op nader dag en uur te bescheiden? Het Ontwerp laat te recht die verschijning door praktizijns weg.

Het is zeker een voordeel voor de minnelijke schikking bij den kantontrechter dat deze alleen rechtspreekt. In de meeste gevallen zal zeker eene minnelijke schikking gemakkelijker door één dan door drie of meer rechters worden tot stand gebracht. Daarom is de opdracht aan rechters- of raadsheeren- ('t geldt immers alle zaken?) commissarissen hier goed op haar plaats. Anders denkt hierover de Ontwerper van 1865, art. 39. Zie toel. bl. 134. De rechtercommissaris houdt geen terechtzittingen, maar ook brengt een last des rechters om voor hem zelve te verschijnen in verband met de strekking dezer verschijning, eene zitting in raadkamer mede.

Zou de rechter de verschijning van ééne der partijen afzonderlijk kunnen bevelen als voorbereidenden maatregel bijv.? Dit ware m. i. in strijd met het verbod van art. 24 R. O.

Verschijnen partijen of een hunner niet dan zal de rechter wel naar omstandigheden een anderen dag kunnen bepalen. In het Ontw. wordt hem deze bevoegdheid uitdrukkelijk toegekend maar vooral in verband met de bevoegdheid van den rechter om, wanneer hij dit niet oirbaar acht of wanneer de verschijning vruchteloos afloopt, den dag te bepalen waarop de behandeling der zaak ter terechtzitting zal worden voortgezet of uitspraak gedaan zal worden, artt. 39 en 40. Eene nieuwe oproeping ter rolle, die thans noodig kan zijn, vervalt daardoor.

Procesverbaal  
van de  
schikking.

Indien eene minnelijke schikking tot stand komt wordt, wanneer partijen dit verlangen, een procesverbaal opgemaakt waarin de verbintenissen door partijen bij die schikking aangegaan, worden opgenomen. Het wordt door partijen of hare gemachtigden onderteekend. De uitgifte van dit procesverbaal geschiedt in executorialen vorm. Art. 19 § 2.

Eene wezenlijke verbetering werd in art. 19 van W. 1830 gebracht door de bijvoeging eener bepaling die het nakomen van de minnelijke

schikking kan verzekeren en kan voorkomen dat er een nieuw geding uit het vereffend geschil ontsta. De bepaling stemt overeen met art. 1888 § 2, hetwelk om dezelfde reden geschrift vordert voor eene dading. Het moest hier evenwel aan partijen worden overgelaten. Er behoeven uit de minnelijke schikking geene verbintenissen voortvloeien; partijen kunnen ook om andere redenen geschrift niet verlangen, dat altijd kosten veroorzaakt en dat zij overbodig kunnen achten. Maar werd door hen werkelijk eene dading gesloten, dan zullen zij bij gebreke van geschrift daaraan geene rechten kunnen ontleenen. De rechter heeft, waar partijen geen geschrift verlangen alleen te constateeren dat de zaak is geschikt, waaruit niet meer dan een afstand van de instantie kan worden afgeleid of dat de poging tot schikking vruchteloos afliep, waaruit de last tot voortzetting van het geding, welke laatste dan van de meest gereede partij zal afhangen, uit den aard der zaak zal voortvloeien. Alles wat verder op de comparitie voorviel behoort als niet geschied beschouwd te worden, als gelegen buiten het doel waarvoor deze was bevolen. Anders DE PINTO § 25 II, bl. 74. Zie echter ook OUDEMAN I § 10, bl. 35. PENNINGK op art. 19. Dat de rechter den dag waarop de behandeling zal worden voortgezet thans niet kan bepalen, wat het Ontwerp in overeenstemming met de daarbij in 't algemeen aangenomen bevoegdheid des rechters terecht voorschrijft, is weinig twijfelachtig. Gelastte de rechter de verschijning nadat de behandeling der zaak was afgelopen, dan zou hij den dag der uitspraak kunnen bepalen, inmiddele den last tot verschijning gevende. Kwam dan eene schikking tot stand dan zou op den voor de uitspraak bepaalden dag de zaak van zelf van de rol worden geroyeerd, art. 42 Regl. n<sup>o</sup>. 1.

Behalve de onderteekening der partijen zal natuurlijk het procesverbaal de onderteekening behoeven van den rechter (de president van het college) en den griffier. De onderteekening door bijzondere gemachtigden slaat zeker op het geval dat de rechter mocht gelast hebben verschijning door de praktijzjns. Dat onderteekening van de raadslieden wordt toegelaten wanneer deze met partijen tegenwoordig zijn zooals 't Ontwerp toelaat, art. 41, heeft minder bezwaar, doch daarvoor behoefde geen bijzondere volmacht vereischt te worden, wat naar art. 19 het geval is. Nog beter ware het de onderteekening van partijen absoluut te eischen, en als zij niet kunnen teekenen, dit met de reden waarom, door den rechter in het procesverbaal te doen constateeren.

Wat de vraag betreft of, wanneer de rechtstoestand van partijen mede-

brengt dat geen dading voor hen getroffen kan worden dan met eene bijzondere goedkeuring des rechters, artt. 465, 364, 506 B. W., art. 884 K. en 897 B. R., de schikking bindend is, zoodat dan ook zonder die bijzondere goedkeuring het procesverbaal in executorialen vorm kan worden uitgegeven, ik geloof die ontkennend te moeten beantwoorden. De wet onderstelt in art. 19 duidelijk dat zij partijen op het oog heeft die, zooals dit in den regel het geval is, de vrije beschikking hebben over hunne rechten. Het vereischte „dat de zaak voor minnelijke schikking vatbaar schijnt,” is door de Regeering in dien zin uitgelegd dat dit alleen kan worden aangenomen voor 't geval, dat partijen bevoegd zijn eene schikking aan te gaan, (v. D. HONERT op § 19 a. h. e.) De bevoegdheid die hier aan den rechter in 't algemeen wordt gegeven om eene dading tusschen partijen tot stand te brengen, kan aan die partijen geene bevoegdheid verleenē welke, volgens andere uitdrukkelijke bepalingen, van eene machtiging na onderzoek en hooren soms van derden afhankelijk is. Die machtiging moet er zijn, opdat eene handeling kunne worden verricht welke verrichting de rechter, naar art. 19 optredende, ten slotte alleen constateert. Partijen tot schikking onbekwaam kunnen geen procesverbaal verlangen dat hunne verbintenissen uit die schikking voortvloeiende gerechtelijk executabel zou maken. In denzelfden zin OUDEMAN t. a. p. Anders DE PINTO t. a. p. bl. 73. Het door dezen rechtsgeleerde gebezigd argument, dat de wet niet onderscheidt mag gelden als men dit art. 19 alleen op zich zelf beschouwt, niet, wanneer men, zooals 't behoort, non nisi tota lege perspecta, de strijdvrage beantwoordt. Het is eene andere vrage, of de omstandigheden waaronder deze rechter die handeling constateert niet waarborgen genoeg oplevert om de anders noodzakelijke machtiging daardoor overbodig te doen achten. Dit is geene vrage de iure constituto, maar de iure constituendo aan welker beantwoording men evenwel in dit geval groot gevaar loopt overwegenden invloed op het ius constitutum en zijne toepassing toetekennen. In het Ontwerp bepaalt art. 41 dat, wanneer ingevolge de bepalingen der wet voor de geldigheid van dadingen eene rechterlijke goedkeuring wordt vereischt, die des rechters voor wien het geding aanhangig is, zonder verdere formaliteiten daarvoor in de plaats treedt. Dan kan ook voor dit geval de uitgifte in executorialen vorm zonder bezwaar toegelaten worden die volgens de slotbepaling van art. 41 alleen uitgesloten is, als de schikking aan de goedkeuring van het administratief gezag is onderworpen.

## II. VERSCHIJNING VAN PARTIJEN. (\*)

De rechter is bevoegd in elken stand van het geding eene verschijning van partijen te bevelen. Bevel  
des rechters.

Wanneer hij dit doet bepaalt hij bij het vonnis dag en uur waarop de verschijning zal plaats hebben. Art. 49.

Zonderling dat de bevoegdheid waarvan hier sprake is, den rechter niet uitdrukkelijk gegeven wordt maar in art. 49 ondersteld wordt hem toe te komen en dat van de wijze waarop hij van die bevoegdheid gebruik kan maken, alleen datgene wordt vermeld wat wel van zelf spreekt. Het is al had men hier met zulk een gewoon en veelvuldig voorkomend incident te doen, dat het niet noodig was er van te spreken. En juist het tegendeel is waar. De bevoegdheid moest als uit de vergetelheid worden gerukt door v. d. S. in een uitnemend opstel in Themis 1857 bl. 188 sqq. De Schrijver toont duidelijk, ook uit de geschiedenis van deze bepaling, aan dat, al kon zij bij de toepassing van art. 19 te pas komen, zij op eene zelfstandige instelling wijst; dat zij werd overgenomen uit art. 119 C. de pr. en dat zij in het fransche recht wel meer in 't licht kwam door een eenigzins uitvoeriger bepaling over hetzelfde onderwerp in art. 428 C. de Pr. in den titel: *procedure devant les tribunaux de commerce* voorkomende, doch dat zij ook dáár vrij wel ongeregeld is gebleven; dat evenwel de fransche schrijvers daaraan wel aandacht hebben geschonken, terwijl zij er vooral op uit zijn het onderscheid tusschen dit door den rechter gemeenlijk ambtshalve bevolen verhoor van partijen en het op verzoek van een der partijen bevolen verhoor op bepaalde vraagpunten (zie art. 237 vv.) te doen uitkomen. De Schrijver in Themis is van oordeel dat van dit middel van instructie groot nut te trekken is en beveelt het ter nadere regeling aan bij eene hervorming onzer rechtspleging. In het Ontwerp van 1865 wordt het dan ook nader geregeld in Titel II van het II<sup>e</sup> B.: Van incidenteele vorderingen en aldaar in de elfde afd.: van het hooren van partijen in verband met het verhoor op vordering van eene der partijen en ook als in tegenstelling daarmede: van het ambtshalve door den rechter bevolen verhoor, artt. 114—117 en 118.

---

(\*) Mr. v. d. S. Verschijning van partijen in persoon voor den regter in Themis 2de Verz. IV (1857) bl. 188; Mr. A. DE PINTO, Over de verschijning van partijen in persoon voor den regter in Themis t. a. p. bl. 517.

Behoort het dan evenals het verhoor op feiten tot de incidenten betreffende het bewijs? De toelichting schijnt het tegen te spreken. „Op het onzijdige standpunt,” lezen wij daar bl. 161, „den rechter in onze procedure aangewezen, kan het zijne roeping niet zijn rechtstreeks erkentnissen van de eene of andere partij uittelokken; hij mag geen bewijsmiddelen (?) scheppen, maar moet recht doen op die, welke hem worden voorgelegd. Het ambtshalve door hem bevolen verhoor heeft dan ook alleen ten doel de feitelijke toedracht der zaak, voor zoover hem die uit de schrifturen en pleidooien niet helder is geworden, door een rechtstreeksche aanraking met partijen zooveel mogelijk tot klaarheid te brengen.” De bewijsmiddelen zijn beperkt en de gevallen waarin de rechter ambtshalve bevoegd is het bewijs door een dier middelen te doen leveren zijn in de wet aangewezen, art. 1977 B. W., art. 12 K., artt. 103, 199, 219, 222 B. R. Nu moge zijne bevoegdheid om eene verschijning te bevelen op hetzelfde beginsel berusten, dat hij nl. in staat moet zijn om over de aangevoerde feiten te oordeelen, ten einde die behoorlijk te kunnen waardeeren; de verwantschap van beide instellingen en de toepasselijkheid op beide van dezelfde regelen moge eene behandeling van de eene met de andere in dezelfde afdeeling van één titel rechtvaardigen; beider karakter blijft niettemin verschillen zooals de straks aangehaalde toelichting dat aantoonde. En daarom meende ik gerechtigd te zijn, ofschoon het incident, zooals het naar onze wet geacht wordt te bestaan, niet strekt om het geding te stuiten of eene beslissing door den rechter te voorkomen, het ook bij eene instelling waarmede het om de formeele strekking de meeste verwantschap toont te hebben, onder dak te mogen brengen.

De straks genoemde verhandeling in de Themis gaf Mr. A. DE PINTO aanleiding om in denzelfden jaargang bl. 517—522 te wijden aan eene uiteenzetting van de regelen welke hij meent dat, bij de toepassing van deze instelling, in acht te nemen zijn als ter aanvulling van zijne Handleiding, waarin hij zelf de instelling met stilzwijgen voorbijging. OUDEMAN wijdt er op bl. 61 enkele regelen aan.

Procedure. Het vonnis waarbij de verschijning bevolen wordt behoeft niet beteekend te worden.

De verschijning heeft plaats op de openbare terechtzitting. Van de daar afgelegde verklaringen kan acte gevraagd worden.

Verschijnt ééne der partijen, dan zal de rechter deze ook alleen kunnen ondervragen.

Verschijnen de partijen niet dan kan de rechter naar omstandigheden de voortzetting van het geding toelaten of weigeren.

Dat het vonnis niet behoeft beteekend te worden wordt terecht geleerd door DE PINTO in Themis t a. p. bl. 519. V. d. S. bl. 195 acht het veiliger die met ROGON en CARRÉ voor noodig te houden en OUDEMAN twijfelt aan de noodzakelijkheid niet. Hij acht beteekening voorgeschreven bij art. 66. Doch wij hebben hier met geen vonnis bij voorraad noch met een eindvonnis te doen. Het vonnis is, gelijk DE PINTO terecht opmerkt, praeparatoir en van eene eigenlijke tenuitvoerlegging is geen sprake. Wanneer de rechter de verschijning ambtshalve beveelt, wie zal dan beteekenen? Moet dan de voldoening aan een last des rechters ook al weer van de meest gereede partij afhangen? Moet de rechter dan zóó lijdelijk zijn dat hij zelfs daar waar hij handelend optreden mag, onmiddellijk in zijne activiteit verlamd kan worden door de partijen? En waartoe? De procureurs moeten op de terechtzitting tegenwoordig zijn en de partijen waar zij in persoon of bij gemachtigde verschijnen, ook. Die er niet is mag minstens wel verplicht geacht worden te moeten vernemen wat er in zijn afwezigheid voorviel. En wat valt er te beteekenen? Of zou ook die anders zoo van zelf sprekende bepaling dat het vonnis dag en uur der verschijning moet aanwijzen, niet daarin hare verklaring vinden dat nu meteen de partijen alles weten wat zij om te verschijnen noodig hebben te weten? — Wordt daarentegen de last gegeven op verzoek van één der partijen, wat art. 49 niet uitsluit, en art. 428 C. de pr. duidelijk vooronderstelt, hoe vreemd het moge schijnen en hoe gering daartoe de aanleiding kan zijn, dan zal de partij die het vroeg het in haar belang kunnen achten, het vonnis te doen beteekenen, maar noodzakelijk is het ook dan niet.

Verschijning op de openbare terechtzitting. De raadkamer zou mij wel zoo geschikt voorkomen of althans eene terechtzitting met gesloten deuren, zooals het Ontwerp dit voorschrijft, art. 118. Zie de toel. bl. 165. Naar de fr. wet hing het van den rechter af, daar art. 428, waarin art. 119 voor de handelsgerechten wat meer was uitgewerkt, uitdrukkelijk zeide à l'audience OU DANS LA CHAMBRE. Waar de verschijning tot eene minnelijke schikking gelast werd twijfel ik niet, of deze behoort in raadkamer plaats te hebben. Wat daar verricht wordt behoort niet tot de behandeling van het geding. Hier evenwel is de handeling eene handeling tot instructie



daarvan waarmede dus het geding tusschen partijen wordt voortgezet. Daarvoor zijn de terechtzittingen bestemd en deze zijn openbaar. Nu weet ik wel dat art. 20 R. O. den rechter de bevoegdheid geeft om gewichtige redenen de sluiting der deuren te bevelen, maar zal de rechter van deze hem toegekende bevoegdheid, dat toch met de Grondwet (art. 156) niet volkomen overeenstemt, die gewichtige redenen in iets anders dan in de openbare orde of de zedelijkheid mogen zoeken? Zal hij die sluiting implicite voor eene geheele categorie van gevallen kunnen aannemen, zonder te letten op de bijzondere omstandigheden van de bepaalde zaak?

Heeft de verschijning op de openbare terechtzitting plaats, dan kunnen de procureurs en advocaten niet alleen tegenwoordig zijn, maar, dewijl het hun toevertrouwde geding behandeld wordt, zijn zij er ook in hunne betrekking aanwezig. Dit zou zelfs 't geval zijn als de sluiting der deuren kon bevolen worden. In raadkamer zouden zij niet behoeven te worden toegelaten dan alleen om hunne cliënten aan den rechter voortestellen.

Acte gevraagd. Ik geloof niet dat er reden kan bestaan voor het opmaken van een procesverbaal. Verg. DE PINTO t. a. p. bl. 520. De rechter die ambtshalve tot opheldering van onduidelijkheid der feiten de verschijning beveelt, heeft geen reden een procesverbaal te doen opmaken; de partij die 't verzocht mocht hebben heeft het niet noodig; voor haar is, als soms eene erkenning werd afgelegd, die zeker in de termen van eene gerechtelijke erkenning zou vallen (Cf. art. 1962 B. W.) het in schrift constateeren door verleen van acte voldoende, en dit kan eene der partijen natuurlijk ook vragen als de verschijning ambtshalve is bevolen.

Kan de rechter eene der partijen buiten tegenwoordigheid van de andere ondervragen? Had de verschijning in raadkamer plaats er zoude reden zijn, bij ontstentenis van eene bijzondere bepaling, deze vraag op grond van art. 24 R. O. ontkenkend te beantwoorden. Nu de verschijning op de terechtzitting plaats heeft, bestaat dat bezwaar niet en heeft de zaak haar voortgang als in andere gevallen, waar eene der gedingvoerende partijen in den loop van het geding niet verschijnt.

Dat wanneer eene der partijen niet verschijnt geenerlei indirecte dwang mag worden uitgeoefend door naar aanleiding van art. 244 de

feiten waarover de vragen loopen te houden voor erkend, is goed betoogd door DE PINTO t. a. p., bl. 521. BERRIAT ST. PRIX 5<sup>e</sup> ed., p. 319, PIGEAU Proc. Civ. I p. m. 315 en CARRÉ Q. 502 ook aangehaald bij v. D. S. leeren echter het tegendeel. Verg. echter CHAUVEAU bij CARRÉ Q. 502, 2<sup>o</sup>. en BONCENNE ald. aangeh. Zij stellen wel de punten van verschil tusschen het verhoor op vraagpunten en deze verschijning op den voorgrond, maar komen althans in dit opzicht tot verkeerde gevolgtrekkingen omtrent de toepasselijkheid van de ten aanzien van het eerste geldende regelen. Wel kan ik mij ook hierin met DE PINTO vereenigen dat in de niet-verschijning of het niet antwoorden der partij door den rechter een vermoeden in haar nadeel kan worden gevonden.

Heeft de rechter geenerlei indirecte dwang om partijen zijn bevel te doen nakomen? Verschijnen de partijen niet en blijven ook de procureurs weg dan wordt de zaak van de rol geroyeerd; maar de rechter zal zeker van geene rechtsweigeren kunnen beschuldigd worden wanneer hij de behandeling van 't geding niet wil laten doorgaan zonder dat voldaan is aan het bevel tot verschijning, dat hij overeenkomstig de hem bij de wet toegekende bevoegdheid gaf. Doch hij kan ook dan, gedachtig aan het spreekwoord: met onwillige honden enz., de voortzetting der zaak toelaten, waartoe hij ook wel zal moeten komen als de partijen op zijne vragen niet antwoorden of door hare antwoorden de feiten soms nog verwarder of onduidelijker maken dan zij reeds zijn. Art. 117 Ontwerp bepaalt dat, indien partijen of eene dezer op den bepaalden dag afwezig zijn, de rechter beveelt naar omstandigheden, dat de verschenen partij zal worden verhoord, dat partijen op een anderen dag voor hem zullen verschijnen of wel dat alsdan de behandeling der zaak zal worden voortgezet of uitspraak zal worden gedaan. Deze bepaling komt mij voor geheel met den aard der zaak overeen te stemmen en ook thans, bij het stilzwijgen der wet te kunnen worden in acht genomen.

Aanm. Men ziet, dat hoezeer de instelling die wij in de laatste plaats bespraken in de wet wel erkend, doch nagenoeg ongeregeld is, zij toch ook door eene volkomen gerechtvaardigde interpretatie der wet voor toepassing wel vatbaar is. Onze wetgever heeft er blijkbaar niet veel aan gehecht. Het artikel passeerde bijna ongemerkt de beraadslagingen en aan eenige uitwerking schijnt niet gedacht, ofschoon die in 1837 bij art. 19 plaats vond, ook „om te kennen te geven dat de wet aan de aan te wenden pogingen tot minnelijke bevrediging van par-

tijen veel gewicht hecht en zulks onder de plichten van den rechter rekent." V. D. HONERT op § 19, bl. 172 2<sup>e</sup> kol. Geen wonder dat ook de rechter weinig aan de instelling van art. 49 hechtte en dat hij zelfs in 1854 „uit den verscholen hoek, waarin de bepaling van art. 49 in ons wetboek geplaatst is, door een ongenoemden, maar niet onbekenden, zeer kundigen regtsgeleerde is te voorschijn gebracht." (Woorden van Mr. GODEFROI in Themis 1863, bl. 60.). Dat er niet druk gebruik van gemaakt kan worden evenmin als van art. 19, niettegenstaande de uitwerking daaraan ten deel gevallen, ligt in den aard der zaak. En dat men van de uitkomsten niet veel heeft te verwachten, heeft de ondervinding ten opzichte van art. 19 geleerd, en zou de ondervinding ten opzichte van een uitgewerkt art. 49 eveneens leeren. Wil men er iets goeds van zien dan moet er in die overdreven lijdelijkheid zelve van den rechter tevens verandering gebracht worden. Hoe wil men van een tot zulk een lijdelijkheid gedoemden rechter als onze wet verlangt en die hare toepassing nog vermeerdert, eenige opgewektheid tot een krachtig en gevolgrijk initiatief verwachten, waar hem de bevoegdheid daartoe slechts bij uitzondering toegekend wordt? Want dat het met die overdrijving der lijdelijkheid erg gesteld is bewees nog de herziening van art. 79 B. R. in 1886 toen een kundig rechtsgeleerde (Mr. A. F. K. HARTOGH) een inbreuk op het wettelijk beginsel der lijdelijkheid daarin zag, dat de rechter na verhoor van partijen een termijn zou bepalen, dat hij daarentegen geen bezwaar zag in eene schending van de fundamenteele beginselen omtrent de dagvaarding en dat de wetgever hem daarin volgde. Zie Mr. HARTOGH in Weekbl. v. h. Recht n<sup>o</sup>. 5218 en dezelfde in de Tweede Kamer, Handel. 1886—1887 bl. 103. Verg. het advies van Mr. PIJNAPPEL in de Eerste Kamer, Handel. 1886—87 bl. 106.

#### AFDEELING V.

### INCIDENTEN IN VERBAND STAANDE MET DEN STAAT DER PARTIJEN EN DE PROCUREURS.

Wanneer er redenen zijn waardoor eene der partijen buiten staat geraakt het geding voortzetten, wanneer zij sterft of hare bevoegdheid om in rechte op te treden vervalt, dan wordt daardoor de verplichting tot voortzetting van het proces, al kan zij die zelve niet nakomen,

niet opgeheven, maar dergelijke voorvallen moeten van zelf op de voortzetting van het proces van invloed zijn. Evenzoo als de procureur van eene der partijen sterft of uit zijne betrekking geraakt. De partijen kunnen immers in het proces voor de rechterlijke colleges niets zonder tusschenkomst van een procureur. De invloed van deze en dergelijke omstandigheden behoeft, dit ligt voor de hand, nadere regeling in de wet. Wij vinden deze in de 12<sup>de</sup> afdeeling van tit. III van het eerste boek onder het opschrift: Van het schorsen en het hervatten van het rechtsgeding, voor een goed deel ontleend aan den 17<sup>den</sup> tit. van het II B (Ie partie) van den Code de pr.: des reprises d'instance et constitution de nouvel avoué. Zeker heeft er in deze gevallen een incident in het geding plaats en eene incidenteele procedure kan er het gevolg van zijn. Wij hebben dus het recht om het straks gemelde onderwerp te brengen tot de incidenten die tot den staat der partijen en tot de procureurs betrekking hebben.

Maar er is nog eene andere omstandigheid waarin de procureur, nl. door zijne handelingen, aanleiding tot eene incidenteele procedure kan geven. Van deze wordt in de 13<sup>de</sup> afd. van den III<sup>e</sup> titel gehandeld onder het opschrift: Van ontkenenis van gerechtelijke verrichtingen.

Wij hebben alzoo in deze afdeeling twee hoofdonderwerpen te behandelen:

I. De schorsing en hervatting van het rechtsgeding.

II. De zg. ontkenenis van gerechtelijke verrichtingen.

### § 89. SCHORSING EN HERVATting VAN HET RECHTSGEDING.

Schorsing van het rechtsgeding kan plaats hebben door de volgende oorzaken:

- 1<sup>o</sup>. door den dood van eene der partijen;
- 2<sup>o</sup>. door zoodanige verandering in den staat van eene der partijen waardoor zij onbekwaam wordt een geding te voeren;

Oorzaken;  
vereischten  
voor hare  
werking.

3°. door het ophouden van de betrekking waarin voor eene der partijen het proces gevoerd wordt.

De schorsing heeft in deze gevallen geen plaats wanneer het geding in staat van wijzen is, hetgeen aangenomen wordt het geval te zijn zoodra de conclusien op de terechtzitting zijn genomen.

De genoemde oorzaken van schorsing werken echter niet zoolang zij niet van wege belanghebbenden aan de tegenpartij zijn beteekend, zoodat, zoolang deze niet heeft plaats gehad, het rechtsgeding kan worden voortgezet. Eerst na deze beteekening zijn alle proceshandelingen daarna verricht nietig en zonder gevolg.

4°. heeft schorsing plaats door den dood of het verlies van betrekking van een in het geding optredenden procureur.

Deze oorzaak van schorsing heeft geen plaats wanneer het geding door den afloop der pleidooien in staat van wijzen is.

Zij vereischt geene beteekening en bewerkt van zelve de nietigheid der na dit voorval vereischte proceshandelingen.

Wordt een geding schriftelijk behandeld, dan heeft de schorsing niet plaats nadat de instructie is afgelopen of de wettelijke termijnen verlopen zijn. Artt. 254, 255, 256.

De reden waarom ik de mogelijkheid van schorsing in de bovenstaande gevallen onderstel en niet met den wetgever in art. 254 positief spreek: „De loop van het rechtsgeding wordt geschorst,” ligt niet alleen daarin dat, volgens art. 255, het rechtsgeding zoover gevorderd kan zijn, dat er in de aangegeven gevallen geen schorsing plaats heeft, maar voornamelijk daarin dat de schorsing, waar zij dan kan plaats hebben in de drie eerste gevallen, eerst werkt ten gevolge van de beteekening der oorzaak van wege belanghebbenden aan de tegenpartij (art. 256 § 1) en dat zelfs, wanneer zij in het 4de geval van zelve plaats heeft, volgens art. 256 § 2, toch niet altijd inderdaad het geding geschorst wordt. De wetgever heeft kennelijk, en zonder daarbij aan de verdere uitwerking te denken, de schorsing te veel op den voorgrond geplaatst. Het is niet te ontkennen dat eene hervatting van het geding eene schorsing daarvan schijnt te onderstellen; noodzakelijk is echter eene schorsing niet; er kan niettemin van eene hervatting sprake zijn. Wanneer in een geding, waarvoor de ver- tegenwoordiging door procureurs verplicht is, eene partij sterft, dan

vervalt daardoor de last op den procureur verstrekt; hij kan dieneengevolge niet meer voor de partij optreden. Intusschen zijn de erfgenamen verplicht jegens de tegenpartij om het proces voortzetten; maar nu zullen, willen zij proceshandelingen doen verrichten, deze namens hen moeten worden gedaan. Indien nu eene proceshandeling namens den erflater op een eenigzins langen termijn te verrichten was, dan kunnen zij die, zonder eenige stoornis in het proces, op hun naam doen verrichten, en zonder dat er dus van schorsing sprake behoeft te zijn wordt het proces waaraan de erflater ontviel of dat den erflater ontviel, door hen weder opgenomen, m. a. w. hervat. In ieder geval is het licht verklaarbaar dat, bij zoodanige voorvallen in het proces als waarvan bij schorsing de rede is, voor den wetgever het zwaartepunt ligt of moet liggen in de hervatting; hoe nl. de erfgenamen of andere opvolgers van eene partij die niet meer kan procederen de haar ontvallen taak op zich kunnen nemen en zelve tegenover de tegenpartij het proces verder zullen kunnen voeren.

Zoo stond de reprise d'instance op den voorgrond in de Ord. van 1667, ofschoon deze zelfs geen afzonderlijken titel over dit onderwerp bevatte. De 5 eerste artt. van den XXVI titel: de la forme de procéder aux jugemens et des prononciations, hadden er betrekking op. Nadat art. 1 bepaalde dat de uitspraak van het vonnis niet werd uitgesteld om de dood van de partijen of hare procureurs zoodra l'instance ou procès sera en état," bepaalde art. 2: „Si la cause, instance ou procès n'étaient en état; les procédures faites et les jugemens intervenus depuis le décès de l'une des parties ou du procureur, ou quand le procureur ne peut plus postuler soit qu'il ait résigné ou autrement, seront nulles s'il n'y a reprise ou constitution de nouveau procureur." Uit de volgende bepalingen bleek nu wel dat eene schorsing van het proces het gevolg kon zijn, maar er werd niets uitdrukkelijk van gezegd. De fr. wetgever heeft in art. 342 en vv. klaarblijkelijk den gedachtengang van de ordonnantie gevolgd, al deed de navolging van POTHIER's systematische behandeling van de burgerlijke rechtspleging, in zijn traité de la procédure civile, aan het onderwerp een bizonderen titel wijden. Doch hij volgde POTHIER niet, al was die behandeling in een leerboek te billijken, waar deze in afzonderlijke sectiën: de l'interruption des instances en: des reprises d'instances et constitution de nouveau procureur handelt. Dit laatste punt daarop kwam het voor het proces aan en de aanhef van de 1ste § des reprises d'instances bij POTHIER rechtvaardigt, evenals de inhoud van tit XVII

van den Code zelf, het opschrift: des reprises d'instance et constitution de nouvel avoué.

Had de fr. wetgever vooral het oog op de eischen van het proces, hij zag de eischen en gevolgen van de bepalingen en beginselen van materieële recht zelfs voorbij, toen hij verandering van staat en ophouden van de betrekking niet als redenen voor het niet voortzetten der procedure wilde aanmerken, (art. 345.) Onze wetgever nam die in art. 218 W. 1830 weder op, doch zag weer de eischen van het proces over het hoofd, toen hij de dood en verlies van betrekking van procureur niet onder de redenen van schorsing opnam. Of hij, ook toen hij in 1837 deze omissie herstelde, zich van de beginselen waarop de schorsing en hervatting behoort te steunen, behoorlijk rekenschap heeft gegeven, zou ik betwijfelen. Maar is het moeilijk te zeggen, wat de fransche wetgever heeft bewogen tot de veranderingen in het vroegere recht, niet anders is het met de wijzigingen die onze wetgever in het fransche wetboek maakte en die, waardoor hij daarop weer terugkwam. Bij Locré wordt alleen eene zeer korte en zeker niet alles ophelderende opmerking medegedeeld, die in den franschen Staatsraad omtrent de afwijking van het vroegere recht werd gegeven, Locré XXI p. 299 n°. 27, en overigens vinden we van de bepalingen van tit. XIX alleen eene zeer onnauwkeurige paraphrase van den Tribun PÉRIN, aldaar p. 625, n°. 49-50. Even laconiek ging het toe bij ons bij gelegenheid van de behandeling van het Ontwerp van 1827. Geen van de afdelingen had over de bepalingen iets op te merken en de heer LE CLERCQ, die, met zooveel zorg, vele van de in den Code gebrachte wijzigingen toelichtte en verdedigde, had hier niets te zeggen dan: Je ne parlerai ni des suspensions et reprises d'instance, ni...; l'utilité et la nécessité des dispositions du projet, relatives à cette matière sont assez claires, assez palpables, pour qu'on puisse se dispenser d'en parler." NOORDZIEK B. R. 1827—28 I. bl. 94. Bij de herziening in 1837 had men volgens de aantekening van VAN DEN HONERT (Inleiding op de 12<sup>de</sup> afd.) niets anders te zeggen ten opzichte van de wijzigingen die in het W. 1830 waren gebracht dan: „Men meent daardoor gapingen te hebben aangevuld, en heeft tot dat einde eenige bepalingen van het fransche Wetboek overgenomen; men vertrouwt dat de geregelde afloop van een aldus geschorst en hervat geding in de onderscheiden artikelen, en derzelve verband met de geheele manier van procedeeeren, zoodanig als die in dezen derden titel is voorgesteld, zoozeer zal in het oog vallen, dat dezelve geene bijzondere toelichting behoeven." Ook hier zocht men

dus de verbetering weder in een trouwere navolging van den Code. Dat onze oud-hollandsche rechtspleging eenigen invloed had schijnt niet aannemelijk. MERULA handelt van ons schorsen en hervatten als een gevolg van de dood der partij of van haren procureur op grond van het ophouden van lastgeving door den dood. L. IV, cap. 7 GROTIUS, Isagoge ed. de PAPE II c. 6. § 7 Het Wetboek van 1809 bevat in art. 645—647 bepalingen voor het geval dat een der partijen hangende het proces ophoudt persoon te hebben of sterft en onderwerpt in art. 648 aan dezelfde bepalingen het geval dat de praktizijns van eene der partijen overleden is of zich ter rolle van de zaak ontslagen heeft. Het volgde daarin de Alg. Man. van 1799, art. 95 en 96 van de man. v. proc. voor de civiele rechtb.

De Ontwerper van 1865 wees den goeden weg toen hij opmerkte dat het bij dit geheele moeilijke leerstuk van groot belang is den waren rechtsgrond van het recht tot schorsing en de daaraan steeds verbonden verplichting tot hervatting van het rechtsgeding voor oogen te houden. Maar of hij daarbij BORTARD tot een veiligen leidsman heeft gekozen en op diens gezag terecht aannam, dat de schorsing haar eenig motief vindt in het rechtsbeginsel, dat niemand mag worden veroordeeld voordat hij persoonlijk in de gelegenheid is gesteld zich voor den rechter te verdedigen of zijn vertegenwoordiger de tot dat einde noodige instructie te geven (Zie de toel. bl. 143 en 144), meen ik te moeten ontkennen. Daarbij werd het oog te veel op het proces en nog wel op de uiterlijke werking der procesregelen gevestigd en de invloed van het materieele recht uit het oog verloren. Voor zoover de in het Ontw. voorgestelde bepalingen op dat beginsel steunen en dientengevolge de schorsing beschouwen als een gunst voor de partij wier toestand tot schorsing aanleiding geeft, kan ik daarin geen verbeteringen van het bestaande zien. Maar den weg dien de Ontwerper wijst, het ware karakter van deze instelling uit haren rechtsgrond op te sporen, zullen wij volgen en hopen daarbij ten aanzien van het leerstuk, zij het dan ook niet in allen opzichte ten aanzien van onze wet, tot een bevredigend resultaat te komen.

Wij houden ons in de eerste plaats, evenals de wet, aan het proces voor de colleges, dus met procureurs. De instelling van de schorsing en hervatting van het rechtsgeding staat onder den invloed van de materieelrechtelijke leerstukken van het tenietgaan van lastgeving door den dood en door verandering van staat of ophouden van betrekking, van den overgang van rechten en verplichtingen op erfgenamen, van



de bevoegdheid om in rechte optetreden voor zoover deze van den staat der personen afhangt. Voorts met het procesrechtelijk beginsel van de verplichte vertegenwoordiging en de verplichting van de eene partij jegens de andere om een aangevangen proces voortzetten. Ik heb voorhands alleen het oog op de drie eerste redenen van schorsing.

De dood van eene der partijen doet den op haren procureur verstrekten last vervallen, 1850 B. W., maar is daarin op zich zelf een voldoende reden om het geding te schorsen? Zeker zullen de erfgenamen niet kunnen voortprocedeeren zonder procureur en de tegenpartij zal geen procureur tegenover zich hebben voor mededeelingen, beteekeeningen enz., maar de erfgenamen, die in alle rechten en verplichtingen van hunnen erflater opvolgen zullen toch ook de verplichting des erfaters om 't aangevangen proces voortzetten op zich nemen; zij moeten dus ook den procureur op nieuw of een ander in diens plaats aanstellen en waarom zal dan 't proces intusschen niet voort kunnen gaan evenals in 't geval dat eene partij haar procureur herroept en niet onmiddellijk een ander in zijne plaats aanstelt? art. 136. Omdat in dit laatste geval eene partij door geen ander procureur te stellen zich zelve buiten de mogelijkheid zou plaatsen om de verplichting tot voortzetting van het proces na te komen. Terecht wordt daarom eene herroeping zonder nieuwe aanstelling van de tegenpartij als niet bestaande aangemerkt, (art. 136, verg. art. 1852 B. W.). Maar als de partij overleden is, is de procureur een lasthebber zonder last en alleen, indien hij onbewust ware van het overlijden van zijn client zou hij kunnen voortprocedeeren (art. 1855 B. W.). De erfgenamen daarentegen kunnen reeds daarom niet volstrekt gehouden zijn dadelijk een procureur te stellen, omdat zij daardoor de hoedanigheid van erfgenaam zouden aannemen en, kan de voortzetting van het proces geen plaats hebben zonder dat zij deze handeling verrichten, dan mag hun toch in ieder geval de tijd gelaten worden om 't zij zij den eischer of den gedaagde opvolgen, te beoordeelen, cedere an contendere velint. Want, al volgen zij in de zaak des erfaters op, dit is van nu af hunne zaak geworden. Zelfs wanneer de aanvaarding van de erfenis geenerlei zwaarigheid ontmoet, ware het met recht en rechtvaardigheid in strijd het proces, als bij eene eenvoudige herroeping, op naam van den door den erflater gestelden procureur te laten voortgaan. Hoe kan nu, onder deze omstandigheden, tevens worden gezorgd dat de belangen van de tegenpartij, die op voortzetting van het proces recht heeft, niet meer dan noodzakelijk worden benadeeld?

Wanneer de procureur der overleden partij van dezer dood onbewust is, kan hij voortgaan en zijne handelingen zullen evenals die van de tegenpartij, deze natuurlijk a fortiori, geldig zijn. Maar ook wanneer de procureur van de overledene partij van dier dood bewust voortging, mag er geen bezwaar gemaakt worden om zijne handelingen tegenover de tegenpartij en die van deze, die zoolang het overlijden haar niet bekend is gemaakt, dit rechtens beweren mag niet te kennen, als geldig te erkennen. Immers, wanneer de procureur wiens last eigenlijk door de dood ophield, geene handelingen verder verrichtte, zou de tegenpartij de zaak kunnen voortzetten en als op tegenspraak behandeld doen beslissen. Opdat derhalve het overlijden van eene partij tegenover de ander eenig gevolg kunne hebben, moet haar dit beteekend worden. Natuurlijk door den procureur die zijn last vervallen ziet en dus de reden opgeeft waarom hij niet verder handelen kan. Art. 3 van de Ord. zeide 't uitdrukkelijk en de fr. wetgever onderstelde dat men dit begrijpen zou, zonder dat hij het zeide. Het Wetb. van 1830 ging evenwel duidelijk van de onderstelling uit dat de beteekening van wege de erfgenamen moet plaats hebben (art. 220), en onze wet wijst hen met name aan, als hij in art. 256 zegt dat de oorzaak van schorsing van wege de belanghebbenden moet worden beteekend met verklaring dat het rechtsgeding wordt hervat enz.; eene verklaring die natuurlijk alleen van de erfgenamen kan uitgaan (Verg. rechterl. uitspraken bij v. OPPEV Pasicrisie in v<sup>o</sup>. n<sup>o</sup>. 18 en 1<sup>e</sup> Vervolg bij n<sup>o</sup>. 40 bl. 446.) Zoude men gemeend hebben, dat die beteekening, welke in het fr. recht van den procureur uitging, door deze namens belanghebbenden werd gedaan? Dit is niet te gelooven en de bepaling dat de verklaring van hervatting eene nieuwe procureurstelling moet bevatten, geeft ook aan, dat die belanghebbenden op dit oogenblik geen procureur hebben. Er is dus eene verandering in den Code gemaakt. Berust deze op goede gronden? M. i. niet. Ik wil niet drukken op het informeele van eene beteekening in een proces met procureurs van wege belanghebbenden zelve buiten ministerie van een procureur. Er zijn gewichtiger bezwaren. De erfgenamen moeten, indien zij den voortgang van het proces willen voorkomen, dewijl tot aan de beteekening van het overlijden alle handelingen geldig zijn, zoo spoedig mogelijk be- teekenen, art. 256. Zij kunnen zich wel is waar tot die beteekening bepalen; zij behoeven daarbij niet te verklaren dat zij het geding hervatten, maar zullen zij die beteekening kunnen doen en zich op die wijze in een tegen den erflater aanhangig proces inlaten, zonder stil-

zwijgend te aanvaarden? Is het zoo duidelijk dat deze daad alleen eene daad is van bewaring? art. 1095 B. W., en zouden de erfgenamen, als zij zich beraden niet verlof van den rechter noodig hebben tot deze handeling? art. 1073, 1074 B. W. Eindelijk: zal de tegenpartij de erfgenamen die deden beteekenen tot hervatting kunnen dagvaarden en niettemin hunne qualiteit betwisten, of omdat zij die niet erkent, de beteekening als niet geschied beschouwen? Het maakt ook een zonderlingen indruk wanneer de wetgever deze voorstelling van de zaak geeft alsof de beteekening met eene hervatting zou moeten gepaard gaan, art. 257, wat dan naar art. 258 toch weer blijkt geen imperatief maar een facultatief voorschrift te zijn.

Hoeveel natuurlijker en eenvoudiger is de loop der zaak en hoe gemakkelijker worden al de gedane vragen vermeden, als de beteekening van den procureur uitgaat, die daarbij met de kennisgeving van het feit alleen de reden aangeeft waarom hij niet langer optreedt! Nu kunnen de erfgenamen, door den procureur natuurlijk op de hoogte van de zaak gebracht, zich beraden. Zij kunnen, als zij willen en geen bezwaar hebben het geding vrijwillig hervatten en doen dit beteekenen. Gebruiken zij daartoe denzelfden procureur, wat waarschijnlijk is, dan zou, wanneer die beteekening van hunnentwege door dien procureur geschiedt, eene nieuwe procureurstelling wel achterwege kunnen blijven en de bevestiging of hernieuwde aanstelling van den ouden wel stilzwijgend kunnen worden aangenomen. Nu zal, naar art. 258, zelfs eene verklaring van hervatting van het rechtsgeding zonder procureurstelling kunnen plaats hebben, met dit gevolg evenwel, dat dan het geding niet formeel hervat is, maar tot hervatting door de tegenpartij moet worden gedagvaard waarop dan nog weer de nieuwe procureurstelling moet volgen.

Hebben evenwel de erfgenamen vooralsnog tegen de hervatting bezwaar, zij zullen geen handeling behoeven te verrichten die hun recht van aanvaarding of beraad twijfelachtig kan maken. Zij wachten de dagvaarding tot hervatting af, hebben dan den termijn die aan ieder gedaagde is toegekend om zich te beraden: Cedere an contendere velint, en dragen, als zij zich in die termen bevinden, zonder vrees van hun recht daartoe verwerkt te hebben, de exceptie van beraad voor. De tegenpartij kan de dagvaarding doen uitbrengen aan de gezamenlijke erfgenamen volgens art 4 n<sup>o</sup>. 6 en, loopt geen gevaar eene handeling te verrichten waardoor zij hunne qualiteit zou hebben erkend

Ik resumeer: Wanneer de beteekening van den procureur uitgaat is

daardoor de tegenpartij van zelf verhinderd om rechtsgeldige handelingen te verrichten en de schorsing zal met den wil der erfgenamen van korten duur kunnen zijn. Wanneer zij tot de hervatting opgeroepen worden hebben zij altijd nog den termijn van dagvaarding en den tijd die daaraan vooraf ging. Moet van hunnentwege het overlijden betee-kend worden, dan is om de schorsing te doen aanvangen eene handel-ing van hunne zijde noodig, wat niet te rechtvaardigen is, te minder wanneer daarmede de voorstelling gepaard gaat dat zij gehouden zouden zijn de aangevangen schorsing door eene daarmede gepaard gaande ver-klaring tot hervatting onmiddellijk op te heffen.

Het komt mij voor dat op de door mij aangegeven wijze de gevolgen van het tenietgaan van lastgeving door den dood met den overgang van de verplichting des erflaters op de erfgenamen om het geding voortte-zetten, de noodzakelijkheid die er bestaat dat zij in staat gesteld worden daarvoor het noodige te doen, de aanspraak van de tegenpartij op de voortzetting van het geding, en de verplichte vertegenwoordiging in volkomen harmonie zijn gebracht

Ik ging bij de bespreking van den invloed van den dood van eene der partijen van de onderstelling uit, dat de verplichting om een aange-vangen proces voortzetten op de erfgenamen overgaat. Ik herinner daarbij dat dit zelfs dan het geval is, wanneer het recht zelf waarover het geding loopt niet op de erfgenamen overgaat, omdat in dit geval toch de ingestelde rechtsvordering op de erfgenamen overgaat, zij dus bevoegd en jegens de tegenpartij verplicht zijn tot voortzetting van het geding. Anders is het waar de ingestelde rechtsvordering ver-valt door den dood, als: die tot echtscheiding, art. 275 B. W. en die tot scheiding van tafel en bed, art. 301, niet evenwel die tot scheiding van goederen, Arg. art. 244 § 2. Zie Dl. II. bl. 56 v.

De schorsing heeft geen plaats zoodra de conclusien op de terechtzit-zitting zijn genomen en bij schriftelijke behandeling, wanneer de in-structie volledig is of de wettelijke termijnen verlopen zijn. In deze beide gevallen heet, met opzicht tot de schorsing althans, de zaak in staat van wijzen te zijn. Deze laatste bijvoeging is inderdaad over-bodig (in art. 256 zijn de woorden die hierop terugslaan: „indien het-zelve niet is in staat van wijzen,” zeker eene zinstorende herhaling); toch kan zij in 255 dienen tot verklaring van de gedachte des wetgevers: geen schorsing wanneer de zaak zóó ver is gevorderd dat alleen het vonnis nog is uit te spreken. „Il faut,” zeide Jousse, „que

toute l'instruction soit faite et qu'il ne soit plus question que de juger," en POTHIER proc. civ. n°. 240: „une cause verbale n'est point en état d'être jugée lorsqu'elle n'est point entièrement plaidée." Waartoe zou dan de schorsing dienen en hoe zou zij kunnen ontstaan? Het ministerie van den procureur is voor de instructie van de zaak uitgeput; hij heeft niets meer daartoe te verrichten, aan den last hem gegeven is voldaan en het vonnis door den rechter uit te spreken moet voor de erfgenamen even verbindend zijn als het dit voor den erflater zou geweest zijn omdat ook hij verplicht was zich daaraan te onderwerpen, zonder dat hij iets meer aan de instructie der zaak kan doen en deze verplichting op de erfgenamen overgaat. Aan die gedachte beantwoordt wel de bepaling omtrent de schriftelijke behandeling. (Zie art. 170 Dl. II, bl. 107 v.). Maar in de bepaling omtrent zaken waarin de mondelinge behandeling plaats heeft, en dat is zeker het haast bij uitsluiting voorkomende geval, is de gedachte niet juist in toepassing gebracht of is haar om andere redenen geweld aangedaan. Men kan die uitdrukking „zoodra de conclusien op de terechtzitting zijn genomen" zoo ruim mogelijk opvatten, (de bijvoeging „in staat van wijzen" geeft daar grond toe) en met opzicht tot de summiere zaken daaronder de eindconclusien verstaan na welke niet dan het houden der pleidooien overblijft; het staat vast, dat de zaak met die conclusiën voldongen kan zijn en de partijen recht op de stukken kunnen verzoeken, art. 147, doch als dit verzoek niet gedaan is, is de zaak door 't nemen der conclusien nog niet in dien staat dat zij voor 't oordeel des rechters rijp is. Is de partij overleden, haar procureur zal daarvan bewust dit verzoek niet mede kunnen doen. In ieder geval kunnen bij de pleidooien nog middelen worden aangewend welke aanvoering in elken stand van het geding vrijstaat; er is geen procureur om de conclusie daartoe strekkende te nemen. Wordt het Openbaar Ministerie gehoord, er is geen procureur die voor de overledene partij van de bij art. 328 § 2 gegeven bevoegdheid kan gebruik maken. Een dergelijk bezwaar levert art. 174 § 3 tegen de bepaling omtrent de schriftelijke behandeling. Eindelijk: de procureur moet bij de pleidooien tegenwoordig zijn en de conclusien moeten bij den aanvang der pleidooien worden gelezen, art. 45 regl. n°. 1, art. 30 regl. n°. 3. Aan al deze voorschriften kan niet worden voldaan. Zal een advocaat kunnen pleiten voor eene partij die in 't geding niet vertegenwoordigd is door een procureur, dewijl diens last is vervallen? Zoo zal, doordien er geen schorsing plaats heeft, alleen door en voor de tegenpartij gepleit kunnen worden, tenzij men aannam, wat het

gevoelen van CARRÉ schijnt te zijn en dat bij ons DE PINTO II bl. 405 en 406 verdedigt, de pleidooien kunnen worden gehouden en dat de rechter, als ware er niets geschied, uitspraak doet na partijen, nb! ook de overledene, te hebben gehoord. Als dit zoo is, dan is de geheele critiek door BOITARD op de bepaling van den Code zonder grond; wanneer er voortgepleit kan worden voor de overledene die geen procureur heeft maar wiens procureur dan bevoegd zou moeten geacht worden om voort te gaan alsof er niets gebeurd was, dan zullen de erfgenamen ook wel in de gelegenheid zijn de advocaten nog behoorlijk intelichten. Dit nu acht BOITARD dat juist door de bepaling van art. 343 van den Code onmogelijk wordt gemaakt. Toch schijnt onze wetgever er zoo over gedacht te hebben als CARRÉ en DE PINTO. Want, wanneer hij meenende de fransche wet te verbeteren, bepaalt, dat in geval van schorsing door dood of verlies van betrekking van den procureur, de zaak eerst in staat van wijzen zal heeten na den afloop der pleidooien, dan schijnt hij, want hij lichtte de verandering niet toe, van oordeel te zijn geweest, dat, dewijl de procureur bij de pleidooien niet kan gemist worden, er een nieuwe behoort te worden gesteld en daarom de schorsing moest worden toegelaten zoolang de pleidooien niet gehouden zijn. Maar dan mag daaruit geconcludeerd worden dat hij dit bij overlijden van de partij niet noodig achtte, omdat dan de eens gestelde procureur, niettegenstaande dat overlijden kon voortgaan. Naar de fransche wet zou dan moeten aangenomen worden dat, als de procureur overleed vóór de pleidooien en na de conclusien, de advocaat zou kunnen pleiten zonder procureur en dat niettegenstaande de bepaling van art. 85 C. de pr. Deze verwarring van begrippen vindt m. i. haar oorzaak daarin, dat de fransche juristen als CARRÉ, de anders in hunne oogen onrechtvaardige bepaling van art. 343 door interpretatie hebben willen verbeteren, en onze wetgever heeft hunne onjuiste interpretatie gesanctioneerd in de wet en is daardoor tot beginselloosheid vervallen. De fransche wetgever wilde de schorsing uitsluiten na de conclusien ter audientie omdat hij, gedachtig aan het veelvuldig rekken der procedures en dit willende tegengaan, zooveel mogelijk heeft willen beperken de gevallen waarin de loop van het rechtsgeding wordt opgehouden (BOURBEAU V p 189). Nu kan de zaak met de conclusien voldongen zijn, daarop kan recht gedaan worden; ergo geen schorsing maar, in geval van overlijden van een der partijen, recht op de stukken als anders na de pleidooien en dus geen verdere behandeling. Dat is een verkeerd stelsel maar het berust op een beginsel. Wil men met CARRÉ de wet verbeteren,

bewerende „que l'art. 343 n'établit point cette injuste conséquence" (op art. 343 CCLXXXV), dan verlaat men haar beginsel en laat op beginsellooze wijze de voortzetting der procedure toe, niettegenstaande de tot die voortzetting in alle andere gevallen noodzakelijke elementen ontbreken, en die beginselloosheid heeft onze wetgever gesanctioneerd door in een bijzonder geval, waar zij het duidelijkst aan het licht zou komen (art. 254 4<sup>o</sup>. en 255 § 3) van den regel: geen schorsing na de conclusien, af te wijken.

De wetgever zal m. i. de juiste beginselen toepassen, wanneer hij deze reden van schorsing door den dood aanneemt tot den afloop der pleidooien; wanneer dientengevolge de rechter geroepen zal worden om, al zij het na verhoor van het O. M., bij eindvonnis uitspraak te doen. Voor het gebruik maken van de bevoegdheid bij art. 174 § 3 en 328 § 2 gegeven, wat zoo zelden voorkomt en bovendien van geringe beteekenis is, als de rechters hun plicht doen om zelf te onderzoeken, acht ik het verlengen van den tijd waarin schorsing mogelijk is, niet noodzakelijk en daarom af te keuren. Voorts zou dan de schorsing moeten aanvangen met de beteekening van het overlijden van wege den daardoor van zijn last en bevoegdheid om voort te werken ontheven procureur.

Verandering van den staat van eene der partijen. De wetgever heeft hier het changement d'état van den Code voor oogen gehad die daarbij meer dacht aan de wijzen van tenietgaan van lastgeving zooals POTHIER die opnoemt, traité du mandat n<sup>o</sup>. 100 en 139 en Proc. civ. n<sup>o</sup>. 234, 235, dan zooals ze vermeld worden in art. 2003 C. C. en in art. 1850 B. W. POTHIER noemt evenwel als voorbeelden: wanneer eene vrouw den last gaf en zij later in het huwelijk trad, (zie ook art. 1850 § ult.), of wanneer de lastgever onder curatele gesteld wordt en, gelijk onze wetgever er op het voorbeeld van art. 2003 C. C. bijvoegt, behoort daartoe ook het geval dat de lastgever in staat van faillissement of kennelijk onvermogen wordt verklaard. Dat die changement d'état ook den last des procureurs doet ophouden leert POTHIER n<sup>o</sup>. 139 en proc. civ. n<sup>o</sup>. 235.

Het is duidelijk dat verandering van staat in art. 254 een veel te algemeene uitdrukking is. Wanneer iemand in den loop van een proces van vreemdeling Nederlander wordt en omgekeerd, zal dit wel eene verandering van staat zijn, maar het proces wordt er niet door geschorst. POTHIER had hier met de algemeene uitdrukking kennelijk een ophouden van de



handelingsbevoegdheid of hare beperking op het oog. Dit bewijzen zijne voorbeelden en de redeneering: „Le changement d'état n'éteint pas moins le mandat que la mort du mandant. Il y a même raison;” en dat die reden gelegen is in dat ophouden van handelingsbevoegdheid geeft hij nog duidelijker te kennen door te zeggen: „ces personnes au moyen de leur changement d'état étant devenues incapables de faire. . . l'affaire dont elles ont chargé leur mandataire, le mandataire ne peut plus la faire pour elles et à leur place. . .” n<sup>o</sup>. 111, terwijl hij n<sup>o</sup>. 139 dit volkomen van toepassing acht op den last gegeven aan een gestelden procureur. En met toepassing op dezen zegt hij nader in proc. civ. n<sup>o</sup>. 235: car [une fille ou veuve] passant par son mariage sous la puissance de son mari elle n'a plus legitimam standi in iudicio personam. Zal men kunnen aannemen dat de wetgever de uitdrukking „changement d'état heeft beperkt, door te spreken van verandering in den persoonlijken staat, zooals het Wetb. van 1809 sprak van „ophoudt persoon te zijn”, kennelijk doelende op het verlies van wat men persona standi in iudicio pleegt te noemen, de bevoegdheid om zelf proces te voeren of te doen voeren? Ik zou het niet durven aannemen. Maar zal hier één jurist op art. 254 n<sup>o</sup>. 2 het ubi lex non distinguit durven toepassen of zal niet ieder, lettende op het verband waarin de uitdrukking hier voorkomt, nl. met terugslag op het voeren van een geding, en voorts op de bron der uitdrukking met een onbezwaarde conscientie die letterknechterij van zich werpen? Maar dan zal hij ook nog wel een stap verder gaan en zoo bijv. de gevolgen van verklaring in staat van faillissement of kennelijk onvermogen hier niet toepassen ten aanzien van die gedingen welke de gefailleerde of in staat van kennelijk onvermogen verklaarde zelf voeren mag, maar alleen voor die processen welke art. 813 K. bedoelt, waarbij nl. de belangen van den boedel betrokken zijn.

Verandering van staat is alzoo een reden van schorsing op denzelfden grond als de dood, omdat zij de lastgeving op den procureur verstrekt, doet ophouden, en de partij welke dien last verstrekte buiten staat is een ander dien last te geven. En zoo is het ook met de derde reden van schorsing: het ophouden van de betrekking waarin hij die het proces voert, optreedt. Voor een deel oefent ook hier verandering van staat haren invloed uit, als bijv. een minderjarige meerderjarig wordt dan heeft de voogd geen bevoegdheid meer om hem te vertegenwoordigen en de lasthebber dien hij als voogd aanstelde houdt op dit te zijn volgens de leer van POTHIER. Nadat deze van de



vrouw die in den loop van het geding in het huwelijk treedt gezegd had: „elle n'est plus capable d'ester en jugement sans son mari, sous la puissance duquel elle est passée; c'est pourquoi son procureur, qui sait son changement d'état ne peut plus faire aucune procédure pour elle, et l'autre procureur n'en peut plus faire contre elle, dès qu'on lui a signifié son changement d'état,” laat hij daarop volgen: „Il en est de même lorsqu'une personne qui était en instance non en son propre nom, mais en quelque qualité, comme de tuteur, de fabricant, cesse pendant l'instance d'avoir cette qualité par la majorité de son mineur, ou par la subrogation de nouveaux fabriciens; il ne peut plus dès lors procéder, et les procédures faites contre lui par l'autre partie, à qui l'on a signifié que sa qualité a cessé, sont pareillement nulles.”

Terwijl alzoo in deze beide gevallen voor schorsing gelijke grond bestaat als in het geval van overlijden, hoe kon dan de fransche wetgever die beide redenen van schorsing absoluut verwerpen gelijk hij dit doet in art. 345? De eenige reden die daarvoor werd opgegeven vindt men in de beraadslaging van den Conseil d'Etat. „REGNAUD objecte contre la disposition absolue de cet article, que, si une femme avec laquelle une procédure se trouve engagée vient à se marier, il sera indispensable de faire assigner son mari, pour continuer à procéder valablement. Le grand-juge ministre de la justice répond que la partie adverse n'est pas obligée de connaître son changement d'état; que c'est à elle à avertir son mari.” LOCRÉ XXI, p. 299. Hoe kort die verdediging van het artikel zij, er blijkt duidelijk deze gedachtengang uit dat men de gevolgen van lastgeving in het proces in deze gevallen althans niet heeft gewild. Bij verandering van staat of ophouden van betrekking kan de tegenpartij het proces voortzetten alsof er niets gebeurd was, de handelingen van den procureur van de partij wier staat veranderde of wier betrekking ophield zijn tegenover haar geldig, het proces kan op naam van dien procureur voortgaan even goed als wanneer de procureur herroepen was zonder dat die herroeping vergezeld ging van eene nieuwe procureurstelling. Er zoude dan ook in die verandering van staat of in dat ophouden der betrekking zelve geen onmogelijkheid worden gezien om het proces voortzetten althans niet ten opzichte van de tegenpartij. Deze gaat voort alsof er niets gebeurd ware. Wil de man de vrouw in het proces dat zij vóór 't huwelijk aanving bijstand verleenē, dat hij zich de zaak aantrekke en zich voege, hij behoude denzelfden procureur of herroepe den gestelden met stelling van een anderen. Wil de curator

het proces dat de nu ondercurateegelegelde zelf aanving op zijn naam voeren, hij voege zich in 't geding en handele als de man; wil de nieuw benoemde voogd het proces op zijn naam voeren, hij make zich aan de tegenpartij bekend en handele als de anderen, maar, als van dit alles niets gebeurt, dan zet de tegenpartij het proces voort en als de procureur van de partij wier staat veranderde of wier betrekking ophield daarin een reden vindt zijn ministerie niet verder te verleenen, dan gaat het proces voort en wordt het vonnis gewezen als ten opzichte van iedere partij wier eens gestelde procureur wegblijft. En in deze gevolgen wordt geen verandering gebracht, al ware de verandering van staat of het ophouden der betrekking aan de tegenpartij betekend. Wel heeft DEMIAU (aangehaald in de brusselsche uitg. van CARRÉ op Q 1283, p. 743) het tegendeel beweerd maar hij wordt door CHAUCHEAU aldaar uitnemend weerlegd.

Dit verschil tusschen de gewone lastgeving en die tot het voeren van een proces op een procureur verstrekt wordt door BOURBEAU V p. 181 dus verklaard: „Cette différence tient à la nature particulière du mandat ad lites. S'agit-il en effet d'un mandat ordinaire, on suppose facilement, en cas de changement d'état de la personne intéressée qu'elle veut elle-même gérer ses affaires lorsque sa capacité nouvelle le lui permet; ou que, si par le changement d'état elle devient incapable, son représentant légal agira par lui-même, sans l'intermédiaire du mandataire antérieurement constitué. Il faut donc qu'une volonté nouvelle soit manifestée pour que le mandataire conserve ses pouvoirs. S'agit-il au contraire du mandat ad lites, le ministère d'un représentant est forcé, et la personne intéressée ne pourrait par elle-même agir devant le tribunal; le mandat ne prendrait fin que pour être remplacé par un autre mandat conféré à un nouvel avoué. Aussi la loi ne présume-t-elle pas cette volonté de substituer un avoué à un autre; elle suppose, au contraire, une persistante confiance, à défaut de révocation expresse.” Maar is dit niet een argument voor het behoeven van de zaak? Men wil geen schorsing; nu moet men die uitsluiting rechtvaardigen en zoekt die in een verschil tusschen het mandaat ad lites en het gewone mandaat dat eenig en alleen door het niet toelaten van schorsing gemaakt wordt! Te ontkennen is het niet dat op de natuur van lastgeving en de daaruit voortvloeiende regelen betreffende haar einde even als op de natuurlijke gevolgen van het ontbreken der handelingsbevoegdheid inbreuk wordt gemaakt. De ondercurateelestelling doet de lastgeving ophouden omdat de onder curateele gestelde niet

door een ander kan doen wat hij zelf te doen niet in staat is. Waarom zal dit juist op het voeren van een geding niet toepasselijk zijn? Kan hij dat wel en dus ook door een ander en alle andere handelingen niet? Op welken grond rust dit onderscheid? Wat doet het af, of de vertegenwoordiging in 't proces gedwongen is, een vertegenwoordigend procureur is er toch niet zonder den wil van de partij die hij vertegenwoordigt. En hoe kan men onderstellen dat de curator denzelfden procureur zal houden als er eigenlijk geen procureur kan zijn? Eene onderstelling die, in zich zelve niet heel krachtig, nog bovendien berust op de valsche onderstelling dat er een procureur te behouden is. Neen! ik kan mij niet voorstellen, dat men op dergelijke overweging als BOURBEAU aanvoert tot de verandering in de bestaande procedure besloten heeft, wel dat men aan de mandaats theorie en de gevolgen van het ontbreken van handelingsbevoegdheid niet voldoende aandacht heeft geschonken en eenvoudig is blijven staan bij de reden die PIGEAU geeft van het gebruik dat onder de ordonnantiën de aanvulling der redenen van schorsing had ingevoerd. Als het juist is wat hij zegt dat dit gebruik werd ingevoerd omdat het wenschelijk moest geacht worden, dat, indien een onbekwame partij bekwaam geworden was, zij kennis kreeg van het aanhangig geding en de gelegenheid had om zich op de hoogte daarvan te stellen en als een bekwame onbekwaam was geworden het evenzeer van belang was dat zijn wettelijken vertegenwoordiger er kennis van kreeg, dan komt men licht tot de redeneering: daarop behoeft de tegenpartij niet te wachten en zooals de Minister van Justitie in den Staatsraad zeide: *c'est à elle* (nl. de vrouw die in lite was) *à avertir son mari*. Dan komt men licht tot het besluit: in 't belang van die partij kan men geen reden van schorsing opnemen waardoor' maar weer gelegenheid gegeven wordt tot het rekken der gedingen. Men vergeet dat het niet het belang van de personen geldt, niet eene begunstiging aan hen te verleenen, maar dat zij niet kunnen voort procedeeën omdat de aanvankelijk aangestelde procureur heeft opgehouden dat te zijn en zij hem of een ander niet op nieuw kunnen aanstellen. Worden de door het fransche stelsel geschonden beginselen door onzen wetgever beter gehandhaafd, nu hij in de door den franschen gewraakte gevallen redenen van schorsing ziet in art. 254 n<sup>o</sup>. 2 en 3?

Men lette dat art. 254 zegt dat in deze gevallen de loop van het geding geschorst wordt maar dat uit de volgende artikelen blijkt dat de oorzaak der schorsing van wege de belanghebbenden aan de

partij moet worden beteekend met dien verstande, dat zonder die beteekening het rechtsgeding, niettegenstaande het bestaan der oorzaken, kan worden voortgezet. Dus kan de procureur, niettegenstaande zijn mandaat verviel, het proces voortzetten en zoo kan inderdaad voor een onbekwame of ook voor iemand die de betrekking waarin hij 't proces aanving verloor worden voortgeprocedeerd en de gevolgen daarvan zullen door den vertegenwoordiger van den onbekwame of door den nieuw benoemden vertegenwoordiger (voogd of curator) moeten worden aangenomen. Zijn daarmede de door het fransche stelsel geschonden beginselen gehandhaafd? Men zal het moeielijk gelooven. De wetgever had dan beter gedaan die oorzaken van schorsing te schrappen en eenvoudig te bepalen dat in die gevallen de gestelde en in 't geding werkzame procureur bevoegd is het geding voortzetten totdat hij zal zijn herroepen en een ander in zijne plaats gesteld. Tot rechtvaardiging van zoodanige bepaling zou dan het belang van de tegenpartij op den voorgrond gesteld kunnen worden en daarbij gevoegd de toch ook voor de andere partij bestaande verplichting om 't proces voortzetten; voorts dat degene die in de plaats van de verdwenen partij zal optreden aan diezelfde verplichting gehouden is en dat de door de wet aangewezen vertegenwoordigers, de procureurs, voldoende vertrouwen verdienen om, waar zij door de partij die 't proces aanving, gekozen zijn, dit voortzetten ten hare name om te gelden in zijne gevolgen pour qui de droit. De gevolgen van de lastgeving en van het ontbreken van handelingsbevoegdheid en de daaruit voortvloeiende belangen van de betrokken partij komen in conflict met belangen van derden, die van de tegenpartij, en het stelsel der verplichte vertegenwoordiging door betrouwbare praktizijns zou aanleiding tot en grond voor de aangegeven oplossing geven.

Maar ook hier deed men beter den werkelijken toestand in het oog te houden en de natuurlijke gevolgen van het ophouden van last te laten werken. De gestelde procureur is van zijn last ontheven. Hij doet deze reden, waarom hij niet kan voortgaan, beteekenen. Nu kan de man of de curator of de meerderjarig geworden of de nieuw benoemde voogd, die natuurlijk door den procureur welke nog met hem te rekenen heeft zal worden gewaarschuwd, zelf verklaren dat zij 't geding opvatten en als zij dat doen hebben zij natuurlijk een procureur noodig, terwijl, wanneer zij daartoe den eerst aangestelden procureur gebruiken, zij van het uitdrukkelijk stellen van een nieuwen ontheven mochten geacht worden. Zij kunnen dan daarmede wachten

als zij zich bedenken willen; want de andere partij zal ten gevolge van de beteekening niet met het proces kunnen voortgaan en zoo zullen zij van zelf bedenktijd hebben: „Cedere an contendere velint.” Worden zij door de tegenpartij tot hervatting gedagvaard dan hebben zij den gewonen termijn die ieder gedaagde heeft. Dat, naar de wet, de beteekening van belanghebbenden, d. i. van degene die nu in het proces moeten optreden, moet uitgaan en vóór dien tijd de reden van schorsing niet werkt, bederft ook hier het juiste beginsel waarvan de wetgever s c h e e n uit te gaan en moest uitgaan en doet dezelfde bezwaren ontstaan als bij overlijden.

Indien al het schrappen van de beide laatst besproken redenen van schorsing tot zekere hoogte zijne rechtvaardiging zou kunnen vinden in de verplichte vertegenwoordiging, men had haar dan nog niet gerechtvaardigd in het geding waar die verplichte vertegenwoordiging niet geldt. Zien wij ten slotte op welk beginsel daar de schorsing berust en hoe zij daar werkt, dewijl zij ook daar toepasselijk is volgens art. 125.

Wordt daar bij gemachtigde geprocedeerd dan moet op den gemachtigde de verplichting rusten tot beteekening aan de tegenpartij van het feit dat hem tot voortprocedeeren buiten staat stelt. Maar dewijl die nu eens aan belanghebbenden is opgelegd, zal 't rechteens geen verschil maken of de partij in persoon of door een gemachtigde 't proces voert, doch de gemachtigde zal degene die nu belanghebbenden bij 't proces geworden zijn van zelf daarmede in kennis stellen en de beteekening zal dan te eerder kunnen plaats hebben. Procedeerde de persoon zelf, het proces zal hier eerder, buiten de belanghebbenden om, door de tegenpartij ten einde gebracht kunnen worden daar deze geldig kan voortgaan en vonnis verkrijgen zoolang haar de oorzaak van schorsing niet is beteekend. De grond waarop de schorsing steunt zal hier niet daarin bestaan dat de lasthebbende procureur niet kan voortgaan en eene nieuwe door zijn client niet kan gesteld worden, maar de dood verhindert hier het voortzetten der procedure en de erfgenamen, al volgen zij in de verplichting van rechtswege op, en al kunnen zij zich dus niet eigenmachtig van het proces ontslaan, zij zijn toch niet zóó aan de handelingen des erflaters gebonden dat zij niet zich te beraden hadden: cedere an contendere velint. Toch kan hun het voordeel van de schorsing hier licht ontgaan door onbekendheid met den dood en het recht tot voortzetting van de tegenpartij. Zoude in dit bezwaar niet op deze wijze kunnen worden te gemoet gekomen dat den erfgenamen

het rechtsmiddel van verzet werd toegekend tegen een vonnis dat tegen hun erflater, die gedurende den loop van het door hem aangevangen geding stierf, werd gewezen?

Voor de twee andere oorzaken van schorsing bestaat het bezwaar niet in dezelfde mate. Wel kan hij wiens staat verandering onderging zelf het proces niet voortzetten, en hij die ophield vertegenwoordiger van eene partij te zijn evenmin. Maar zij die in hunne plaats het proces moeten opnemen zijn spoediger in staat om met beteekening van de oorzaak der schorsing het proces te hervatten, hun kan 't bestaan van 't proces niet licht onbekend blijven. Doch ook zij zouden zonder schuld te laat kunnen komen en met het middel van verzet tegen het vonnis te helpen zijn.

Moeten wij tot het besluit komen dat aan dit belangrijke leerstuk der schorsing niet die aandacht schijnt geschonken die het verdient en laten de bijzondere bepalingen die wij tot dusver behandelden in meer dan een opzicht te wenschen over, de regeling is nog in een ander opzicht onvolledig, dat ook de aandacht van de uitleggers niet heeft getrokken. De oorzaken van schorsing, die wij tot dusver bespraken, hebben kennelijk betrekking op natuurlijke personen. Alleen de derde kan zonder verandering in de woorden op bestuurders van rechtspersonen, die als zoodanig optreden in een proces voor den rechtspersoon, worden toegepast. POTHIER dacht daaraan in de hierboven aangehaalde plaats waar hij vanden fabricier en van nouveaux fabriciers spreekt en hij geeft daardoor te kennen dat hij ook in dat geval de reden van schorsing toepasselijk acht. JOUSSE leert evenwel het tegendeel. „Dans les affaires,” zegt hij in aant. 4 op art. 2, „qui intéressent les corps et communautés qui ont des Syndics ou les fabriques qui ont des marguilliers qui ne sont nommés que pour un temps, on ne doit point assigner en reprise d'instance les nouveaux Syndics et Marguilliers (Il y a à ce sujet un acte de notoriété du Châtelet de Paris du 21 Juin 1714).

Wat hebben wij hierover naar onze wet te denken? En hoe in geval van n°. 1 de dood, hier het tenietgaan van den rechtspersoon? N°. 2 komt hier natuurlijk niet in aanmerking.

De rechtspersoon gaat te niet. Evenmin als een proces ten haren name kan worden aangevangen, kan dit worden voortgezet. In het bij art. 1702 B. W. onderstelde geval zullen de overgebleven leden of het laatst overblijvend lid de beteekening moeten doen. Geschiedt dit niet,

het vonnis kan ten laste van den nu te niet gegane rechtspersoon worden gewezen en daaraan zal overeenkomstig de verdere bepaling van art. 1702 moeten worden voldaan.

Wanneer de vereeniging volgens art. 10 der wet van 1855 n<sup>o</sup>. 32 op grond van afwijking van de goedgekeurde statuten van hare hoedanigheid van rechtspersoon is vervallen verklaard en de rechter haar bij voorraad de bevoegdheid tot het plegen van burgerlijke handelingen heeft ontzegd, kan dan een ten haren name hangend proces worden voortgezet? Aan wie zou de procureur qualiteit ontleenen? Doch wie zal de vervallenverklaring doen beteekenen? De procureur zoude het alweer kunnen doen, gevende hij alleen te kennen dat hij van zijn last en daarmede van zijn qualiteit om voort te handelen is ontheven. Maar de belanghebbenden moeten het doen. Wie zijn dat? De leden der vereeniging op grond van art. 11 a. h. e. of de door den rechter benoemde curator? Deze alleen zou het proces kunnen en moeten voortzetten maar hij zal toch wel het gewijsde moeten afwachten tot de vervallenverklaring bij voorraad eene definitieve is geworden. Blijft de beteekening achterwege dan gaat het proces voort en bij eene eventueele veroordeeling zal degene die ze verkreeg als recht-hebbende bij de vereffening kunnen optreden.

Maar als, wat meer kan voorkomen, de schorsing haar oorzaak heeft in het ophouden der betrekking? Zal eene verandering in het bestuur dat het geding voert hieronder vallen? Zal er schorsing zijn in het geding door den burgemeester voor de gemeente gevoerd als de burgemeester door een ander vervangen wordt? Ik zoude hier liever met JOUSSE ontkennend dan met POTHIER bevestigend antwoorden. Het beginsel waarop deze bepaling steunt ligt daarin dat de handelingsbevoegdheid van den tegenwoordiger ophoudt. Wanneer een voogd zijn qualiteit verliest kan op zijn naam een proces niet gevoerd noch voortgezet worden. Maar de qualiteit van den voogd is van dien persoon niet te scheiden. Bij een bestuur van een zedel. lichaam is dat anders. Al moeten de namen der bestuurders die een proces aanvangen aan de tegenpartij bekend zijn omdat het voor haar van belang is na te gaan dat zij werkelijk de bestuurders zijn, eens aangevangen door de wettige bestuurders gaat dat proces op den naam van het bestuur of de bestuurders of den burgemeester door, zoo te zeggen op die hoedanigheid, zonder dat het er verder op aan komt wie de personen zijn welke die hoedanigheid hebben en het bestuur kan evenals het zedel. lichaam gezegd worden te blijven, hoe ook de personen die het samenstellen verwisselen.



De vierde reden van schorsing bestaat in den dood of het verlies van de betrekking van den gestelden procureur. Deze oorzaak is natuurlijk alleen op die gedingen van toepassing voor welke de verplichte vertegenwoordiging geldt en vindt ook daarin hare verklaring. De partij wier procureur overlijdt of buiten betrekking geraakt door bedanken of ontzetting is daardoor niet in staat voort te procedeeeren. Zij moet dan wel een nieuwen procureur stellen maar zij moet daarvoor tijd hebben, als zij 't uit zich zelve zal doen, of daartoe uitgenoodigd worden. Men kan hier niet, als bij eene herroeping zonder gelijktijdige benoeming van een ander, het proces op naam van den eerstgestelden laten doorgaan en op die wijze de partij tot stellen van een ander verplichten en de tegenpartij van de gevolgen van het verzuim ontheffen.

Zonderling mag het voorkomen dat in het Wetb. van 1830 deze reden werd weggelaten. En moeielijk is het daarvan eene rechtvaardiging te vinden in de omstandigheid dat de partij altijd een nieuwen kan stellen. (Verg. het gezegde van LECLERCQ bij NOORDZIEK t. a. p. bl. 96). Daardoor viel in het opschrift van de betreffende afdeeling de vermelding van *constitution de nouvel avoué* weg en deze kwam ook in 1838 niet terug. Zij was trouwens overbodig en beter op haar plaats in de Ord. waar alleen dit geval een nieuwe procureurstelling noodig maakte en in verband daarmee in art. 2 gesproken wordt van *reprise ou constitution de nouveau procureur*. Deze oorzaak van schorsing werkt van zelve dus zonder beteekening, art. 256 a. h. e. Zij moet aan de tegenpartij bekend zijn. De hervatting van het geding beteekent hier niets zonder nieuwe procureurstelling en de hervatting bestaat eigenlijk in de vervanging van den overleden of uit betrekking geraakten procureur door een ander. Oorzaak van schorsing is alleen dood en verlies van betrekking. Bij herroeping voorziet art. 136. Maar hoe, als de procureur niet herroepen wordt ook niet zijne betrekking verliest maar zijn dienst aan de partij opzegt? Voor schorsing kan geen reden zijn. Deze zijn limitatief op te vatten. Maar de bepaling omtrent herroeping zal analogice toegepast moeten worden gelijk BOTTARD te recht opmerkt, I p. 539 op art. 344 n°. 538. Anders de vonnissen vermeld bij v. OPPEN Pasicrisie in v° n°. 9, 1e vervolg n°. 39.

De schorsing houdt op door de hervatting van het geding.

Deze kan vrijwillig plaats hebben wanneer de beteekening van de

Ophouden van  
de schorsing.  
Hervatting.



oorzaak van schorsing, waar deze vereischt wordt, tevens bevat de verklaring dat het rechtsgeding wordt hervat op de laatste gedingstukken met procureurstelling.

Is de schorsing het gevolg van de vierde oorzaak dan wordt het geding hervat door den overleden of uit zijne betrekking geraakten procureur te vervangen bij eene eenvoudige acte.

De hervatting is gedwongen wanneer de tegenpartij tot die hervatting op de laatste gedingstukken oproept, hetwelk geschiedt bij dagvaarding op de gewone wijze. Art. 257, 258, 259.

De onderscheiding van de hervatting in vrijwillige en gedwongene wordt door POTHIER gemaakt proc. civ. n<sup>o</sup>. 238 en ligt duidelijk genoeg ook aan de bepalingen van onze wet tot grondslag. Zie ook DE PINTO en OUDEMAN. De verplichting om het proces voortzetten gaat op hen die in de plaats treden van de verhinderde partij over of blijft rusten op haar die haar procureur verloor. Hier als altijd staat het vrij die verplichting vrijwillig na te komen en dit geschiedt op natuurlijke wijze door zich tot hervatting van het geding bereid te verklaren, en dit te toonen door eene nieuwe procureurstelling waartoe de hervatting zich in het laatste geval bepaalt. De fransche wet sprak op het voorbeeld van de Ord. in dit laatste geval van „constitution de nouvel avoué” in tegenstelling van „reprise d'instance”. Bij ons zijn daarvan nog overgebleven in art. 259 de woorden „en zoodanige procureur vervangen” en in art. 260: geschillen over „dat hervatten van het geding en de vervanging van procureur.”

Dewijl de hervatting niet kan geschieden zonder procureurstelling kan zij altijd geschieden bij eenvoudige acte van procureur tot procureur even als dat ten aanzien van de gewone procureurstelling is bepaald in art. 135.

De vrijwillige hervatting kan plaats hebben zoolang de tegenpartij niet heeft gedagvaard. Is derhalve de oorzaak van wege belanghebbers eenvoudig beteekend zonder meer en blijft de tegenpartij stilzitten dan kan nog altijd de verklaring van hervatting met procureurstelling van hunnentwege plaats hebben. De nieuwe procureurstelling, waarvan art. 257 spreekt, behoeft niet die van een ander procureur te zijn dan die tot dusverre de zaak behandelde, maar zij moet altijd op nieuw, dus uitdrukkelijk, geschieden. Zonder zoodanige procureurstelling kan de oude procureur niet optreden. Die formaliteit riekt

naar formalisme; ze is onnut en het voorschrift schadelijk omdat zij licht vergeten kan worden. De procureur die tot dusverre occupeerde gaat, voor zich, voort met dezelfde zaak.

Hervatting geschiedt, vrijwillig en ook gedwongen, op de laatste gedingstukken. „Suivant les derniers errements” zooals de Code zegt en in onze vroegere procedure ook gesproken werd van „de arrementen van het proces overtienemen en te procederen naar de laatste retro-acten.” Dat wil zeggen dat men niet het proces van nieuws begint, wat natuurlijk waar alleen een procureur te vervangen is in 't geheel niet zou te pas komen, maar dat men voortgaat, dewijl zij die in het proces in de plaats van de nu verhinderde partij optreden, aan de handelingen van deze gebonden zijn, en niet ongedaan kunnen maken wat door deze of namens haar werd verricht.

Wat de gedwongen hervatting betreft, hiertoe wordt en terecht eene gewone dagvaarding vereischt. Komt degene die de verhinderde partij moet vervangen eens in het proces, dan zal het zijn alsof zij daar van den beginne af optrad, maar zij moet nu, feitelijk buiten het proces staande, tot den strijd worden gedaagd en er is geen reden waarom hier de gewone termijnen en formaliteiten niet zouden worden in acht genomen. De eisch tot hervatting zal de middelen waarop deze zijne strekking is gegrond moeten bevatten, doch de competentie van den rechter regelt zich niet naar den nu gedaagde; het kan geen ander zijn dan die voor welken het geding hangt, omdat het in dit opzicht weder eene voortzetting is.

Op die dagvaarding kan de hervatting plaats hebben bij eenvoudige akte van procureur tot procureur. Gedwongen hervatting.

Het incident dat de schorsing in het proces veroorzaakte kan evenwel ook tot een geding, een incidenteel geding, aanleiding geven, wanneer de hervatting wordt betwist.

Die betwisting kan van de tegenpartij uitgaan wanneer deze zich verzet tegen de hervatting door hen die zich als belanghebbenden voordoen, of wanneer zij die tot hervatting zijn gedagvaard zich daartegen verzetten.

De geschillen over de hervatting van het geding zijn zaken van summier behandeling. Art. 259, 260.

Hervatting bij eenvoudige acte. Deze acte zal, dewijl zij de

tot voortzetting van het proces noodzakelijke procureurstelling inhoudt overeenkomstig art. 135 binnen het daar aangegeven tijdsverloop moeten worden beteekend. Verschijnen dan partijen ter terechtzitting dan zal daar verder op hare instantie worden bepaald wat, naar aanleiding van den stand der zaak in verband met de laatste processtukken, in het geding verricht behoort te worden.

Geschil over de hervatting. De tegenpartij die, ware zij van de schorsing onkundig gebleven, eenzijdig als op tegenspraak zou hebben doen beslissen, had dan een vonnis waarvan de geldigheid door de opvolgers van de oorspronkelijke partij niet kon worden betwist. Nu is 't voor haar van belang om niet dan met den werkelijken rechthebbende het geding voort te zetten.

De gedaagde als opvolger in het recht der oorspronkelijke partij in rechte geroepen, ontkent bijv. de hoedanigheid waarin hij in dit geding geroepen is (disqualificatoire exceptie), of als erfgenamen werpen zij de exceptie van beraad op, die te hunnen aanzien niet gedekt is, daar zij hun voorganger niet eens openstond. Al zetten zij een geding voort en al zijn zij door de handelingen huns voorgangers gebonden, zij hebben daarom toch ook hun persoonlijk toekomende rechten en voor zich beginnen zij het proces.

Summiere behandeling. Wanneer de gedaagden tot hervatting dien eisch willen betwisten zullen zij zich natuurlijk bij de procureursacte hierboven bedoeld tot eene procureurstelling bepalen. De eischer tot hervatting zal dan ter terechtzitting conclusie nemen overeenkomstig de dagvaarding, welke conclusie dan door de gedaagde beantwoord wordt met eene conclusie, houdende de gronden tot bestrijding zijner verplichting tot hervatting, hetzij dan volstrekt, hetzij vooralsnog.

Verstek.

Indien op de dagvaarding tot hervatting de gedaagde niet verschijnt, wordt, indien de op straffe van nietigheid voorgeschreven termijnen en formaliteiten zijn in acht genomen, verstek verleend en de rechter wijst de conclusien des eischers in zake van de hervatting toe door het rechtsgeding hervat te verklaren op de laatste gedingstukken.

Heeft de eisch tot hervatting eenvoudig de strekking dat een nieuwe procureur gesteld worde (v i e r d e oorzaak), dan kan de rechter onmiddellijk over de hoofdzaak bij verstek uitspraak doen.

Tegen deze uitspraken bij verstek staat verzet open, hetwelk ook, wanneer de hoofdzaak schriftelijk wordt behandeld, op de terechtzitting behandeld wordt. Art. 261, 262.

De gedaagde verschijnt niet. De gedaagde heeft op de dagvaarding geen procureur gesteld of de gestelde procureur verschijnt niet. Die niet-verschijning van den gedaagde heeft de wetgever zich blijkens art. 261 § 2 wel in de eerste plaats voorgesteld. Dat dan het verstek niet anders verleend kan worden dan met toepassing van art. 76, vloeit uit de algemeene toepasselijkheid van deze bepaling voort en uit de bepaling van art. 261 § 1 zelve die dat verlenen van verstek als van elders bekend vooronderstelt. Alleen „het profijt van het verstek” van welken term der pleitzaal de wetgever zich hier zonder noodzaak bedient, wordt hier uitdrukkelijk aangegeven. „Het rechtsgeding zal worden hervat verklaard achtervolgens de laatste gedingstukken.” Is dat niet hetzelfde wat ook art. 76 bepaalt: „de conclusien van den eischer zullen worden toegewezen?” Ja, wanneer de conclusien des eischers van hervatting zich uitsluitend tot die hervatting bepalen. Maar zoude, indien hij verder ging en op grond van de laatste stukken eene verdere uitspraak des rechters op de hoofdzaak zelve had gevraagd, ja zoude ook niet, wanneer hij dit niet gedaan had, de eenvoudige toepassing van art. 76 er toe kunnen leiden dat de eischer als profijt van het verstek onmiddellijk zijne conclusien op de hoofdzaak zou kunnen toegewezen zien? Dan zou de rechter ook het niet onrechtmatige en niet ongegronde van die conclusien hebben te beoordeelen. Nu laat art 261 geen twijfel over. De rechter heeft niet anders te doen dan te verklaren dat het geding wordt hervat en op de laatste gedingstukken voortgezet. Alleen bij het niet vervangen zijn van den procureur, waarbij natuurlijk op de vierde oorzaak van schorsing bedoeld wordt, kan dadelijk op de hoofdzaak eene beslissing worden gegeven. Het is zoo goed als bleef de partij die eens verschenen was gedurende den loop van het proces weg. Maar dan moest ook in dit geval als in andere gevallen dat de eens verschenen partij wegblijft als op tegenspraak worden recht gedaan. De wet zegt evenwel uitdrukkelijk dat de eischer, en wij onderstellen daarbij dat de eischer tot hervatting ook eischer is op de hoofdzaak, niet anders dan een vonnis bij verstek kan verkrijgen. De schorsing heeft dus in dit geval de verhouding van partijen veranderd. Waartoe? en waarom? — Was de procureur van den eischer overleden en werd door dezen geen nieuwe gesteld dan wordt de hoofdzaak ook bij verstek be-

slist en de eischer die natuurlijk niet van de instantie wordt ontslagen zal ook recht van verzet hebben indien hij ongelijk kreeg. Arr. H. R. 2 December 1842 W. n°. 357. Waarom ook voor dit geval niet de beslissing op de hoofdzaak als op tegenspraak?

De wetgever moge in de eerste plaats aan een niet-verschijnen van den gedaagde tot hervatting en zelfs in § 2 van art. 261 uitsluitend daaraan gedacht hebben, de bewoordingen door hem gebezigd zijn toch veel ruimer dan die van art. 349 C. de pr. Evenals men zich dus het geval kan voorstellen dat de eischer in een gewoon geding niet verschijnt en de wet zelve daaromtrent voorzieningen maakt in art. 75, zoo kan ook de eischer tot hervatting ten dienenden dage niet verschijnen en ook dan zal op de dagvaarding tot hervatting verstek worden verleend en nu tegen den eischer. Maar het gevolg van art. 75 kan hier onmogelijk worden aangenomen. De eischer tot hervatting kan niet van de instantie worden ontslagen, de gedaagde tot hervatting die het ook om voortzetting van het proces te doen is zou daar niet aan hebben, vooral niet wanneer hij in de hoofdzaak eischer was. Het profijt van dit verstek zal dan niet zijn ontslag van de instantie, maar volgens de algemeen luidende bepaling: verklaring dat het rechtsgeding wordt hervat enz. En dan zal ook de gedaagde tot hervatting zoodanige instantie in het hoofdeding kunnen doen als hij tot verdere voortzetting en beëindiging daarvan zal vermeenen te behooren.

Nu staat evenwel tegen de uitspraak op de hervatting verzet open als tegen ieder vonnis bij verstek. Dat verzet zal vernietiging van het vonnis tot hervatting tengevolge kunnen hebben en dientengevolge van hetgeen krachtens dat vonnis in de hoofdzaak is verricht. Doch zal het vonnis tot hervatting hier niet tenuitvoergelegd zijn zoodra door den eischer of gedaagde tot hervatting eene handeling zal zijn verricht waardoor het geding op de hoofdzaak wordt voortgezet? Overigens zal het verzet hier zoowel aan den gedaagde als aan den eischer tot hervatting, die hier toch ook bij verstek veroordeeld wordt (nl. tot hervatting) moeten toegekend worden.

Kantongerecht.

In gedingen die voor het kantongerecht behandeld worden is al hetgeen van de vrijwillige en gedwongen hervatting en de daarop volgende procedure gezegd is, toepasselijk met uitzondering van datgene wat met de procureurs in verband staat. Art. 125.

Van de vervanging van procureur en het daartoe betrekkelijk geschil

over de hervatting is alzoo geen sprake en de eenvoudige acte waarbij volgens art. 259 het geding hervat wordt welke bij de colleges is eene acte van procureur tot procureur gaat hier van partij tot partij.

§ 90. ZG. ONTKENTENIS VAN GERECHTELIJKE VERRICHTINGEN. (\*)

Wanneer een procureur als vertegenwoordiger van eene partij in het proces optredende gerechtelijke handelingen verricht die niet tot de instructie van het geding behooren maar het recht zelf der partij betreffen; wanneer hij bepaaldelijk aanbiedingen heeft gedaan of aangenomen, erkenningen heeft gedaan, toestemmingen heeft gegeven of aangenomen, zonder dat de partij daartoe eene bepaalde schriftelijke volmacht had gegeven, dan hebben deze voor de partij bindend gevolg tot dat zij die handelingen zal hebben ontkend. Het middel haar daartoe gegeven wordt ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen genoemd. Art. 263.

Gevallen  
waarin en  
grond waarop.

De procureur vertegenwoordigt de partij in het geding krachtens eene hem daartoe gedane opdracht. Hij is dus haar lasthebber met deze eigenaardigheid echter dat zijn bijstand tevens voor haar noodzakelijk is ten aanzien van alle die handelingen welke tot de instructie van het geding vereischt worden in dien zin dat deze door de partij zelve persoonlijk niet verricht mogen worden en zij toch door den procureur op haar naam en in haar naam worden verricht. De opdracht tot het voeren van een proces machtigt dien ten gevolge den procureur in eens tot het verrichten van al datgene waartoe hij in die hoedanigheid bevoegd en verplicht is; van een bijzonderen last voor die handelingen kan geen sprake zijn. Het gevolg daarvan is dat als de procureur verkeerde handelingen tot instructie van het geding verricht of er verzuimt, de partij op hem als ontrouwen lasthebber wel verhaal heeft maar dat zij nooit tegenover de tegenpartij zal kunnen beweren dat die handelingen als in strijd met den last geschied haar

---

(\*) H. G. KRONENBERG de procuratio ad litem en de ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen naar aanleiding van het Ontwerp van een Wetb. van Burg. Rechtsv. Acad. proefschrift verdedigd te Leiden 1868 beoordeeld in Tijdschrift voor Ned. Recht van Mrs. OUDEMAN en DIEPHUIS II bl. 228. Verg. mijne Opmerkingen en Vragen betreffende het Ontwerp in N. Bijdragen XVI (1866) bl. 257 vv.

niet zouden binden. Immers, hoe ook verricht, zij zijn een gevolg van den last tot het voeren van het geding gegeven. Maar de last is ook uit zijn aard tot de handelingen van instructie van het geding beperkt. Wat aangaat handelingen die daarbuiten liggen, die wijziging of verandering in het recht zelf der partij zouden brengen, zooals: aanbiedingen te doen of aan te nemen, deze zullen als zij in het proces voorkomen, gemeenlijk wel door tusschenkomst van den procureur worden gedaan, maar hij heeft daartoe een bijzonderen last noodig. Heeft hij dien niet, dan zou zoodanige handeling door hem verricht, naar de algemeene regelen van lastgeving, de partij niet binden; zij zou voor haar als niet geschied zijn te beschouwen en de tegenpartij zou wel verhaal hebben op den lasthebber die zijn mandaat te buiten ging maar tegenover de partij zich niet op die handelingen als ook haar bindende kunnen beroepen, tenzij de partij ze later had bekrachtigd, art. 1834, 1844, 1843 B. W. Kunnen deze regels van lastgeving in het proces worden toegepast? Zal de partij zich ook dan eenvoudig daarop kunnen beroepen dat die handelingen, die aanbiedingen enz. haar niet binden als buiten haren last geschied? Daartegen verzet zich de omstandigheid waaronder zij verricht werden. Of die handelingen met of zonder last verricht werden, het proces waarin zij werden verricht wordt er op voortgezet en de rechter wijst vonnis als waren die handelingen voor de partij bindend. Van dat vonnis gewezen op een geding waaraan de partij door haren procureur wettig vertegenwoordigd heeft deelgenomen, dat zij even goed als de tegenpartij van den rechter heeft verlangd, kan zij de verbindende kracht niet ontkennen; zij zal er de gevolgen niet van kunnen ontgaan, er aan gebonden zijn zoolang het niet door een wettig middel is te niet gedaan. Nu ligt het voor de hand dat haar zoodanig middel geschapen moet zijn, maar het blijkt ook dat, terwijl wij, naar den regel, handelingen die in onzen naam verricht werden door iemand die geen last van ons had, als ons niet aangaande kunnen beschouwen, de gelegenheid waarbij dit hier plaats had, het proces, en de daaraan noodzakelijk verbonden gevolgen mede brengen dat wij tegen de handelingen van den lasthebber moeten opkomen, willen wij van hare ons nadeelige gevolgen ontslagen worden. Of zou men meenen dat deze inbreuk op eene res iudicata maar in het geheel niet zou moeten worden toegelaten, en dat eene rechtvaardiging daarvan zou kunnen gevonden worden in de overweging, dat de procureur aan wien wij ons proces te behandelen gaven daardoor tegelijk moet geacht worden

ons vertrouwen in die mate te bezitten, dat hij al datgene wat hij naar den loop dien het proces neemt in ons belang ook ten opzichte van de beschikking over het litigieuse recht oirbaar mocht achten, namens ons zou mogen doen? Niemand die er bij eenig nadenken aan denken kan, deze afwijking van het beginsel van art. 1833 B. W. toe te laten. Allermint hier. Of is het niet reeds genoeg gevegd dat ik ten behoeve van eene behoorlijke rechtspleging in het algemeen, ten bate van de gemeenschap alzoo, verplicht ben, hoe goed ik er anders zelf toe in staat ware, de behandeling van het proces aan een procureur over te geven, om niet nog bovendien van mij te vergen dat die gedwongen lastgeving tevens de beschikking over mijn recht in zich bevatte tot handhaving van een zeker allerheilzaamst beginsel: *res iudicata pro veritate habetur*, maar waardoor toch geen blijkbaar onrecht tot recht mag worden gemaakt! Dus is het al wèl, dat ik mij hier op ontstentenis van lastgeving beroepen moet om ongebonden te zijn, maar daartoe komt mij dan toch een middel toe. Het meest voor de hand liggend rechtsmiddel dat in dit geval tegen een in kracht van gewijsde gegaan vonnis moet gegeven worden schijnt wel dat van request civiel. Inderdaad gaf de ordonn. van 1667 in art. 34 van tit. XXXV dat middel ook in dit geval: „si on a jugé sur des offres ou consentemens qui ayent esté désavouez et le désaveu jugé valable.” Het geval is inderdaad analoog aan andere in welke ook nog bij ons request civiel is toegelaten. Zie art. 382 n°. 7 en 8. Doch bij request civiel is de aanval onmiddellijk tegen het vonnis gericht en heeft men met de tegenpartij over den al of niet ontbrekenden grondslag van het vonnis te strijden. Hier moet in de eerste plaats tegen den auteur van het kwaad, den procureur, die zonder last handelde gestreden worden en daarmede kan zeer goed de bestrijding van het vonnis als gevolg van de handeling ook tegenover de tegenpartij gepaard gaan. Het request civiel zou ook niet in alle gevallen noodzakelijk zijn en in andere aan het doel niet kunnen beantwoorden. Die overwegingen moeten hebben geleid tot het in dien zin zelfstandig rechtsmiddel, dat de franschen zoo gelukkig waren met één woord *désaveu* te noemen, dat bij ons, waarschijnlijk met behulp van een fransch-hollandsch woordenboek, vertaald werd met ontkenntenis van gerechtelijke verrichtingen waar men van wraking van gerechtelijke handelingen had moeten spreken.

Het middel is alzoo noodzakelijk. Daar komt nog bij dat de gedingvoerende partij ook daarom niet zou moeten worden vrijgelaten



zich eenvoudig op ontstentenis van lastgeving te beroepen en daarmede de handeling als voor haar niet bindend te achten, omdat zij, lastgevende tot het voeren van een geding, lichtelijk geacht wordt ook tot die handelingen te hebben gemachtigd welke wel niet tot de instructie van het proces behooren, maar toch betreffen de belangen die in het proces betrokken zijn. En dit te meer waar de gemachtigde het voeren van 't proces opdroeg aan een procureur die zoo hij al niet meer door eene aanstelling van staatswege als betrouwbaar is geijkt, zich zelve toch als betrouwbaar heeft uitgegeven als zoodanig is toegelaten. Terwijl er alzoo met recht tot op zekere hoogte een vermoeden van lastgeving wordt aangenomen, wordt een uitdrukkelijk beroep van de partij op het ontbreken van lastgeving, eene wraking harerzijds van de stilzwijgend in haren naam verrichte handeling, vereischt om deze te niet te doen. Dit is dan weder die zg. ontkenenis. De toekenning van het middel berust alzoo daarop dat het rechtsgevolg dat de ontstentenis van lastgeving in 't algemeen zou medebrengen, dat nl. de handeling voor den lastgever als niet geschied wordt beschouwd, hem niet bindt, aan de gedingvoerende partij niet zou kunnen en niet zou mogen baten.

Het middel is alzoo volkomen gerechtvaardigd indien men het maar beperkt tot handelingen die beschikkingen over het recht zelf van de partij inhouden, zooals de fransche wetgever dat doet, in art. 352 C. de P. het toepassende op offres, aveu ou consentement of, zooals de fransche tekst van art. 224 W. 1830 het nog meer bepaald uitdrukte: „si des offres, des aveux ou des consentemens ont été faits, donnés ou acceptés, waarvan de hollandsche vertaling (al waren beide teksten bestemd als oorspronkelijk te gelden, ik geloof dat ook hier de hollandsche eene vertaling is) bij de herziening in 1837 geworden is, zooals zij nu luidt: „aanbiedingen zijn gedaan en aangenomen, erkenningen hebben plaats gehad, toestemmingen zijn gegeven en aangenomen.” Daarmede zijn, dit zag het Tribunaat van hetwelk art. 352 afkomstig is goed in, de grond van het désaveu zelf en zijn natuurlijke grenzen in het oog gehouden: „concilier ces deux points, que, d'un côté, l'avoué représente la partie, et que de l'autre il ne peut lui nuire on a introduit l'action en désaveu.” Maar om de daaruit voortvloeiende beperking in de wet aan te geven stelde het Tribunaat art. 352 voor, dat eenigszins vreemd luidt: „aucunes offres, aucun aveu ou consentement, ne pourront être faits, donnés ou acceptés sans un pouvoir spécial, à peine de désaveu.” LOCRÉ XXI. p. 488, n<sup>o</sup>. 179.

Hoe? een rechtsmiddel gegeven om een onrecht te herstellen wordt

hier als eene straf gedreigd? Het is niet te verwonderen dat onze wetgever ook, al had hij de om hare korthed benijdbare bepaling niet willen verlengen met aan te geven de wijze waarop van het middel gebruik wordt gemaakt en zijne strekking te ontwikkelen, dat „op straffe” niet kon overnemen, ook niet, wanneer hij zich dan tot de eenvoudige uitdrukking: op straffe van ontkenenis of van wraking, had durven bepalen. De fransche bepaling heeft het gebrek van niet wel verstaanbaar te zijn zonder de toelichting, maar door deze treedt ook de juistheid van de gedachte die er in verscholen is, in het licht. Het nadeel dat er in de gevolgen van het middel ligt kan voorkomen worden door schriftelijke volmacht te vorderen. Het artikel herinnert door zijne uitdrukkingen den rechter om de overlegging van volmacht te vorderen, wil hij niet zijne uitspraak vernietigd zien of gedwongen worden die zelf te vernietigen tengevolge van een anders mogelijk désaveu. Het herinnert den procureur, dat hij zijne verantwoordelijkheid niet moet in de waagschaal stellen, maar zich van volmacht moet voorzien, wil hij niet blootstaan aan de gevolgen welke het désaveu voor hem persoonlijk kan hebben. Het herinnert eindelijk de tegenpartij om niet op aanbiedingen enz. in te gaan waartoe geen volmacht werd gegeven, opdat het haar voordeelig vonnis niet gevaar loope tengevolge van het désaveu vernietigd te worden. LOCKÉ t. a. p. Maar, zal men zeggen: als dan allen, rechters en procureurs die hier de handelende personen zijn, hun plicht doen dan heeft men het middel, dat wel een noodzakelijk kwaad schijnt, niet noodig! Dit zou een argument zijn, wanneer niet veeltijds rechtsmiddelen juist noodig waren om gepleegd onrecht weder goed te maken. Bovendien verlieze men niet uit het oog dat de rechter alleen dan de overlegging van bijzondere volmacht zou kunnen gelasten in geval de wet de noodzakelijkheid daarvan voorschrijft; dat de wet dit evenwel slechts in enkele gevallen doet en de vrijheid der partijen in de beschikking over hare belangen niet meer aan banden wil leggen dan strikt noodig is. Maar zelfs al vorderde de wet in alle hier bedoelde gevallen de overlegging van een schriftelijke volmacht en al had zij het den rechter duidelijk gemaakt dat zoodanig voorschrift niet alleen de partijen gold, maar dat zijne lijdelijkheid hem niet zou verbieden zijne tusschenkomst te weigeren tot bevestiging van handelingen, door daartoe onbevoegden verricht, dan zou het desniettemin toch kunnen gebeuren. De benadeelde partij die op den rechter geen verhaal had, zou dan toch het middel niet kunnen missen om 't gedane ongedaan te maken. En wat de procureurs betreft, hoe licht wanen zij zich met

het volle vertrouwen hunner cliënten begiftigd, hoe leidt niet hunne onderlinge betrekking er toe het elkander niet lastig te maken, vooral elkander geen wantrouwen te betoonen of den schijn daarvan aantenemen, en wanneer zij zich van het goedvinden hunner cliënten meenen overtuigd te mogen houden, hoe licht komen zij er dan niet toe deze niet met volmachten lastig te vallen, vooral wanneer zij om den spoed der zaak en den verwijderden afstand waarop de cliënten zich bevinden het nog meer in hun belang kunnen achten dit na te laten. Dat de tegenpartij alle reden had om den zonder overlegging van volmacht handelenden procureur te vertrouwen, zoo in 't algemeen als in het bijzonder geval, kan geen reden zijn haar van het désaveu en zijne gevolgen te ontheffen. Immers daarmede is de andere partij buiten wier last gehandeld werd niet geholpen en in ieder geval blijkt dat wanneer de procureur der tegenpartij ten onrechte vertrouwen schonk en aanbiedingen zonder last gedaan aannam, het haar lasthebber is in wien zij vertrouwen stelde en op wien zij dan verhaal moet zoeken

Uit het bovenstaande volgt dat ik de ontkenenis ook dan toegelaten acht wanneer de wet een bijzondere volmacht vordert en dan de handeling zonder volmacht verricht werd. Hetgeen ik op blz 163 van Dl. I onder l. f. opteekende zou ten onrechte het tegendeel kunnen doen onderstellen. Zeker kan in gevallen als van art. 1971 B. W. de procureur die zonder volmacht handelt niet geacht worden volmacht te hebben, en de rechter zal hem tot die handeling niet moeten toelaten als hij geen volmacht overlegt. Daardoor vervalt dan van zelf de grond voor het désaveu en als aan de bepaling der wet de hand gehouden wordt, zal de mogelijkheid van een désaveu worden voorkomen. Maar als de rechter hem wel toeliet, als dan ook werkelijk zonder machtiging gehandeld is, dan kan de handeling van den procureur voor zijne partij niet bindend zijn en dewijl het daarop gevolgde vonnis haar wél bindt, zal zij haar niet-gebonden-zijn alleen kunnen doen gelden — en zij moet daartoe een middel hebben — door tot ontkenenis, lees: wraking, der handeling te procederen en zoo het vonnis te voorkomen of tot vernietiging van het vonnis te geraken.

Wanneer ik met het bovenstaande de gronden waarop de wraking kan plaats hebben en den grond\*dier rechtsinstelling zelve juist heb uiteengezet, dan behoef ik nauwlijks optemerkken dat, wat de Regeering daaromtrent tot toelichting in 1836 zeide, weinig bevredigend kan genoemd worden. „Een procureur,” zeide zij, „ . . . kan zich hebben te buiten

gegaan in sommige verrichtingen in iudicio door zonder of tegen zijn last en dus strijdig met den wil van zijn client aanbiedingen te doen of aan te nemen . . . waardoor de belangen van zijn client zijn benadeeld. Deze heeft als lastgever deswege naar algemeene beginselen van rechten ongetwijfeld wel eene actie tegen zijnen lasthebber tot vergoeding zijner schade; maar dit zoude dikwijls ongenoegzaam zijn; de wet moest derhalve zorgen dat hij ook door zoodanige vergrijpen jegens zijne wederpartij niet verbonden werd." V. D. HONERT Inleiding op de 13<sup>e</sup> afd. van tit. III. bl. 341. Komt dan inderdaad naar algemeene beginselen aan den lastgever eene actie tot schadevergoeding toe tegen den lasthebber die zonder last handelde? Waar zoude hij eene actie tot schadevergoeding van daan halen als het verrichte door den lasthebber hem niet bindt, gelijk art. 1844 B. W. dat leert? Wanneer dan echter met de algemeene beginselen hier verwezen wordt niet naar lastgeving maar naar art. 1401 B. W., dan staan we hier juist voor het geval dat er wel schade kan geleden worden omdat in dit bijzonder geval datgene wat buiten den last verricht werd, wèl gevolgen heeft voor den lastgever, dewijl het vonnis dat ook daarop gewezen werd hem bindt. Moet voorts de wet zorgen dat ook derden in het nadeel deelen omdat de lastgever zelf aan zijn actie tot schadevergoeding niet genoeg zal hebben? Dat ware niet te verdedigen. Maar de actie tot schadevergoeding geeft hier niet datgene waarop de lastgever aanspraak heeft. En waarom moet dan de wet zorgen dat de lastgever jegens zijne wederpartij niet verbonden werd? is dit niet juist het gevolg der algemeene beginselen van lastgeving en worden nu hier niet juist bijzondere bepalingen gevonden, omdat dit gevolg hier niet kan plaats grijpen en de wet dan moet zorgen dat de lastgever langs anderen weg, d. i. door eene actie daartoe in te stellen, van het hem, tot zoolang wel doch onrechtvaardig, bindend gevolg van hetgeen buiten zijn last geschiedde kunne bevrijden?

Uit het gezegde volgt dat de instelling haar reden van bestaan volstrekt niet verliest, wanneer de eisch gesteld werd dat de procureur die als vertegenwoordiger in een bepaald proces optreedt in *limine litis* zijn volmacht overlegge, de zg. *procuratio ad litem*. De 2<sup>de</sup> afd. van de tweede kamer maakte indertijd deze opmerking en de 6<sup>de</sup> sprak in gelijken geest (NOORDZIEK B. R. 1827—28. II bl. 425 en 504) doch de Regeering antwoordde m. i. terecht „dat die aanbiedingen enz. eigenlijk niet geacht kunnen worden vervat te zijn in de gewoonlijke strekking eener algemeene volmacht *ad lites*” (NOORDZIEK t. a. p. bl. 553) en wanneer de 2<sup>o</sup> afdeling zich beklagt (t. a. p. bl. 621 en v.) „dat

de antwoorden meerendeels niet slaan op aanmerkingen hoedanige deze gemaakt zijn maar op stellingen die de afd. niet heeft voorgedragen" en als voorbeeld daarvan ook a. 106 (thans 263) aanhaalt dan schijnt men daaruit te moeten opmaken, dat dan die *procuratio ad lites* naar de meening der afdeling ook moet bevatten of geacht werd te bevatten eene volmacht tot het doen en aannemen van aanbiedingen enz. Dat moet ook wel de Ontwerper van 1865 bedoelen, wanneer hij de voorgestelde invoering van die *procuratie ad litem* o. a. verdedigt met de opheffing van het door hem dus genoemde „zonderlinge stelsel van het désaveu". Toel. bl. 103. Het spreekt van zelf dat de wetgever bij machte is dat te bepalen, maar dat daartegen uit het oogpunt van het recht, de natuurlijke gevolgen van lastgeving en de natuurlijke grenzen van den last op een procureur verstrekt, vooral ook omdat zijne vertegenwoordiging verplicht is, nog al het een en ander is in te brengen, wordt in de ontwikkeling van het stelsel, die ik hierboven gaf, aangetoond.

Eene andere vraag is het of de consequentie van het aangenomen stelsel niet medebrengt dat de wraking ook moet worden toegepast op het geval dat een procureur een geding is gaan voeren zonder daartoe in het geheel last te hebben bekomen. Het geval zal zich van zelf niet dikwijls voordoen maar hij kan b. v. een opdracht hebben gevonden in de terhandstelling van stukken die naar de bedoeling van partij alleen plaats had om een advies over een te voeren proces te bekomen. Het verdient opmerking, dat POTHIER, du mandat, waar hij het mandat ad litem tot een bijzonder onderwerp van behandeling maakt, voornamelijk van het désaveu in dit geval spreekt n<sup>o</sup>. 127, 128 en alleen bij de behandeling van eene bijzondere vraag van het désaveu van bepaalde gerechtelijke handelingen gewag maakt, n<sup>o</sup>. 130. POTHIER gaat daarbij van de stelling uit dat de procureur tegenover de tegenpartij niet van volmacht behoeft te doen blijken. „Il est, vis à vis de l'autre partie, suffisamment présumé avoir un pouvoir de sa partie, tant que cette partie pour laquelle il s'est constitué procureur ne le désavoue pas" n<sup>o</sup>. 127. Zeker zou voor het désaveu in dit geval geen grond meer bestaan indien de procureurs niet dan met overlegging van volmacht werden toegelaten. Nu dit evenwel niet het geval is, noch naar onze noch naar de fransche wet, zijn vele fransche schrijvers van oordeel dat POTHIER's gevoelens ook thans nog gelden moet. BOITARD op art 352. I p. 547. BOURBEAU V. p. 255 vv. CHAUVEAU aant. op CARRÉ Q 1301. Bij ons wordt dit gevoelens verdedigd door PENNINGCK op art. 263. Verg. v. OPPEN's Pasicrisie v<sup>o</sup>. ontkenntenis v.

g. v. n<sup>o</sup>. 3. Ik voor mij geloof niet dat art. 263 evenmin als art. 352 C. de P. deze uitlegging toelaat. De toelichting tot het laatste artikel door het Tribunaat van hetwelk het uitging gegeven wijst in duidelijke bewoordingen op de bedoeling van beperking. En als men nu bepaalde gevallen opnoemt die het bestaan zelf van de volmacht tot het proces voeren onderstellen, en van deze wordt niet gerept, niet-tegenstaande POTHIER die op den voorgrond stelt, mag dan de uitlegger tot uitbreiding overgaan? Is dat niet wat men noemt „faire le législateur au petit pied”? Neen, als een procureur zonder mijn last een proces voor mij heeft aangelegd of aanvaard, dan kan het vonnis dat daarin gewezen wordt voor mij niet bindende zijn, omdat ik geen partij in het geding geweest ben en ik wijs de gevolgen van dat vonnis af als alle gevolgen van een mandaat dat ik niet opdroeg. Er bestaat hier niet dezelfde reden als voor de noodzakelijkheid van het désaveu in de andere gevallen. Immers in die gevallen kan ik niet ontkennen partij in het proces te zijn geweest en dus het vonnis te hebben gevraagd, waaraan ik mij moet onderwerpen. De analogie ligt niet dáár, waar BOURBEAU die zoekt: „C'est à raison de la position particulière de l'officier ministériel que la loi a principalement introduit l'obligation de le désavouer: elle ne suppose pas que l'avoué ait dépassé ses pouvoirs ou qu'il ait agi sans mandat etc.” Neen, al heeft men ook het middel van désaveu noodig om zich aan de gevolgen van een niet verstrekt last te onttrekken wanneer men geacht kon worden last te hebben gegeven, de noodzakelijkheid van het rechtsmiddel ligt daarin dat de handelingen door den procureur verricht voor de partij gevolg hebben daar zij gebonden zal worden door een vonnis daarop gewezen. Maar dat is hier het geval volstrekt niet; de lastgever is inderdaad in het proces niet betrokken. Indien men de aangevoerde reden voor dit geval afdoende mocht vinden, — en juist met opzicht tot het procederen zelf zonder last is daar wel wat voor te zeggen omdat er veeltijds toch eenige aanleiding zal bestaan hebben en ook de tegenpartij reden had dit te gelooven; — indien men daarom onderstellen mag dat ook de partij voor wie zonder last geprocedeerd, daarvan niet geheel onkundig zal blijven en het dan voor de rechtszekerheid tusschen de partijen beter acht dat zij tot ontkenenis procedeert dan dat zij eene afwachtende houding aanneemt, wat haar echter weder niet kan worden toegerekend, als zij van 't heele proces niet afweet, dan kan de wetgever de wraking tot dit geval uitbreiden. Maar zoolang hij eene beperkende bepaling vaststelt, en

de ratio dier bepaling zelve niet op 't geval waartoe men haar wil uitbreiden toepasselijk is, houd ik mij aan de wet. Ook zwicht ik niet voor het argument van BOITARD t. a. p. dat anders „une partie pourra être obligée par le fait d'un avoué qui, par méprise ou par collusion, se sera constitué sans en avoir reçu pouvoir de ce prétendu client.” Neen, geen désaveu, want het is hier niet noodig, al meenen sommigen dat het de voorkeur zou verdienen; de procureur is lasthebber, hij kan niet handelen zonder last; doet hij dit dan verbindt hij zijn vermeenden lastgever niet en het geheele proces is voor dezen comme nonvenu. Dewijl dit laatste in geval bijzondere handelingen in het proces zonder last verricht werden niet kan gelden is dáár het désaveu noodzakelijk, hier is het dit niet, al moge men er, ik herhaal het, de voorkeur aan geven, m. a. w. het wenschelijk achten dat de wetgever het ook in dit geval had toegekend.

Aard van het  
rechtsmiddel.

De wraking van gerechtelijke handelingen is eene rechtsvordering tot nietigverklaring van de bovengemelde handelingen door den procureur in den loop van een rechtsgeding zonder schriftelijke volmacht van zijne partij verricht en bijgevolg van alle daaruit voortgekomen akten van het geding en vonnissen, zoowel die van instructie als eindvonnissen. Art. 263, 270.

De vordering komt toe aan de partij wier procureur zonder volmacht heeft gehandeld en aan hare erfgenamen tegen dien procureur, hetzij hij nog in betrekking is of niet en, indien hij overleden is, tegen zijne erfgenamen. Art. 264.

Zij kan eene incidenteele maar ook eene principale, op zich zelve ingestelde, vordering zijn.

De beschrijving van het rechtsmiddel in art. 263 en de gevolgen daarvan wanneer de rechter de wraking gegrond bevindt in artt. 268 en 270 beschreven, wijzen er duidelijk op, dat wij hier met eene vordering tot nietigverklaring van anders bindende handelingen en de gevolgen van deze te doen hebben. Wanneer ik ook dit incident op bl. 2 bracht tot de maatregelen van procedure in tegenstelling van rechtsvorderingen, dan is dit het gevolg geweest van zijn verband met de schorsing en hervatting van het rechtsgeding in zoover deze in verband staat met verandering in den staat van de procureurs. Maatregelen van procedure zoude men ze in zeer algemeenen zin maar niet



in de op bl. 2 voorkomende tegenstelling kunnen noemen. Naar aard en inhoud zoude de ontkenenis van rechterl. verrichtingen in onze tweede afdeeling tehuis behooren.

De vordering is in de eerste plaats gericht tegen eene handeling van den procureur, die als onbevoegd auteur daarvan zich daarover zal hebben te verantwoorden en ook eigenlijk alleen het beweren dat hij geen volmacht gehad heeft kan tegenspreken. Niettemin, en ofschoon de nietigverklaring zijner handeling ook voor hem rechtsgevolg zal hebben, is daarin ook de tegenpartij betrokken, die daaruit rechten kon afleiden en daaruit aanspraken verkreeg welke door het aannemen der wraking opgeheven zullen worden. Ook deze moet alzoo in de gelegenheid gesteld worden aan het geding over de wraking deel te nemen gelijk wij zien zullen.

De beslissing des rechters zal afhangen van de vraag of de procureur toen hij de handeling verrichte eene schriftelijke volmacht had, of de partij hem die had gegeven zooals art. 263 zegt. Indien hij dus deze tegenover de wraking kan vertoonen doet het er niet toe of hij die bij het verrichten der handeling niet heeft overgelegd of daarvan geen melding heeft gemaakt. En wanneer de partij de handeling later mocht hebben bekrachtigd dan zal zij zeker ook hier ex art. 1844 § 2 haar recht tot wraking niet meer kunnen doen gelden. Het komt er immers op aan dat de procureur de partij niet buiten haren wil verbinden mag.

De strekking van de vordering tot wraking is in art. 263 niet volledig of niet duidelijk omschreven. Onder „de daaruit voortgevloeide akten van den processe” kan men niet dan gedwongen het vonnis brengen, vooral wanneer daarnaast van vonnissen gesproken wordt en deze vonnissen weer bepaaldelijk de zoodanigen zijn, „welke gewezen werden om de zaak in staat van wijzen te brengen” waarmede volgens den fr. tekst van het Wetboek van 1830 „jugemens d'instruction” worden bedoeld. En toch is het niet twijfelachtig dat ook eindvonnissen door de ontkenning van onwaarde worden verklaard, gelijk uit art. 270 duidelijk blijkt. Was art. 352 C. de pr. wat heel kort en vreemd gesteld, onze wetgever begaf zich bij de overbrenging in noodeloze uitweiding. Het eerste lid ware met de overige bepalingen, waaruit het nu nog weer aanvulling behoeft, beter in overeenstemming, wanneer na „kunnen ontkennen” niets meer volgde dan: „en bij eene eenvoudige akte — ontkend.” En als dit slot in eene afzonderlijke bepaling ware opgenomen zou 't ook nog beter overwogen zijn geworden. Nu slaat de in art. 263



aangegeven strekking alleen op het geval dat de wraking het voorwerp van een incident in den eersten aanleg of in het hooger beroep uitmaakt en 't verband, dat in 't Wetb. van 1830 tusschen artt. 263 en 269 met 270 bestond, is door de inlassching van art. 266—68 formeel verbroken.

Dat de vordering toekomt aan de partij wier procureur zonder volmacht heeft gehandeld behoeft geene nadere verklaring; dat ook hare erfgenamen de vordering kunnen instellen spreekt van zelf. Ook van de erfgenamen des procureurs zou in art. 264 niet gesproken zijn, indien niet de fr. wetgever in art. 355 daartoe aanleiding had gevonden in POTHIER n°. 130 die er van spreekt omdat er „autrefois, mal à propos” aan getwijfeld was. Het is geheel in overeenstemming met de beginselen van lastgeving. Een procureur wordt gedesavoueerd omdat hij geen last hebbende zijne partij niet kon verbinden; dat feit kan met zijn gevolg niet ongedaan gemaakt worden door den dood des procureurs, de daaruit ontstane gevolgen gaan met alle zijne andere rechten en verplichtingen op de erfgenamen over. Dat de wetgever eens van de erfgenamen gewagende ook weer van het geval moest spreken dat de procureur inmiddels uit zijne bediening is getreden (art. 264; „n'exerce plus ses fonctions” art. 355 C. de pr.) verklaart zich uit de vrees voor eene ongerechtvaardigde toepassing van het argumentum a contrario. Hij wordt niet aangesproken, omdat hij procureur is, maar om hetgeen hij als procureur heeft gedaan.

Het incidenteele karakter der ontkenenis wordt in de wet door de plaatsing van het onderwerp en zijne behandeling op den voorgrond gesteld. Incidenteel wordt de vordering wanneer zij in een aanhangig geding ingesteld wordt, art. 265, 269. Zij wordt eene principale, wanneer zij buiten een geding op zich zelve wordt ingesteld, waartoe art. 270 betrekking heeft.

Bevoegde  
rechter.

De vordering tot ontkenenis, hetzij incidenteel of als eene principale ingesteld, behoort tot de bevoegdheid van den rechter voor welken de ontkend wordende handeling is verricht, artt. 263, 265, 270, of van den rechter, bij wien de hoofdzaak in hooger beroep is aanhangig gemaakt. Art. 269.

Dat de kennismeming van de vordering tot wraking wordt gebracht voor den rechter voor wien de gewraakt wordende handeling verricht is, daarvoor kunnen twee redenen worden aangevoerd. Vooreerst is die

rechter met de handeling bekend en beter dan anderen in staat om zooals BOITARD zegt over de „*mérites de l'action en désaveu*” te oordeelen. De andere reden is dat de aanneming der wraking al licht zal leiden tot van onwaardeverklaring van vonnissen door dien rechter gewezen. Waar hij op ondeugdelijke stukken heeft geoordeeld is 't wenschelijk, dat hij zelf op zijn oordeel kunne terugkomen dewijl hij nu eerst de zaak beoordeelen kan zooals zij hem had behooren voorgelegd te worden.

Wanneer nu de vordering zich incidenteel voordoet dan kan dit naar de onderstelling des franschen wetgevers op tweeërlei wijze plaats hebben; óf in het geding zelf waarin de bestreden handeling werd verricht en voor dat daarin eindvonnis gewezen werd, dan is er nauwlijks aan een ander rechter te denken; óf in dit geding in hoogere instantie, in appèl; met toepassing van hetzelfde beginsel moet dan volgens art. 356 dit incident naar den lageren rechter worden gerenvoyeerd bij wien het dan den vorm van een hoofdzaak aanneemt.

De vordering tot désaveu wordt eene principale in het derde door de fransche wet onderstelde geval, dat de ontkenenis opkwam nadat de zaak bij gewijsde was afgedaan; zij staat dus niet in verband met een hangend geding, art. 362, en dan vindt de regel omtrent de bevoegdheid gemakkelijk zijne toepassing. De fr. wetgever voorziet bovendien nog in het geval dat eene buiten eenig geding verrichte handeling gedesavouéerd wordt. Dan valt evenwel de toepasselijkheid van den regel omtrent de bevoegdheid weg en wordt de vordering gebracht voor den rechter van den verweerder, art. 358. C. de pr.

Het Wetb. van 1830 dat het met veel minder bepalingen omtrent dit onderwerp meende te kunnen stellen, onderstelt in art. 224 het geval dat het geschil zich voordoet in hetzelfde geding waarin de handeling verricht werd en had in dat geval omtrent de bevoegdheid des rechters niets te bepalen. Die rechter was van zelf bevoegd. De rechter over de hoofdzaak is rechter over het incident. Kwam het incident in appèl voor, art. 225, dan werd deze laatste regel toegepast en de rechter in hooger beroep bevoegd verklaard dit punt te beslissen. De eerste straks vermelde reden voor de bevoegdverklaring van den rechter voor wien de handeling verricht werd sluit de geschiktheid van den rechter in appèl niet uit; en de tweede reden is evenmin afdoende hier als bij request civiel waar ook eerst tot den eersten rechter teruggekeerd wordt als er geen appèl meer openstaat. Eindelijk wees het W. v. 1830 uitdrukkelijk den rechter aan voor wien de handeling was geschied, indien het vonnis in gewijsde was gegaan omdat dan dit vonnis zou moeten

ingetrokken worden en daartoe zeker de rechter die het wees dan alleen bevoegd te achten was. De regeling van de bevoegdheid voor de drie gevallen die zich in verband met art. 224 kunnen voordoen maakte alzoo een regel voor de bevoegdheid, zooals art. 356 C. de pr. dien stelde, overbodig. Eene bepaling als die van art. 358 C. de pr., voor het geval dat eene buitengerechtelijke handeling gedesavoueerd werd, verviel omdat art. 224, het désaveu beperkende tot handelingen in den loop van een geding verricht, er geen sprake kon zijn van een „acte sur lequel il n'y aura point instance.”

Bij de herziening in 1837 meende onze wetgever dat ook in deze afdeeling van tit. III „weder eenige te voren weggelaten bepalingen van het fransche wetboek” moesten worden opgenomen, „welke noodzakelijk zijn toegeschenen, ten einde zooveel mogelijk dit onderwerp tot volkomenheid te brengen.” V. D. HONERT Inl. op de 13<sup>de</sup> afd. Waren indertijd de bepalingen van het O. 1827 (W. 1830) toegelicht geworden, en had men in 1837 de toen noodig geachte aanvullingen grondig overwogen, men zou de meerdere volkomenheid niet in zoodanige aanvullingen hebben gevonden, die de gevolgen van eene door den rechter aangenomen ontkenenis nu meer volkomen schijnen te regelen, doch verwarring in plaats van orde hebben aangebracht.

Nu is in art. 265, art. 356 C. de pr. overgenomen, dat betrekking heeft op het geval dat de ontkenenis in eene andere instantie nl. in appèl wordt gedaan. In dat geval wil de fr. wetgever de ontkenenis naar den eersten rechter verwezen hebben en dan moest natuurlijk het geding op de hoofdzak in appèl geschorst worden, art. 357. Onze wetgever behield evenwel, in art. 269, de bepaling van 225 W. 1830, waarbij de kennisneming van de ontkenenis aan den rechter in appèl zelve opgedragen wordt. Daarom liet men in 1830 terecht en art. 356 en 357 C. de pr. weg als hare beteekenis verloren hebbende. Nu hebben we twee bepalingen teruggekregen die de afdeeling tot dien graad van volkomenheid brengen, dat zij zelfs in gevallen voorziet die, zooals artikel 265 geschreven is, niet kunnen voorkomen. Ik gis dat de wetgever zich voorgesteld heeft dat de ontkenenis plaats had niet bij een appèl van het vonnis dat op eene gewraakte handeling was geweest, maar in eene geheel andere ZAAK. Art. 265 zegt, „ofschoon ook de zaak waarin zij voorvalt voor een anderen rechter hangende is;” art. 356 zegt evenwel „encore que l'instance dans le cours de laquelle” etc., heeft daarbij het oog op het appèl en heeft dan ook over het appèl geen nadere bepaling. Nu behoeft men niet lang over de zaak na te

denken om tot de overtuiging te komen dat eene wraking in eene geheel andere zaak niet kan voortkomen. Want op handelingen in een ander proces verricht kan men zich nauwelijks beroepen; het zou wel een beroep moeten zijn op het vonnis op die handelingen gewezen, maar zou dat dan niet een gewijsde moeten zijn en is het aantenemen dat daartegen dan nog ontkenenis zou openstaan? Zie art. 270.

Had ook de wetgever in 1830, nadat hij in art. 224 het désaveu alleen had toegelaten ten opzichte van aanbiedingen enz. gedurende den loop van een geding gedaan, art. 358 C. de pr. niet terecht weggelaten dat alleen op handelingen buiten een geding verricht toepasselijk kan zijn? Had ook niet onze wetgever beter gedaan in de wederopneming van die bepaling in art. 267, niet een middel te zien om „dit onderwerp zooveel mogelijk tot volkomenheid te brengen?” Immers ook hij schreef in art. 263, en hij bleef daarbij afwijken van den Code: „Indien gedurende den loop van een geding in naam van een der partijen eenige aanbiedingen zijn gedaan en achte alleen dan het middel van ontkenenis noodig.

Ik heb in den tekst van de algemeene bewoordingen van art. 265 nog eenig gebruik gemaakt omdat ik dan het geval van art. 270 niet uitdrukkelijk en afzonderlijk behoefde te vermelden, maar ik meen in het gezegde voldoende te hebben aangetoond dat art. 265 zooals het geschreven is voor het overige, en als gevolg daarvan art. 266 evenmin als art. 267 en 268, in onze wet reden van bestaan hebben. Er is slechts één geval, waarin ik mij kan voorstellen dat art. 265 en 266 in toepassing zouden kunnen komen, wanneer men nl. aan die uitdrukking eene andere zaak niet te streng vasthoudt, nl. in cassatie. Onderstel dat aanbiedingen enz. zonder last zijn gedaan in eersten aanleg of in appél zonder dat eene ontkenenis plaats had. Men wil dit alsnog doen en beroept er zich op in cassatie. Het vonnis is dan wel in het hoogste ressort gewezen, maar niet in gewijsde gegaan, in ieder geval is de executie door de cassatie geschorst. De ontkenenis staat dan nog open volgens art. 270, maar de H. Raad kan daarvan in cassatie geen kennis nemen. Nu zou art. 266 te baat kunnen worden genomen om het geding in cassatie te doen schorsen. Werd dan de wraking aangenomen zou wel het geding in cassatie bij gebreke van voorwerp vervallen of om de kosten met eene niet-ontvankelijkverklaring kunnen eindigen, en werd zij verworpen zou het kunnen worden voortgezet. Doch is het zeer gewaagd te meenen dat de wetgever aan dit geval niet dacht vooral omdat de

schorsende kracht van de cassatie hier invloed oefent en deze lang twijfelachtig is geweest?

Aanm. Wanneer men bij de wording van onze wet, het Wetboek van 1830 niet raadpleegt maar den tegenwoordigen tekst van de 13<sup>de</sup> afd. naast die van tit. 18 van den C. de pr. legt, dan kan ik mij voorstellen dat men uit het nauwe verband van art. 269 met 268 gaat redeneeren als OUDEMAN I § 136 bl. 304 en Opm en Med. XI. bl. 157, en PENNINGK ad art. 268 en dat men tot eene opvatting van art. 269 komt met de door ons aangegevene in strijd. Let men op den oorsprong van art. 269 uit art. 225 W. 1830, en ziet men hoe onnadenkend art. 267 werd nageschreven en hoe weinig doordacht art. 265 werd opgenomen, dan is er geen twijfel dat de wetgever in art. 269 niet, zooals OUDEMAN meent, gedacht heeft aan een beroep op de in eersten aanleg deugdelijk verklaarde ontkenenis. Hoe zou er dan van een doen vervolgen van de zaak ten principale sprake kunnen zijn? OUDEMAN ziet over het hoofd dat CARRÉ door hem aangehaald dan ook niet van een voortzetting der zaak spreekt, maar van „seront mises hors de cause.”

Vorm van  
procedure.

De vordering tot ontkenenis wordt gedaan in den vorm van een verzoek aan den rechter, voor wien de gewraakte handeling verricht werd of aan den rechter in appèl indien de vordering betreft handelingen in den eersten aanleg verricht.

Wordt de vordering gedaan in den eersten aanleg zelve, waarin de handeling werd verricht, dan geschiedt zij bij eenvoudige acte aan den gewraakten procureur met dagvaarding tegen den aangewezen recht-dag tot verwerping op de wraking.

Wordt de vordering in den aanleg van hooger beroep gedaan dan wordt zij op dezelfde wijze ingesteld bij den rechter in hooger beroep.

Wordt de vordering ingesteld onafhankelijk van een hangend geding dan kan zij wel in den vorm van een verzoek gedaan worden, maar de beteekening van dit verzoek zal noodzakelijk moeten vergezeld gaan van eene dagvaarding van den gewraakten procureur en van de tegenpartij in het geding waarin de ontkende handeling verricht werd, op welke het in het hoogste ressort gewezen of in kracht van gewijsde gegeven vonnis is gewezen.

In al deze gevallen wordt het geding in zake van wraking als

eene summiere zaak behandeld en zelfs op korten termijn indien daartoe gronden zijn. Art. 263, 269, 270, 272.

Het Openbaar Ministerie moet in deze zaken gehoord worden. Art. 324 n°. 12.

De verschillende omstandigheden waaronder zich de vordering tot wraking kan voordoen zijn bij de behandeling van den in dezen bevoegden rechter ontwikkeld en met het oog daarop is dan ook hier de wijze van behandeling der vordering in die verschillende omstandigheden voorgesteld. De wetgever die door de overneming van bepalingen uit het fr. wetb. deze afdeling tot meerdere volkomenheid wilde brengen had ten dien opzichte nog wel iets aan te vullen of te verduidelijken gehad, wat ook de fr. wetgever verzuimde en de beknopte behandeling van het onderwerp in W. 1830 minder noodzakelijk maakte.

Het komt mij voor dat voor den gang der procedure in het algemeen de boven voorgestelde met de wet overeenkomstig is, en dat waar de wet op de omstandigheid waaronder de vordering ingesteld wordt niet in 't bijzonder lette, zij in de boven aangegeven wijze naar haren geest is toegepast.

Dat de vordering als incident voorkomende bij eene eenvoudige acte van procureur tot procureur wordt aangebracht is niets ongewoons, wanneer men maar de mogelijke beteekenis van zulke eenvoudige acte in het oog houdt waaruit volgt, dat zij niet altijd en ook niet hier, waar natuurlijk de gronden waarop de vordering steunt daarin moeten worden opgenomen, zoo heel eenvoudig er kan uitzien. Zie Dl. II bl. 70.

Beteekening bij eenvoudige acte is iets gewoons, als het incident in eene zaak van gewone behandeling voorkomt. Arg. art. 247 zal dit regel zijn, en dat het incident dan bij conclusie ter audientie wordt gebracht volgt uit het voorschrift van art. 272 dat de summiere behandeling daarvan beveelt. Het instellen van de vordering bij conclusie ter audientie is voor incidenten in zake van summiere behandeling algemeen voorgeschreven in art. 141. Hier zal er evenwel eene beteekening van die conclusie aan den procureur der tegenpartij moeten bijkomen omdat deze voor dit geval zonder onderscheid is voorgeschreven in art. 263, en deze ook hier noodig kan zijn om den procureur van de tegenpartij te verwittigen van den dag tegen welken de gewraakte procureur is gedagvaard volgens art. 263 § 2 en 3.

Ik heb van den vorm van verzoek gesproken om de woorden van art. 263 „zal den rechter kunnen verzoeken” maar een formeel verzoekschrift is daarmede niet voorgeschreven en de conclusie ter audiëntie, die toch pleegt te eindigen met een: „dat het den rechter behage te verstaan”, beantwoordt daaraan voldoende. Wat evenwel dat procederen bij eenvoudige acte van procureur tot procureur eenigszins moeielijk maakt is, dat daarbij voorondersteld wordt dat de wederzijdsche procureurs van partijen als hare vertegenwoordigers met elkander in het proces verhandelen, en dat hier juist de procureur van de eischende partij in het incident voor haar niet fungeeren kan, dewijl zij tegen hem optreedt. Bij die acte van beteekening zal dan een ander procureur moeten optreden die dan tevens te kennen geeft voor dat incident gesteld te zijn. Doch 't ligt wel in den aard der zaak, dat die gewraakte procureur reeds vooraf of althans gelijktijdig door een ander vervangen zal zijn volgens art. 136.

Eene andere bijzonderheid is deze dat de gewraakte procureur nu niet meer als vertegenwoordiger eener partij maar voor zich zelve persoonlijk in het geding komt en dat alzoo een derde bij procureurs-acte in een tusschen anderen hangend geding geroepen wordt. Maar daarom krijgt die eenvoudige acte hier, al wordt de vorm er eenigszins door gewijzigd, het karakter eener dagvaarding, art. 263 § 2. Men zie de formulieren van de acte tot ontkenenis bij OUDEMAN form. n<sup>o</sup>. 104 en bij v. D. HONERT formulierboek n<sup>o</sup>. 123. Zij moet dan ook den dag der verschijning in rechte aanwijzen wat nu de aan de tegenpartij beteekende acte ook moet inhouden. Voor die dagvaarding moet de gewone termijn in acht genomen worden ten zij verlof verleend wordt om op korten termijn te dagvaarden waar art. 272 op wijst, en de gedaagde procureur zal procureur moeten stellen, al stelt hij zich zelve.

Indien de procureur intusschen uit zijne bediening mocht geraakt zijn of wanneer hij overleden mocht zijn valt ten zijnen aanzien de beteekening bij procureurs-acte weg en moet de oproeping wel bij eene dagvaarding geschieden. Onze wetgever drukt dat niet zeer duidelijk uit door in art. 264 te zeggen dat in deze gevallen de ontkenenis „door een deurwaarder zal worden beteekend” want de beteekening van procureurs-acten geschiedt ook door een deurwaarder, maar de fransche wetgever zeide het in art. 355 duidelijker „sera signifié par exploit avec assignation” en dat deze de bedoeling is blijkt ook uit hetgeen volgt, dat nl. aan de tegenpartij de ontkenenis dan bekend

wordt gemaakt bij akte van procureur tot procureur. Bij zoodanige procureurs-akte kan dan een afschrift van de tegen den procureur of diens erfgenamen uitgebrachte dagvaarding beteekend worden. V. D. HONERT Formulierboek n<sup>o</sup>. 124, 125. De procureur of diens erfgenamen worden nu niet gedagvaard voor den rechter van hun domicilie, maar zij zijn als in 't geval van vrijwaring onderworpen aan den rechter die over de hoofdzaak oordeelt.

Dat in appèl op dezelfde wijze ter zake van het incident geprocedeerd wordt is duidelijk genoeg. Ook daar zal men door de ontkenenis in de eerste plaats de verrichte handelingen en de daarop gewezen vonnissen om de zaak in staat van wijzen te brengen (jugemens d'instruction) doen vernietigen en of dan het eindvonnis zelf vernietigd moet worden, zal de verdere behandeling der zaak ten principale leeren. Al is het waarschijnlijk dat ook die hoofdzaak wel anders zou beslist zijn, indien de nu vernietigde handelingen niet hadden plaats gehad, a priori staat dit toch volstrekt niet vast. In W. 1830 kwam dit in art. 225 duidelijk uit. Het artikel verwees naar het daar voorafgaande art. 224 (ons art. 263) en kan dus niet anders zeggen dan dat de ontkende handeling en de daarop gewezen vonnissen van instructie werden vernietigd. Als de aangenomen ontkenenis ook reeds de vernietiging van het eindvonnis waarvan appèl ten gevolge moest hebben, hoe zou er dan nog sprake kunnen zijn van het vervolgen der zaak ten principale? Ons art. 269 verwijst met „de nietigheid der in het voorgaande artikel vermelde akten en vonnissen” niet meer naar art. 263 waarop het in W. 1830 volgde, maar naar het tegenwoordig art. 268 hetwelk in het algemeen spreekt van het vonnis hetwelk op de ontkende verrichting is gewezen en dat is toch zeker ook het eindvonnis waarvan hooger beroep is ingesteld. Art. 268 is ook in 1837 tot meerdere volkomenheid, weer uit de fr. wet, art. 360, overgenomen, maar was het daar misschien op zijn plaats, wij kunnen het missen voorzoover het terugslaat op art. 265, 266 en 267 die wij gezien hebben dat voor toepassing zoo goed als niet vatbaar zijn, terwijl wij het voor de gevallen van art. 263, 269 en 270 niet noodig hebben omdat deze bepalingen beter zeggen datgene wat wij daarvoor uit art. 268 zouden afleiden. De slotwoorden van art. 269 „en de zaak ten principale doen vervolgen” behoeden ons voor de verkeerde gevolgtrekking die uit art. 268 anders zou kunnen gemaakt worden.

Wanneer de hoofdzaak in appèl hangende is en de gewraakt wordende procureur inmiddels uit zijne betrekking is getreden of is overleden



of-niet in de zaak in appèl dient, wordt hij of worden zijne erfgenamen in den aanleg van het hooger beroep gedagvaard als in eersten aanleg naar aanleiding van art. 264.

De vordering wordt ingesteld onafhankelijk van een hangend geding.

Wil men hier den vorm van een verzoek aan den rechter behouden, dit kan met de woorden van art. 263 verdedigd worden. Maar van eene beteekening bij procureurs-acte kan hier geen sprake wezen. Partijen staan niet tegenover elkander in een geding, hebben dus geen procureur. Zij zullen dien eerst krijgen als zij over de wraking geding gaan voeren. En dit geding moet aanvangen met eene dagvaarding. Wil men daaraan een verzoek laten voorafgaan en de dagvaarding in de beteekening daarvan doen bestaan, zij zal de middelen aan het verzoek ontleenen en ook aan de verdere vereischten van dagvaarding kunnen maar ook moeten voldoen.

Hoogste ressort of kracht van gewijsde. Zoodra een vonnis in het hoogste ressort gewezen is, is duseene afzonderlijke vordering noodig; alzoo kan in het geding in cassatie geen ontkentenis plaats hebben als in appèl volgens art. 269. Daar zou de behandeling hierboven op bl. 213 aangewezen te pas kunnen komen. In het geval van art. 270 wordt de strekking van de vordering natuurlijk een andere. Dan vraagt men op grond van de wraking die men natuurlijk gegrond acht intrekking van het eindvonnis. De rechter zal die daarom niet altijd uitspreken. Want al vernietigt hij de acten, het kan zijn dat hij het eindvonnis als wel daarop maar niet onder den invloed daarvan gewezen beschouwt.

Terwijl hier nu in het geheel van eene beteekening bij procureurs-acte geen sprake kan zijn, wordt de gewraakt wordende procureur of zijne erfgenamen met de personen die partij in de zaak geweest zijn waarop het in te trekken vonnis werd gewezen gedagvaard, en dit ook voor den rechter niet van hunne woonplaats of die van een hunner maar voor den rechter die het vonnis heeft gewezen, art. 270. Dat de vroegere tegenpartij moet gedagvaard worden zegt art. 270 niet uitdrukkelijk; het ligt in den aard der zaak en wordt bevestigd door de ofschoon nu overbodige bepaling van art. 265.

Hangende het geding over de ontkentenis wordt in dit geval de tenuitvoerlegging van het vonnis geschorst. Art. 270 § 2. En indien

dat vonnis voorloopig uitvoerbaar verklaard was? Ook dan; want dit geschiedt alleen niettegenstaande verzet, hooger beroep of cassatie. En zoo vervalt ook de vordering tot wraking zoodra het vonnis ten uitvoer gelegd is. Dat kan hier niet anders beteekenen dan tenuitvoergelegd zonder dat de partij zich daartegen verzet heeft, dus dat de t.u.legging is afgelopen. De fransche wetgever maakt hier de bepaling omtrent verstek-vonnissen toepasselijk met een termijn van acht dagen „à dater du jour où le jugement devra être réputé exécuté aux termes de l'art. 159.”

Wanneer het verzet niet binnen den tijd dat daartoe gelegenheid wordt gegeven plaats vindt, valt de mogelijkheid van wraking weg, de handelingen binden nu niet omdat zij in naam van de partij verricht werden, maar omdat zij nu mogen geacht worden stilzwijgend te zijn bekrachtigd. Ik kan daarom niet met DE PINTO II § 191, 3<sup>o</sup> bl 396, aannemen dat, ofschoon de intrekking van het vonnis niet meer kan worden verkregen, de actie tot schadevergoeding nog tegen den procureur zou openstaan. Allermint wordt dit bewezen door de woorden van art. 271, die de actie tot schadevergoeding tegen den procureur toekennen, wanneer de eisch tot ontkentenis tegen hem wordt toegewezen. Er moet dan nog een eisch tot ontkentenis tegen hem mogelijk zijn, en art. 270 sluit die, in het door DE PINTO onderstelde geval, uit, omdat het hoofdvoorwerp van den eisch tot ontkentenis in het daar behandelde geval d. i. de intrekking van het vonnis, dáárvan afhankelijk wordt gesteld, dat het vonnis nog niet is ten uitvoergelegd.

Terwijl naar den algemeenen regel ook in dit geding, hetzij incidenteel hetzij als hoofdzaak aangelegd, de partij die in het ongelijk wordt gesteld, in de kosten wordt veroordeeld, kan nog bovendien de in het ongelijk gestelde procureur niet alleen jegens den eis cher maar ook jegens de andere partij en evenzoo de eis cher, indien de wraking wordt afgewezen, tot vergoeding van kosten, schaden en interessen worden veroordeeld, indien daartoe gronden zijn

Vergoeding van kosten, schade en interessen.

De procureur kan door den rechter in zijne bediening worden geschorst of daarvan ontzet. Art. 271.

In het Wetb. van 1830 bevatte art. 227 eenvoudig deze bepaling: „Celle des parties qui succombe en matière de désaveu sera condamnée aux dommages et intérêts s'il y a lieu.” Bij de herziening werd aanvankelijk deze bepaling weggelaten en daarvoor in de plaats gesteld,

dat de procureur tegen wien de eisch wordt toegewezen zou kunnen worden geschorst of ontzet. Zoo werd weggelaten wat noodig kon zijn te bepalen, bepaald wat hier weinig op zijn plaats was. Toen op het behoud van art. 227 werd aangedrongen ook omdat er anders eene gaping zou zijn in geval dat de procureur overleden is, of geene zaken meer waarneemt, kwam men tot art. 360 C de pr. terug en nam het tweede gedeelte daarvan nagenoeg geheel over.

Het kon noodig zijn, zeide ik, van die veroordeeling tot schadevergoeding uitdrukkelijk te spreken. Niet wat den in het ongelijk gestelden procureur betreft tegenover zijne partij. Jegens deze is hij zeker ex art. 1838 B. W. aansprakelijk. Maar dat hij ook tot schadevergoeding wordt aansprakelijk gesteld jegens de andere partij dat had eene uitdrukkelijke bepaling noodig als het recht daartoe moest toegekend worden. Het werd geleerd door POTHIER du mandat n°. 130: „D'un autre côté, ce procureur, en se portant fausement pour avoir pouvoir de moi, s'est obligé envers la partie contre qui il occupait, aux dommages et intérêts résultant de l'erreur dans laquelle il l'a induite.” Lettende op de gevallen waarin onze wet de ontkenenis toelaat, zou ik meenen dat aan die tegenpartij kan worden tegengeworpen dat zij door eigen schuld schade lijdt omdat zij naar des anderen volmacht niet heeft gevraagd en terwijl zij daartoe zelve een procureur heeft, zou men haar met hare actie tegen haren nalatigen procureur voldoende beschermd kunnen achten. Noodig was ook de bepaling dat de in het ongelijk gestelde eischer aan eene actie tot schadevergoeding zou blootstaan. Immers draagt men het nadeel van een ingestelden eisch die wordt afgewezen in de vergoeding der proceskosten. Maar daarmee is in casu de schade, die vooral de procureur kan hebben geleden in zijne betrekking door eene rechtsvordering die tevens eene beschuldiging van plichtverzuim tegen hem inhoudt, niet goed gemaakt.

„Le désavoué sera condamné” zeide art. 360 C de pr. Waarom bleef men bij de herziening van procureur spreken, niettegenstaande art. 227 W. 1830 algemeener sprak van de partij en de aanmerking gemaakt was dat in het geval dat de procureur overleden was of geene zaken meer waarneemt, niet was voorzien? Het gevolg zal kunnen zijn dat nu de verplichting tot schadevergoeding jegens de tegenpartij voor de erfgenamen des procureurs wegvalt, maar de uit zijne betrekking getreden procureur wordt wegens eene handeling, die hij als procureur verrichtte aangesproken en veroordeeld en op hem is dus ook de letter van art. 271 toepasselijk. Dat voorts de erfgenamen van den

procureur jegens de partij zelve aansprakelijk zijn, kan de beperkende bepaling van art. 271 niet beletten omdat zij het van elders zijn.

Het zal nauwlijks noodig zijn op te merken dat deze schadevergoeding door den rechter niet wordt uitgesproken indien zij niet wordt gevorderd. De tegenpartij zal, ofschoon in dit geding gedaagde, op grond van dit artikel tot de veroordeeling van den procureur ook jegens haar kunnen concludeeren. En zoo zal zij ook en a fortiori, als zij den eisch niet tegenspreekt den procureur jegens haar in de kosten doen veroordeelen. Met referte aan het oordeel des rechters kan zij veroordeeling jegens haar in de kosten vragen van de in het ongelijk gestelde partij. Eene referte kan hier niet schaden omdat de tegenpartij, ofschoon medege-daagde, tot het instellen der vordering geen aanleiding gaf Verg. Dl. II, bl. 187.

Van eene mogelijke schorsing of ontzetting van den procureur behoorde hier niet gesproken te worden. Want de onderstelling is, dat de rechter die schorsing of ontzetting bij deze gelegenheid en derhalve in het tusschen deze partijen te wijzen vonnis uitspreke. Maar dit is geene zaak tusschen de partijen Al kan het O. M., dat moet gehoord worden, aan zijne conclusie een requisitoir tot schorsing of ontzetting toevoegen, het brengt een onderwerp in het geding dat er niet toe behoort. Overigens valt het niet te ontkennen dat eene schorsing niet alleen, maar ook eene ontzetting hier verdiend kan zijn. Terwijl nu het reglement n<sup>o</sup>. 3 zonderling genoeg alleen van schorsing sprak, bevatte de wet in art. 271 om die reden geene overbodige bepaling, maar het is duidelijk dat het reglement, hetwelk eene algemeene bepaling bevat voor het gevolg dat „misslagen, verzuimen of inbreuken door de procureurs begaan” kunnen hebben, onvolledig was toen het hen onderwierp aan dezelfde straffen van waarschuwing, berisping of schorsing, als ten aanzien der Advocaten is bepaald, zonder in de plaats van schrapping van het tableau, daar ontzetting bijtevoegen, art. 28 van het Reglement. Bij art. 14 van het K. B. van 1 Juni 1879 n<sup>o</sup>. 107 is art. 28 evenwel met „de ontzetting uit hun beroep” aangevuld. Men zou alleen kunnen vragen of van ontzetting uit een beroep dat niet door eene aanstelling verkregen wordt eene gepaste nitdrukking is.

Bij het kantongerecht kan van eene wraking van gerechtelijke handelingen alleen sprake zijn, wanneer de partijen of een harer niet in persoon maar bij gemachtigde zijn verschenen.

Kanton-  
gerecht.

Er kan alleen in het aangewezen geval sprake zijn van eene ontkenenis omdat deze altijd betreft eene handeling door een lasthebber zonder last verricht. Maar de vraag is of in het geheel de bepalingen van art. 263 vv. wel op de procedure bij de kantongerechten van toepassing zijn. Toen de Regeering de herziening van de bepalingen van het W. 1830 voordroeg, ving zij hare Mem. v. toelichting aan met de woorden: „Een procureur, of ook in gevallen, waar zulks te pas komt, een bijzonder gemagtigde, kan zich hebben te buiten gegaan in sommige verrichtingen in iudicio.” Hier stelde zij zich duidelijk de toepasselijkheid van de 13<sup>de</sup> afd. ook bij het geding voor het kantongerecht voor. Ook was het tegenwoordig art. 125 geheel gelijklopend met art. 115 W. 1830 voorgedragen en daarin werd ook de afd. de ontkenenis van geregtelijke akten toepasselijk verklaard. De wijzigingen die naar aanleiding van de aanmerkingen der eerste afdeling van de tweede kamer in het artikel gebracht werden, strekten om het in overeenstemming te brengen met de voor den derden titel voorgestelde wijzigingen en de afdeling wees daarbij aan dat o. a. in plaats van ontkenenis van gerechtelijke akten moest gelezen worden: ontkenenis van gerechtelijke verrichtingen. „Deze aanmerkingen,” zegt V. D. HONERT op art. 125, „hebben aanleiding gegeven dat bij de nieuwe redactie deze bepaling is vastgesteld op de wijze als dezelve hierboven is vermeld.” En nu ziet men dat de verwijzing naar de bepalingen van den III<sup>en</sup> titel opzichtelijk de ontkenenis van gerechtelijke verrichtingen geheel is weggefallen. Is de wetgever later van gedachten veranderd en is deze wijziging in het art. gemaakt zonder dat er een woord over voorviel, niettegenstaande de Regeering zelve blijkens hare toelichting van de 13<sup>de</sup> afd. en de afdeling der 2<sup>de</sup> kamer met de Regeering bij de wijziging van art. 125 aan de toepasselijkheid niet twijfelde? Er zoude een reden voor kunnen gevonden worden. Wanneer men nl. den grond voor het désaveu uitsluitend zoekt in een vermoeden dat de procureur die als zoodanig handelt ook voor andere handelingen dan die tot de instructie van het proces behooren gemachtigd is en dat de aannemelijkheid van dit vermoeden met de betrekking van procureur als zoodanig verband houdt, dan ligt de uitsluiting van het désaveu bij het kantongerecht voor de hand. Maar men blijft dan toch aan een der gronden, waarop de instelling steunt, hangen en hechte daarbij nog te veel aan het karakter dat de officieele betrekking aan den procureur geeft, zonder te vragen of ook, wanneer iemand de behandeling zijner zaak aan een gemagtigde

toevertrouwt deze niet, ja zelfs niet nog wel meer, voorhands mag vermoed worden tot aanbiedingen enz. gemachtigd te zijn, daar zijne betrekking niet als die des procureurs door wettelijke regeling tot de instructie van het proces beperkt is. Bovendien, en daarop komt het hier vooral aan, men zag over het hoofd dat de buiten last verrichte handelingen van den procureur hier daarom niet voor de partij als niet geschied kunnen aangemerkt worden, wijl daarop is voortgeprocedeerd en daarop vonnissen zijn of kunnen worden gewezen welke voor de partij bindende zouden zijn; gelijk ik hierboven aantoonde. De grond der instelling ligt dus niet in de vertegenwoordiging door een procureur als zoodanig, maar in de vertegenwoordiging door den procureur als gemachtigde voor het proces. Daarin bestaat tusschen hem en den gemachtigde bij een kantongerecht geen verschil. De bepaling van artt. 263 vv. moeten dus op het geding bij het kantongerecht toepasselijk zijn. Hoe aannemelijk nu de meening zij, dat art. 125, door er niet naar te verwijzen, ze schijnt uittesluiten, zij zijn het toch niet, omdat de IIde titel bijzondere bepalingen voor de kantongerechten bevattende, blijkens den inhoud daarvan, afwijkingen bevat van die van den IIIe titel al heeten ook deze bijzondere bepalingen in het opschrift van het IIIe boek. Voor zoover dus van tit. III in tit II niet is afgeweken is hij ook voor de kantongerechten toepasselijk. Voor wie deze redeneering niet overtuigend is, hij bedenke dat art. 125, alleen bij gevolgtrekking, niet uitdrukkelijk, de toepasselijkheid van art. 263 vv. uitsluit; dat dus tit. II over dit onderwerp zwijgt en dat, bij dat stilzwijgen van de wet, de analogische toepassing van onze afdeling niet twijfelachtig is. Dat men daarmede ook des wetgevers wil niet wederstreeft kan des noods de geschiedenis van de regeling van dit onderwerp leeren. Anders denken over het hier ontwikkelde vraagpunt OUDEMAN I § 133, DE PINTO II § 186, blz. 393 v.

#### AFDEELING VI.

### INCIDENTEN BETREKKING HEBBENDE OP DE RECHTERS OF HET GERECHT.

#### § 91. WRAKING VAN RECHTERS. (\*)

Wraking van rechters is de weigering van eene gedingvoerende partij Wraking van rechters.

(\*) P. C. E. SPECHT GRIP Acad. proefschr. over de wraking van den rechter ontwikkeld volgens de beginselen van het Ned. W. v. B. R. Leiden 1858.

om het geschil te laten beoordeelen door den rechter of een of meer rechters van het college, aan welks oordeel het onderworpen is, op grond dat de onpartijdigheid des rechters bij de beoordeeling van het geschil, om bepaalde bij de wet aangewezen redenen, verdacht is.

De Code de proc. behandelt dit onderwerp in art. 44—47 voor de vredegerechten, in art. 378—393 voor de tribunaux inférieurs. Onze wetgever maakte er algemeene bepalingen van in tit. I afd. 3 art. 30—43 en vermeed daardoor herhaling en gebrek aan overeenstemming, ook geen twijfel meer overlatende omtrent toepasselijkheid op hoogere gerechten. Intusschen bleef de Code, die op zijne beurt de Ord. van 1667 volgde (tit. XXIV), de hoofdbron. De afwijkingen zijn niet altijd verbeteringen. Eenige verbeteringen onderging het Wetb. van 1830 bij de herziening tengevolge van de regeling van dit onderwerp in het Wetb. Strafv. tit. XVI. Art. 43 werd afgeschaft bij de Wet van 9 April 1837 n°. 55. — Tot toelichting van het onderwerp verdient vergeleken het Ontw. Burg. Regtsw. B. I tit. III, hetwelk vele zijner bepalingen ontleende aan het Ontwerp Strafvordering van 1863, tit. XII. afd. 2.

Rechtspraak kan niet aan haar doel beantwoorden, zij kan geene rechtszekerheid geven, als zij niet wordt uitgeoefend door een derde onpartijdig persoon. Niemand kan rechter zijn in zijne eigene zaak. Dit beginsel moet een rechter in al die gevallen van de rechtspraak uitsluiten waarin te verwachten is dat redenen van bijzonder belang, neiging of gezindheid aan zijn oordeel eene andere richting kunnen geven dan waarheen een onpartijdig onderzoek hem zou leiden. De eed door den rechter afgelegd, dat hij zijn post met eerlijkheid, nauwgezetheid en onzijdigheid, zonder aanzien van personen, zal waarnemen, moge een waarborg geven voor zijne ernstige gezindheid om aldus te handelen, — waar de bijzondere belangen in het spel zijn, levert die eed voor de gedingvoerende partijen geen voldoende grond om eene verdenking van partijdigheid uittesluiten met welke de onafhankelijkheid des rechters zich niet verdraagt (zie I bl. 128.). Onze wetgever begreep terecht, dat de eed des rechters geen in alle gevallen afdoende waarborg voor zijne onpartijdigheid zijn kon, maar evenmin achtte hij de bewering alleen van mogelijke partijdigheid door een der partijen voldoende om die aan te nemen en de rechter van de kennisneming van het geding uittesluiten. Tegenover een ongemotiveerd wantrouwen der partij, staat de opdracht van het rechterambt, door den Staat en de door den rechter afgelegde eed zoo niet met vernietigende dan toch

met daartegen opwegende kracht. Wordt er eene bepaalde reden aangevoerd en deze gegrond bevonden, dan is het anders. Doch ook die reden, hoe bepaald geformuleerd en hoe volkomen haar bestaan bewezen zij, kan, wat hare kracht betreft om werkelijk 's rechters partijdigheid verdacht te maken, niet alleen van de waardeering der gedingvoerende partij afhankelijk zijn.

Ook mag zij niet alleen van de waardeering des rechters zelven afhankelijk gelaten worden. Wil men zooveel mogelijk misbruik voorkomen dat er van de wraking der rechters, tot kwetsing van hunne waardigheid en tot chicaneuze verlenging van het geding, kan gemaakt worden, dan moet de wetgever, gelijk de onze deed, de wraking alleen toelaten om bepaalde in de wet uitgedrukte redenen. In dit opzicht heeft onze wetgever, duidelijker dan de fransche, in art. 44 en 378 C. de Pr., en volkomen ondubbelzinnig, de uitsluitendheid der in de wet opgenoemde redenen aangegeven in art. 30, waar hij uitdrukkelijk bepaalt: „Geen rechter zal mogen gewraakt worden dan om de navolgende redenen” en het ontwerp hield zich daaraan I tit. III art. 6 jo. art. 1. De ordonnantie liet in art. 12 ook andere dan de bepaaldelijk opgenoemde redenen toe, eveneens de wetgever van Genève art. 98—109. Het stelsel van de Ordonn. wordt verdedigd door SPECHT GRIJP bl. 41. In de N. Bijdr. XVI bl. 229 gaf ik aan onze wet de voorkeur. Onze wetgever had evenwel na het aannemen van dit stelsel, minder schroomvallig voor de vermeende eer en waardigheid des rechters bij de regeling der procedure kunnen zijn. De Civilprozessord. volgt in B. I tit. 4 § 41 sqq. een ander systeem; zij stelt een zestal absolute redenen van uitsluiting (Ausschliessung) op den voorgrond en laat dan verder (§ 42) wraking (Ablehnung) toe, „wegen Besorgniss der Befangenheit, wenn ein Grund vorliegt, welcher geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen,” zonder nadere bepaling.

De wet laat de wraking toe om de volgende redenen:

Redenen van  
wraking.

- 1°. persoonlijk belang des rechters bij het geschil;
- 2°. betrekking van bloedverwantschap of zwagerschap tot in den vierden graad met eene der partijen;
- 3°. binnen het jaar vóór de wraking heeft op beklag van den rechter eene vervolging tegen eene der partijen of tegen een echtgenoot of bloedverwanten en aangehuwden in de rechte lijn van eene der partijen plaats gehad (art. 3 der wet van 1884 n°. 94).



- 4°. een schriftelijk advies door den rechter in de zaak gegeven ;
- 5°. ontvangen van geschenken of aanneming van eene belofte van geschenken hangende het geding van iemand die bij de zaak belang heeft ;
- 6°. de rechter, zijne vrouw, hunne bloedverwanten of aangehuwden in de rechte lijn hebben een geschil over een gelijksoortig onderwerp als hetwelk tusschen partijen in geschil is ;
- 7°. er is een burgerlijk rechtsgeding aanhangig tusschen den rechter, zijne vrouw, hunne bloedverwanten of aangehuwden in de rechte lijn, en eene der partijen ;
- 8°. de rechter is voogd, toeziende voogd, curator of toeziende curator, vermoedelijk erfgenaam, begiftigde van een der partijen, of een van de partijen is vermoedelijk des rechters erfgenaam ;
- 9°. de rechter is bestuurder van een zedelijk lichaam, stichting of vennootschap, die partij in de zaak is ;
- 10°. hooge graad van vijandschap met eene der partijen ;
- 11°. beleedigingen of bedreigingen sedert den aanleg van het rechtsgeding of binnen zes maanden vóór de wraking den rechter door eene der partijen of eene der partijen door den rechter aangedaan. Art. 30.

Uitgaande van het beginsel dat tot grondslag ligt aan den regel: „Niemand rechter in zijn eigen zaak”, heeft de wetgever in al zoodanige gevallen den rechter van de beoordeeling eener zaak uitgesloten, waar eigen belang, neiging of gezindheid ten opzichte van eene der partijen, hem anders kunnen doen oordeelen dan de onpartijdigheid eischt, zóó dat er reden bestaat om, niettegenstaande beter voornemen, voor partijdigheid te vreezen.

Het bestaan van zoodanige redenen is van den rechter dikwijls geheel onafhankelijk en dat, bij het bestaan daarvan, zijne onpartijdigheid verdacht wordt, behoeft, waar de wetgever de redenen aangeeft en op allen gelijkelijk van toepassing verklaart, geen rechter te krenken. Het voorstellen van eene wraking wordt daarom ook voor de waarheid des rechters van veel minder gewicht. Hij kan dit voorkomen door zich te verschoonen en, deed hij dit niet, dan kan 't geschil tusschen hem en de partij loopen over het al of niet bestaan der redenen, maar vooral over de vraag of de aangevoerde redenen werkelijk vallen in de termen der wet. Alleen de reden sub 5° vermeld,

als onderstellende handelingen des rechters in strijd met zijn eed verricht, en die eene overtreding der strafwet medebrengen, wat ook in 't geval van n<sup>o</sup>. 11 mogelijk zou kunnen zijn, zouden hem, zoo zij werkelijk bestonden, in zijn goeden naam kunnen benadeelen; maar wanneer er vooral over die sub 5<sup>o</sup> gemompeld wordt, is 't voor den rechter zelven van belang, dat een rechterlijk onderzoek aan 't licht brenge dat hij niet schuldig is of voor het algemeen belang dat het schroomelijk plichtverzuim geconstateerd worde. Daarom ben ik van meening dat onze wetgever zich bij de regeling der procedure voor de eer en waardigheid van het rechterambt minder schroomvallig had kunnen toonen.

Ad n<sup>o</sup>. 1. Het persoonlijk belang, dat wel in art. 44 C. de Pr. doch niet in art. 378 werd genoemd, heeft den wetgever waarschijnlijk de bepaling van art. 378 n<sup>o</sup>. 4 overbodig doen achten. Wanneer althans de rechter een proces voert, waarover eene der partijen als rechter heeft te oordeelen, zou men, aan het „hodie mihi eras tibi” gedachtig, wel kunnen aannemen dat een persoonlijk belang hem stemt ten gunste van de partij, die straks zijne zaak zal beoordeelen. Minder twijfelachtig zal dikwijls het persoonlijk belang zijn, waar de rechter debiteur of crediteur van eene der partijen is.

Ofschoon b. v. in n<sup>o</sup>. 6 en 8 voorbeelden van een zijdelingsch belang voorkomen, zou 'k daarom toch met OUDEMAN I bl. 44 van oordeel zijn dat onder n<sup>o</sup>. 1 zoowel een zijdelingsch als een dadelijk belang begrepen is. De wet eischt alleen dat het belang een persoonlijk belang des rechters zij; van hem zelven, niet van zijne vrouw bv. voor zoover dit niet uitdrukkelijk elders genoemd wordt. Het bestaan van belang zal van 't oordeel des rechters afhangen doch bepalingen als van n<sup>o</sup>. 6 en 8 kunnen hem tot leiddraad strekken bij zijne waardeering.

Ad n<sup>o</sup>. 2. Terecht in het ontwerp vereenigd met n<sup>o</sup>. 8 en aangevuld met echtgenoot en gewezen echtgenoot. Bij zwagerschap moet art. 352 B. W. niet uit het oog worden verloren.

De C. de Pr. kende nog een ander gevolg aan de betrekking van bloedverwantschap en zwagerschap toe. Indien nl. een der leden van een rechterlijk collegie twee bloed- of aanverwanten had tot in den vierden graad of drie in een hof; of indien de partij zelve, lid zijnde van een rechtbank, één of, lid zijnde van een hof, twee verwanten in denzelfden graad onder de leden van het college had, dan staat

het der andere partij vrij om te vragen dat de zaak naar een andere rechtbank of hof gerenvoeyerd wordt. Art. 368. De fr. wetgever onderscheidt dit geval van de wraking en behandelt het in tit. XX als „renvoi pour parenté ou alliance”. Het is niet ten onrechte eene algemeene wraking genoemd, namelijk van het geheele college op grond van de betrekking van enkele zijner leden. Onze wet kent dit middel niet meer en heeft de toelating van de successieve wraking (art. 38) dezer verwanten voldoende geacht.

Ad. n<sup>o</sup>. 3. Bij de onbestemde beteekenis van het woord: toedoen in den tekst van 1838, zou ik de voorkeur geven aan de bepaling van het Ontwerp art. 1 n<sup>o</sup>. 4: „indien, op zijne klachte, gedurende het laatste jaar eene der partijen of een harer bloedverwanten of aangetrouwden in de rechte lijn vervolgd is ter zake van misdrijf”. Doch de weglating van de echtgenoot van een der partijen kan ik niet goedkeuren. Door de algemeene uitdrukking misdrijf waaronder ook de politie-overtredingen zouden vallen is de ontwerper teruggekeerd tot de meest in algemeenem zin opgevatte bepaling van C. de „Pr. proces criminel”, nl. zoo algemeen dat ook politie-overtredingen er onder begrepen zijn.

De tekst is in overeenstemming met de lezing van art. 30 n<sup>o</sup>. 3 zooals die werd vastgesteld bij de wet van 1884 n<sup>o</sup>. 94. Beklag toont duidelijk dat hier niet juist aan een klacht-delict is te denken, en door van misdrijf te spreken met het oog op het wetboek van strafrecht, zijn de overtredingen uitgesloten gebleven.

Ad n<sup>o</sup>. 4. Terwijl alleen van een schriftelijk advies wordt gesproken, is de in het Ontwerp n<sup>o</sup>. 6 voorkomende uitdrukkelijke vermelding van, „als lid van een rechterlijk college of als kantonrechter van de zaak te hebben kennis genomen of daarin als ambtenaar van het O. M. te zijn werkzaam geweest”, te meer noodzakelijk. Men zou het als scheidsrechter hebben kennis genomen er nog wel mogen bijvoegen. Ten onrechte verliet onze wetgever hier het voorbeeld van den Code art. 373 n<sup>o</sup>. 8 en de daar voorkomende woorden: si le juge a donné conseil, plaidé, on écrit sur le différend zijn ook in n<sup>o</sup>. 4 al te zeer beperkt. In de door mij bedoelde gevallen zal de wraking op n<sup>o</sup>. 1 gegrond kunnen worden. Verg. SPECHT GRUIJF, bl. 74—85.

Ad n<sup>o</sup>. 5. De eed verbiedt zelfs geschenken aan te nemen van wie vermoedelijk een geding zal krijgen. Zie ook art. 364 W. v. Str. Voor

de wraking moet de invloed der geschenken onbetwistbaar zijn. Ten anderen is deze bepaling uitgebreider dan de eed, daar niet alleen van giften van partijen gesproken wordt maar van iemand die bij de zaak belang heeft.

Ad n<sup>o</sup>. 6. Een geschil over een gelijksoortig onderwerp; „différend sur une pareille question” zeide de fr. wetg. art. 378 n<sup>o</sup>. 3; zou dit niet beter teruggegeven zijn met betrokken in eene zaak waarin gelijksoortige vraag te beantwoorden valt als in de aanhangige?

Ad n<sup>o</sup>. 7. Wordt hierbij niet, zoo al geene hooge graad van vijandschap, toch een gespannen toestand ondersteld, die aan de in dit geval verkeerende partij niet veel goeds van het oordeel des rechters belooft? Cf. JOUSSE op art. 8 der Ord.

Ad n<sup>o</sup>. 8. Vermoedelijk erfgenaam zeg ik in plaats van de vermoedelijke erfgenaam om de aan deze laatste uitdrukking in tit. XIX van B. I B. W. gegeven beteekenis, waarvan hier geen sprake kan zijn.

Ad n<sup>o</sup>. 9. Bewindvoerder van een lichaam van bestuur, zooals art. 30 n<sup>o</sup>. 9 zegt, is geen gelukkige uitdrukking. De gedachte des wetgevers wordt m. i. beter uitgedrukt door de in den tekst overgenomen bewoordingen van het Ontwerp in n<sup>o</sup>. 2. Men kan alzoo onder onze wet niet meer zeggen met JOUSSE op art. 10 der Ord. dat de hier genoemde bewindvoerders „n'agissent qu'en nom collectif et n'ont d'autre intérêt que celui du public et par conséquent ils ne peuvent être récusés”. Dat publiek belang wordt dan ook tegenover de litigeerende partij een bijzonder belang in zoover als de rechter in de betrekking van bestuurder dat publiek belang als ware 't zijn eigen belang behoort te behartigen.

Ad n<sup>o</sup>. 10. Het ontwerp voegt er in n<sup>o</sup>. 7 bij: „eene nauwe vriendschaps-betrekking”. JOUSSE noemt in zijn aant. op art. 12 onder de „autres moyens” het „avoir bu ou mangé avec une partie pendant le procès” in verband met het verbod daarvan in art. 6 der Ord. van 1446. Zoo komt het op ééne lijn met de giften van n<sup>o</sup>. 5 met welke de Code het boire et manger in n<sup>o</sup>. 8 van art. 378 vereenigt. Zonder nu die laatste reden terug te verlangen komt mij toch de nauwe vriendschapsbetrekking een al te algemeene en al te zeer van subjectieve opvatting afhankelijke grond voor te zijn. Daarom zou ik die be-

trekking als reden van verschooning aan den rechter zelven overlaten, gelijk JOUSSE ook t. a. p. opmerkte: *Au surplus, il est de la prudence d'un juge de se déporter de la connaissance d'une cause où son ami est intéressé, surtout si cette amitié est intime; et il y a même souvent beaucoup plus de raison de se récuser pour cette cause, que pour celle de parenté.*"

Ad n<sup>o</sup>. 11. Deze reden zal den rechter eenigermate kunnen leiden in de beoordeeling, wat als hooge graad van vijandschap te beschouwen zij. .

„Beleedigingen of bedreigingen tusschen den rechter en eene der partijen" zegt de wet. Naar den Code, art. 378 n<sup>o</sup>. 9, moeten de beleedigingen of bedreigingen zijn uitgegaan van den rechter. De woorden *de sa part* sluiten allen twijfel uit. Het was dan ook niet noodig daarvoor dezen grond aan te voeren „*car autrement il suffirait à une partie d'insulter un juge dont elle redouterait les lumières et la probité pour avoir le droit de le récuser,*" zooals CARRÉ Q 1385 met PIGEAU opmerkt. Niet noodig, om de duidelijkheid der woorden en op zich zelf niet afdoende, omdat daarmede wel de reden wordt aangegeven, die den wetgever tot het vaststellen van de bepaling in dien zin kan hebben bewogen, maar zij voor de interpretatie der wet eerst dan aannemelijk is als de wet werkelijk den aangeduiden zin kan hebben en deze staat hier vast. Eene andere vraag is, of die overweging zoo afdoende is dat de bepaling zoo gesteld moest worden. Onze wetgever moet er anders over gedacht hebben. Want, al heeft hij bij de samenstelling der wet zich er niet over uitgelaten, bij de laatste redactie werden de woorden aan de zijde des rechters, nadat in het W. 1830 daarbij was gevoegd: *jegens de wrakende partij, vervangen door die welke wij thans lezen: tusschen den rechter en eene der partijen.* De tegenwoordige redactie werd door de eerste afdeeling der tweede Kamer in 1837 voorgesteld. Het is mogelijk, dat zij alleen eene verbetering van redactie beoogde want, of zij redenen voor haar voorstel opgaf meldt v. D. HONERT (bl. 189) niet, maar te ontkennen is het niet dat ook de zin van de bepaling is veranderd. Het is duidelijk dat nu de beleedigingen of bedreigingen niet juist van den rechter behoeven uitgegaan te zijn, maar dat ook beleedigingen en bedreigingen van eene der partijen den rechter aangedaan eene reden van wraking kunnen opleveren zooals ik dat in den tekst heb aangegeven. Het gaat niet aan om, met het

oog op de door CARRÉ opgegeven reden, de bepaling met DE BOSCH KEMPER, Strafvord. III bl. 272, in dien zin te verstaan dat de beledigingen of bedreigingen wederkeerig zouden moeten hebben plaats gehad. Gesteld, de woorden lieten die uitlegging toe, waarom zou dan eene belediging van de zijde des rechters ook zonder reciprociteit niet meer afdoende zijn? Noch in het Ontw. Strafv. art. 6 n°. 8, noch in het Ontw. Rechtsv. art. 1 n°. 8 werd verandering in de tegenwoordige redactie voorgesteld. En terecht! Al moge dan eene partij den rechter hebben beledigd om hem te kunnen wraken, ligt niet altijd in eene belediging, om welke reden dan ook den rechter door eene der partijen zoo kort voor het proces aangedaan, een voldoende reden om des rechters onpartijdigheid verdacht te doen zijn?

Belediging is eene strafbare handeling en zij is strafbaar in de verschillende vormen waarin zij zich kan voordoen. Tot recht verstand zal men zich dus veilig tot het wetboek van strafrecht kunnen wenden. B. II tit. 16. Ten aanzien van bedreigingen is het anders. Ook deze zijn wel strafbaar gesteld maar altijd nader bepaald als: door het verband met een misdrijf bijv. art. 138; door hetgeen waarmede bedreigd wordt bijv. artt. 284 en 285, of door het doel artt. 317, 318 W. v. Strafr. enz. Hier in art. 30 n°. 11 komt de uitdrukking zonder eenige nadere bepaling voor, en wordt dus niet uitsluitend op een strafbaar feit gedoeld. — Een voorbeeld van bedreiging als reden van wraking aangenomen vindt men in een vonnis der Rechtb. Leeuwarden van 26 Oct. 1842 W. no. 357. Een kantonrechter had tegen iemand die een geding bij zijn gerecht had aangelegd deze woorden geuit: „eerstdaags zal ik u wel eens in handen krijgen en zal ik u alsdan knijpen.” Verg. SPECHT GRIJP t. a. p. bl. 125—131.

Het Ontwerp neemt in art. 1 n°. 10 nog eene thans niet bekende reden van wraking aan in geval van bloedverwantschap of zwagerschap in de rechte lijn of in den tweeden graad der zijddinie van den raadsman van eene der partijen. Zie daarover N. Bijdr. l. c. bl. 230.

In art. 850 wordt aan de rechters, tegen welke eene vordering wegens rechtsweigerig is ingesteld, verboden om kennis te nemen van daar aangewezen rechtsgedingen, onder uitdrukkelijke bijvoeging: „op straffe van nietigheid der vonnissen, welke zij in zoodanige zaken mochten medegewezen hebben.” Ofschoon dit verbod op gelijken grond berust als de in n°. 7 toegelaten reden van wraking, volgt uit art. 850 § 1 dat

dáár zelfs geen wraking noodig is, en alzoo in die gevallen het niet voorstellen der wraking (welke zelfs niet zou zijn toegelaten), den rechter niet kan ontheffen van zijne betrekkelijke onbekwaamheid. In geval van art. 850 § 2 wordt ook geen wraking voorgesteld, maar is de vordering der partijen: dat de rechter zich onthoude, voldoende om hem onbekwaam te maken.

In het bij de Wet van 7 April 1869 n<sup>o</sup>. 55 ingetrokken art. 43, kwam een dergelijk bevel van onthouding voor, indien nl. de gewraakte rechter tegen de in het ongelijk gestelde partij eene vordering tot vergoeding van schade en interessen wilde instellen. De bevoegdheid tot zoodanige vordering is door de afschaffing van art. 43 niet vervallen. Want art. 1401 B W. bestaat nog. Doch is nu ook het wegvallen der slotbepaling gerechtvaardigd? In de toel. van het Ontwerp wordt gezegd (op art. 17), dat als de rechter eene zoodanige actie instelt uit art. 1 n<sup>o</sup>. 5 (thans art. 30 n<sup>o</sup>. 7) eene nieuwe reden van wraking tegen hem ontstaat. Maar — als de rechter den afloop van het geding waarin hij gewraakt werd afwacht en eerst daarna zijn actie tot schadevergoeding instelt? Volgens art. 43 verwerkte hij deze actie door in de zaak waarin hij gewraakt werd te blijven zitten. Mij dunkt terecht, en ontstaat er alzoo uit de afschaffing van art. 43 een niet gerechtvaardigde leemte.

Wraking toe-  
passelijk op  
O. M. en  
griffiers.

Behalve de rechters kunnen ook de ambtenaren van het Openbaar Ministerie, wanneer dit niet als partij in het geding optreedt, en de griffiers en substituut-griffiers gewraakt worden. Voor hen gelden dezelfde redenen van wraking als voor de rechters. Art. 32.

Wanneer het O. M. geen partij is in het geding maar toch daarin optreedt, dan geeft het in zijne conclusien een advies aan den rechter, hetwelk in het openbaar na de pleidooien uitgebracht geen waarde heeft zoo het niet met onpartijdigheid wordt uitgebracht. Het O. M. moet zich bij zijn advies op het standpunt van den rechter plaatsen en neemt het al geen deel aan de beraadslagingen en de beslissing des rechters, zijn advies kan daarop grooten invloed oefenen. Verg. II bl. 80. Zie nog CARRÉ Lois de la compétence II bl. 241. Is het O. M. partij in het geding (hoofdpartij zegt art. 32; verg. I bl. 140) dan kan het niet gewraakt worden „par la raison,” zegt CARRÉ l. c. bl. 193, qu'il n'est que partie, qu'on ne peut empêcher qu'une partie ne plaide sa cause et que la condition de chacune doit être égale.” Bedrieg ik mij, of hebben wij hier niet eene gevolgtrekking uit eene doctrinaire onderscheiding, waarbij de werkelijkheid uit het oog wordt verloren? Het schijnt zoo

logisch als LIPMAN (Aanmerkingen 1<sup>e</sup> St. bl. 24) zegt: „het zou wel eene ongerijmdheid zijn dat de eischer den gedaagde, of de gedaagde den eischer, uithoofde van zijne partijdigheid, wraakte.” Doch vergeet men niet dat, het O. M. niet ophoudt, ook wanneer het partij is, voor het openbaar belang, de openbare orde, op te treden? moet hij daarbij niet het orgaan zijn van de wet of van de Regeering als handhaafster der wet en is daarbij onpartijdigheid ook geen vereischte? moet men daarvan ook niet even goed als van de conclusien zeggen: „il n'est plus impartial, dès qu'il trouve, dans ses intérêts ou dans ses affections d'autres désirs et d'autres vues que ceux que son ministère exige?” Als men let op de gevallen waarin het O. M. als partij in het burgerlijk geding optreedt, dan zal er zeker minder aanleiding tot wraking bestaan, maar zijn optreden als partij moest die niet uitsluiten. Het is zoo, ook in strafzaken kan de ambtenaar van het O. M. niet gewraakt worden, omdat het partij is, doch is dat goed te keuren? Komt het juist dáár niet uit, dat de partijdigheid, die toch reeds aan het O. M. toegeschreven wordt, verzwaaard wordt door den invloed van buiten de openbare orde liggende belangen, welke hem zou kunnen beheerschen? Opmerking verdient, dat de reden waarom het O. M. in strafzaken niet gewraakt kon worden onder de fransche wetgeving deze was, dat, bij stilzwijgen van den Code d'Instr. Crim., de Code de procedure bij analogie moest worden toegepast en deze de wraking van het O. M. als partij uitsloot. Zie MERLIN Q. Répert. v<sup>o</sup>. Récusation § III art. II n<sup>o</sup>. 4. Deze jurisprudentie heeft onze wetgever bij zijne bepalingen in de Strafvordering art. 351 (thans 321) overgenomen VOORDUIN VII, bl. 472, IX. Daarom komt mij dan ook nog altijd ongegrond voor de uit de verhouding van het O. M. in strafzaken door den Ontwerper gemaakte gevolgtrekking om de wraking van het O. M. afteschaffen, dewijl het naar de wet op de N. R. I. alleen in cassatie zou worden gehoord en zijn standpunt daar niet veel zou verschillen van dat hetwelk het bij eene voorziening in strafzaken inneemt. De eenige vraag is: wordt niet van het O. M. gelijke onpartijdigheid verwacht als van den rechter? en als die vraag bevestigend moet beantwoord worden, dan is daarmede ook de toelating der wraking van het O. M. beslist, hetzij het als partij of als adviseur optrede. Zie Vragen en Opmerkingen in N. Bijdragen XVI bl. 227. Het arg. ex absurdo dat de eene partij de andere niet wraken kan, gaat niet op; want als 't O. M. gewraakt wordt, dan wordt slechts een bepaalde ambtenaar gewraakt en in zijn plaats treedt dan een ander op.



Wraking van griffiers was in den Code de Pr. niet bekend. Evenmin werd zij in de oud-hollandsche rechtspleging toegelaten, DE PAPE ad GROTIUM I, 9 nt. a ad § 6. Doch in de Instructie voor den Raad van Vlaanderen van 15 October 1661 was door de Staten-Generaal in art. 90 (Gr. Pl.boek II 2717.) uitdrukkelijk bepaald, dat de Griffier als griffier niet zou mogen besoigneren, nog present wezen in zaken of processen hem zelve rakende of aangaande iemand hem in maagschap of affiniteit bestaande tot in den zesden graad inclus, even als van de Raden was bepaald, een voorschrift waarop met instemming gewezen wordt door VOET ad tit. D. de jud. V, 1 n°. 61. Daarop werd de aandacht gevestigd door LIPMAN in zijne Aanmerkingen 1<sup>e</sup> st. bl. 26—29. Zijne opmerking, dat de griffiers processen-verbaal enz. opmaken en daardoor dikwerf de partijen kunnen bevoordeelen of benadeelen, werd, bij de herziening van het Wetb. v. B. R. van 1830, door eene afdeeling der tweede kamer overgenomen en had tengevolge dat in de Wet van 10 Mei 1837 het tegenwoordig artikel 32 ook van de griffiers en substituut-griffiers spreekt. LIPMAN sprak ook van sommige vrederechters en rechtbanken van koophandel, waar de rechters, uit het bescheiden gevoel hunner eigen onkunde alles aan de griffiers overlaten, zich zelve de gemakkelijke taak voorbehoudende van de minuten te onderteekenen. En al hebben wij nu geen rechtbanken van koophandel meer, al zijn nagenoeg alle kantonrechters doctoren in de rechten, er zijn toch ook thans nog gerechten aan welke griffiers groote invloed op de beslissingen wordt toegeschreven. Geschiedt dit terecht of te onrechte, mogelijkheid van invloed ligt te zeer voor de hand, dan dat niet aan partijen een middel behoort gegeven te zijn om, waar die invloed partijdig zou kunnen werken, hem te keeren. Te meer omdat een griffier invloed kan oefenen zonder verantwoordelijkheid en wyl 't vertrouwen of wantrouwen in den rechter wellicht nog meer afhankelijk is van hetgeen men niet ziet, dan van hetgeen men ziet. LIPMAN wees ook, niet ten onrechte, op de analogie, welke de wet op R. O. (tegenwoordig art. 10) aanbiedt en op de bepaling van het Wetb. B. R. (art. 16) hetwelk den deurwaarder verbiedt om voor bloedverwanten enz. te exploiteeren.

Op grond van al deze overwegingen blijf ik bij het vroeger door mij geuit gevoelen dat de Ontwerper ten onrechte de wraking der griffiers schrapt en allerminst deze verandering kon verdedigen met de opmerking dat er natuurlijk volstrekt geen reden bestaat om tusschen de burgerlijke en strafzaken verschil te maken gelijk thans het geval

is naar art. 32 B. R. coll. art. 351 (thans 321) Strafv. Zie Vragen en Opmerkingen l. c. bl. 228.

Griffiers en substituut-griffiers worden genoemd, maar wat zal gelden van den door den kantonrechter benoemden persoon, om des griffiers ambtsverrichtingen waar te nemen volgens art. 32 R. O.? Evenmin als de niet uitdrukkelijke vermelding der substituut-griffiers mij zou belet hebben de bepaling ook op hen toepasselijk te achten, evenmin acht ik dat er eenig bezwaar bestaat om ze ook op die fungeerende griffiers toe te passen.

De bevoegdheid om een rechter te wraken is, om welke der wettelijke redenen dit geschiede, aan beide partijen toegekend. Wraking door wie?

Terecht beweert OUDEMAN I bl. 48 dat de redactie onzer wet (art. 33 en 38, voeg daarbij art. 32), geen grond geeft om de bevoegdheid tot wraking uitsluitend toetekennen aan die partij voor welke de bestaande reden nadeelig zoude kunnen zijn en verwerpt hij het gevoelen van sommige fransche schrijvers, die, behalve in gevallen van bloedverwantschap, anders oordeelden. Het gaat niet aan met BERRIAT ST. PRIX bijv. te zeggen: „comme la récusation paraît établie en faveur de chacune des parties considérées en particulier, il semble naturel que celle-là seule qui y a intérêt, puisse exercer la récusation.” Voor de bedoelde partij zal er wel in den regel de meeste aanleiding toe bestaan, maar heeft zij daarom ook altijd alleen belang? Of kan ook het bestaan van eene reden welke 's rechters onpartijdigheid verdacht maakt, hem om den schijn van partijdigheid te vermijden, partijdig doen worden naar de tegenovergestelde zijde? Zie ook SPECHT GRIJP bl. 140.

De wraking onderstelt eene handeling van de gedingvoerende partij. Zij moet worden voorgesteld. Het is evenwel geene exceptie, noch eene vordering in de eigenlijke beteekenis van het woord. De eenig passende qualificatie voor dit rechtsmiddel is die van incident. Aard van het rechtsmiddel.

Zowel onder de oud-Hollandsche en oud-fransche rechtspleging als door de Schrijvers over den Code de procedure wordt de wraking eene exceptie genoemd. „Sub exceptione declinatoria etiam continetur exceptio recusandi iudicis, nam et illa exceptio declinatoria dicitur.” DE PAPE ad GROTIUM l. c. Zie ook VOET l. c. n<sup>o</sup>. 48. JOUSSE, op art. 1, noemt de wraking eene espèce de declinatoire en CARRÉ op Tit. XXI zegt met zoovele woorden „la récusation est une exception par laquelle une partie refuse d'avoir pour juge un ou plusieurs membres

du tribunal saisi du procès. Cette exception se range naturellement dans la classe des exceptions déclinatoires, puisqu'en récusant un magistrat on évite de se soumettre à son autorité." Ten onrechte. De wraking is geene exceptie, want zij is geen verdedigingsmiddel, wat reeds daaruit blijkt dat zoowel eischer als gedaagde redenen van wraking des rechters kan hebben en met de declinatoire middelen heeft het dan toch ook slechts eenige gelijkenis. Men moge zich door de wraking aan de rechtspraak van een rechter onttrekken, het geding blijft daarom toch bij hetzelfde gerecht aanhangig zoolang niet alle leden van het college of de kantonrechter en al zijne plaatsvervangers ontbreken.

Dat wij hier niet met eene vordering = actie te doen hebben is niet minder duidelijk, al definiëert BERRIAT ST. PRIX p. 295, de récusation als „l'action de refuser pour juge". Een incident in een geding doet de wraking ontstaan gelijk de te beschrijven procedure ten duidelijkste zal aanwijzen. Men kan daarbij van eene incidenteele VORDERING spreken en van een incidentelen eischer in zoover als in het proces elk verlangen eene vordering of eisch kan genoemd worden, niet in den zin van het opschrift van de 10<sup>e</sup> afd. van tit. III. Het afgeschafte art. 43 sprak ook van den eischer in zake van wraking. De vordering zou hier daartoe strekken dat een rechter zich van rechtspraak in casu onthoude. Men verlangt van den rechter niets anders dan de toepassing van een maatregel van procedure.

Wanneer voor  
te stellen?

De wraking moet worden voorgesteld uiterlijk vóór den aanvang der pleidooien, en in geval van schriftelijke behandeling, vóór den afloop der termijnen, op straffe van verval. Is evenwel de reden tot wraking eerst later ontstaan dan kan de wraking ook nog later worden voorgesteld. Art. 33 § 1.

Het is niet voldoende dat er een reden van wraking besta om den rechter van de kennisneming der zaak uit te sluiten. Een der gedingvoerende partijen moet bovendien in die reden van wraking grond daarvoor vinden in het voorhanden geval. Is de bevoegdheid tot wraking om het algemeen belang toegekend, hare toepassing in een bijzonder geval is van het bijzonder belang der gedingvoerende partijen afhankelijk gesteld. Hebben alzoo de partijen hare zaak aan de beoordeeling van een wraakbaren rechter onderworpen, dan hebben zij ook daardoor voldoende te kennen gegeven bij de aanvoering der wraking geen belang te hebben. Zij erkennen, met kennis van zaken, den rechter dien zij

hadden kunnen verwerpen. (Anders de Civilprocesordnung met betrekking tot de redenen van uitsluiting § 41.) Daarom moet de wraking uiterlijk vóór den aanvang der pleidooien plaats hebben. Want de rechters voor welke de pleidooien gehouden worden zijn degene die over de zaak zullen oordeelen. Kunnen zij al kennis krijgen van de zaak door de ter rolle voorgelezene conclusiën, daardoor wordt nog niets geprejudiceerd omdat het niet altijd zeker is, dat zij ook de pleidooien zullen hooren en alzoo tot beoordeeling en beslissing geroepen zullen zijn. Verg. II bl. 136. Maar, wanneer partijen van de pleidooien afziende op de stukken recht vragen, volgens art. 147? Dan zal met het doen van dit verzoek, waardoor de zaak aan de beoordeeling ook van den wraakbaren rechter wordt onderworpen, dus op grond van dezelfde ratio, de bevoegdheid tot wraking vervallen zijn.

Dat bij schriftelijke behandeling de bevoegdheid vervalt met den afloop der termijnen (Zie II bl. 120 en vv. art. 170) staat zeker daarmede in verband dat dan de instantie van de zaak afgelopen en deze voor de beoordeeling door den rechter rijp is. Het komt mij evenwel voor dat de wetgever hier consequenter als den uiterlijken termijn hadde aangewezen het verzoek door de meest gereede partij volgens art. 170 aan den griffier gedaan.

Het is, om de redenen welke den regel hebben doen voorschrijven, volkomen juist dat voor 't geval die reden later is ontstaan, de wraking ook nog later kan worden voorgesteld. Zij zal dan wel moeten openstaan totdat de rechter het vonnis gaat uitspreken. Waarom in art. 33 van redenen of AANLEIDING gesproken wordt, is niet duidelijk. Art. 30 kent alleen redenen. En 't zou toch niet aangaan om aantenemen dat er voor de partij wel redenen kunnen hebben bestaan maar dat zij eerst later aanleiding vond om er van gebruik te maken. Of moet dan wel als sive worden verstaan.

Overigens kan in verband met het gedreigde verval een reden van wraking van eene partij eerst gezegd worden te bestaan, als het bestaan daarvan haar bekend is of bekend moest zijn.

De bepaling omtrent den tijd binnen welken de wraking moet worden voorgesteld moet volgens het tweede lid van art. 32 eveneens toegepast worden bij de wraking van het O. M. en bij die van den griffier. Ten aanzien van dezen laatsten, die van den beginne dat de zaak voor den rechter behandeld wordt daarop invloed kan uitoefenen, had de tijdruimte redelijkerwijze beperkt kunnen worden.

De bijzondere bepaling van art. 33 § 2, volgens welke de wraking van een rechter-commissaris moet geschieden (en dus in verband met het voorgaande lid eveneens op straffe van verval) vóórdat hij zijne werkzaamheden als zoodanig aanvangt, is niet anders dan de toepassing van hetzelfde beginsel dat § 1 beheerscht. Zij verdient m. i. de voorkeur boven art. 383 C. de pr.

Vorm. De wraking wordt voorgesteld bij eene akte houdende de reden, waarop zij berust, of zoo er meer kunnen worden aangevoerd, alle die redenen tegelijk. Zij moet onderteekend zijn door de partij zelve of door haren in het bijzonder daartoe bij authentieke akte gemachtigde.

Die akte wordt, tegen bewijs van ontvang, ter hand gesteld aan den griffier die haar onmiddellijk aan den gewraakten rechter mededeelt.

De rechter is gehouden binnen den termijn van twee dagen onder de akte eene verklaring te stellen houdende of berusting in de wraking of weigering om zich van de kennismeming der zaak te onthouden.

In het laatste geval voegt de rechter bij zijne weigering een antwoord op de in de akte van wraking aangevoerde redenen.

De redenen van wraking worden daarna onderzocht door het college waartoe de gewraakte rechter behoort, hetwelk na verhoor van het O. M. de redenen gegrond en bewezen vindende, de wraking toestaat, met bevel dat de gewraakte rechter zich van de kennismeming der zaak moet onthouden en diens veroordeeling in de kosten. In het tegenovergestelde geval wordt de wraking verworpen.

De uitspraak over de wraking is in geen geval aan hooger beroep revisie of cassatie onderworpen. Art. 33 § 1 en 2, 34, 36, 37, 42, 324 n°. 4.

De voorgeschreven procedure is zeer eenvoudig, zoo zeer dat men kan zeggen dat er buiten vorm van geding, als in zaken van volontaire jurisdictie, geprocedeerd wordt. Opmerking verdient dat de wraking door eene der partijen wordt voorgesteld en door den rechter beslist zonder dat de andere partij in de gelegenheid wordt gesteld om zich daarover te doen hooren. Het geschil dat tusschen den rechter en een der partijen bestaat wordt tusschen deze niet gedebatteerd, maar de wraking eenvoudig op het voorstel der partij en het antwoord van den rechter onderzocht. Dat onderzoek heeft plaats in raadkamer, want er is geen

gelegenheid om het ter terechtzitting te brengen, alwaar ook niets anders zou kunnen gehoord worden dan de conclusie van het O. M. Ja zelfs de beslissing zou als eene beschikking van voluntaire jurisdictie in raadkamer volgens de bepp. van art. 36 kunnen genomen worden, ware het niet dat art. 42 eene uitspraak onderstelt, en men uit dien hoofde reden had te besluiten, dat van de bepaling der Grondwet omtrent de openbaarheid der vonnissen over gedingen gewezen (en er is hier dan toch een geschil) niet moet worden afgeweken. Aan den anderen kant is het niet te ontkennen dat de wetgever in ditzelfde art. 42 met de uitsluiting van de cassatie van het algemeene voorschrift van art. 180 (thans 162) der Grondwet 1815 afweek.

De wetgever heeft, bij de noodzakelijkheid om de wraking te veroorloven, te waken tegen misbruik, dat er in strijd met de waardigheid des rechters van zou gemaakt kunnen worden. Ook kan de aard der te beslissen quaestie tot eenige vereenvoudiging in de procedure leiden. Doch de zoo belangrijke hier voorkomende afwijking is m. i. moeilijk te rechtvaardigen. De wetgever is al te zeer bezorgd geweest voor de eer des rechters en heeft daardoor een opgeworpen wraking met een wantrouwen bejegend, waarin eene onderstelling van hare ongegrondheid doorstraalt. Deze laatste had hij kunnen laten varen nu er bepaalde in de wet aangegeven redenen moeten worden aangevoerd. Had hij, nog daarenboven, zooals in den Code, een voorafgaand onderzoek over de toelaatbaarheid van de aangevoerde reden bevolen, dan zou daarmede een niet ondoelmatig middel tot voorkoming van misbruik zijn gegeven. Maar dan mogen verder de waarborgen van een onbevangen en grondig onderzoek niet ontbreken.

Zonder nu verder aan te dringen op de wenschelijkheid om de tegenpartij niet uit te sluiten van het debat tusschen de wrakende partij en den rechter gevoerd, dat ten doel heeft een rechter uittesluiten welken de andere partij in haar belang kan achten aan de rechtspraak te doen deelnemen, mis ik de waarborgen voor eene behoorlijke instructie. De wrakende partij deelt hare redenen mede, maar het antwoord des rechters, dat al licht de niet toepasselijkheid der wet in het aangegeven geval zal betreffen, kan niet door haar worden gedebatteerd, terwijl de schriftelijke behandeling toch reeds voorkomt, wat goedkeuring kan verdienen, dat de rechter niet als partij tegenover den justiciabele in het openbaar optreedt. Doch waartoe den waarborg der openbaarheid geheel weggenomen? in 't belang van den rechter waarschijnlijk, of van wat men de waardigheid der justitie noemt? Maar heeft de ge-

wraakte rechter en de justitie zelve bij de openbaarheid niet veel grooter belang, en is die waarborg voor den justiciabele niet nog van grooter gewicht waar hij staat tegenover een zijner rechters dan tegenover eene gewone partij? De openbaarheid, waarvoor volgens den C. de pr. art. 385 gezorgd werd door het rapport eens rechters en de conclusie van 't O. M. ter openbare terechtzitting genomen, valt hier voor het geheele geding weg. De fransche wetgever liet ook het appèl toe en gaf voorschriften om aan de mogelijke bezwaren daaruit voortvloeiende te gemoet te komen. In het Wetb. van 1830 vindt men het hooger beroep uitgesloten. Reden werd er niet voor gegeven. Waarschijnlijk heeft de wetgever ook hiermede voor de eer des rechters meenen te zorgen ten einde niet langer dan noodig daarover discussie toe te laten. Maar is het middel niet nog meer dan anders noodig, als de rechter door zijn eigen college in 't gelijk gesteld werd, ten behoeve der partij, en voor den rechter zelve, als hij, door de hem nog zwaarder drukkende uitspraak van zijn eigen college, in 't ongelijk gesteld werd? Uitsluiting van cassatie is meer met den geest dan met de letter van de Grondwet in strijd.

Het Ontwerp gaat in de door den wetgever van 1838 gevolgde richting voort. Wel voorziet het in een grondiger instructie door den oordeelenden rechter de bevoegdheid te geven om den gewraakten rechter zoowel als de wrakende partij te hooren, doch terwijl dit buiten elkanders tegenwoordigheid moet plaats hebben in raadkamer, is de schending van het „hooren van beide partijen” te flagrant om die aldus gegeven bevoegdheid eene verbetering te noemen N. Bijdr. XVI bl. 232. — Ook het hooger beroep blijft uitgesloten naar 't Ontwerp (art. 18), doch de cassatie meende de Ontwerper terecht niet te mogen uitsluiten. Zie toel. op art. 18.

Het Wetb. v. B. R. bevat in art. 43 op 't voorbeeld van den C. de Pr., art. 390, en de Ordonn. artt. 29 en 30, eene bepaling waarbij eene boete gedreigd wordt tegen den in 't ongelijk gestelden eischer cas wraking. Ook deze bepaling heeft de kennelijke strekking om het misbruik van het middel te voorkomen. Deze bepaling is bij de wet van 7 April 1869 (n<sup>o</sup>. 55) vervallen als gevolg van het beginsel om het gebruik maken van een bij de wet toegekend middel niet met boete te bedreigen. Bij de wraking had het reeds haar *raison d'être* verloren toen de wetgever de redenen van wraking tot de bij de wet opgenoemde beperkte. Zie daarover de toel. op art. 17 van het Ontwerp.

De akte van wraking moet de reden aangeven. Dit is het gevolg van het beginsel om de wraking alleen om bepaalde redenen toe te laten. Alle redenen tegelijk: dit bepaalt art. 37 terecht, conf. art. 354 (thans 324) Strafv., ten einde het onderzoek niet noodeloos te rekken. VOORDUIN VII bl. 476, 3<sup>o</sup>. Zal deze bepaling niet zonder sanctie zijn, dan moet het imperatieve voorschrift wel tengevolge hebben dat op grond van de niet aangevoerde redenen later geene wraking meer kan voorgesteld worden. Niet minder duidelijk is het evenwel dat de mogelijkheid voor het aanvoeren der redenen moet hebben bestaan en dat zij dus niet eerst later ontstaan moeten zijn.

Onderteekening door de partij zelve. Deze handeling behoort niet tot de instructie van het geding en het voorstellen der wraking moet bovendien geacht worden te berusten op de persoonlijke waardeering van 's rechters partijdigheid door de gedingvoerende partij. Daarom kan de procureur hierbij niet als zoodanig als vertegenwoordiger optreden. Hij moet dus als ieder ander bij authentieke akte gemachtigd zijn. Verg. I bl. 162. Een authentieke akte is voorgeschreven opdat voor den rechter blijke dat de volmacht werkelijk van de partij zelve uitging alzo de wraking hare persoonlijke handeling is. Een volmacht in algemeene bewoordingen vervat is tot het voorstellen eener wraking niet voldoende. Dit volgt uit den eisch van bijzonder daartoe gemachtigd.

Terhandstelling aan den griffier. Verg. I bl. 135. De griffier zal ook moeten zorgen voor kennisgeving aan den president opdat de zaak door het college kunne worden in behandeling genomen.

Verklaring houdende berusting. Die berusting brengt mede, volgens art. 35, dat de rechter zich van de zaak moet onthouden. Er is dan geen bevel des rechters noodig dat hij zich onthoude zooals art. 388 C. de Pr. bepaalde, en de gewraakte rechter zal kunnen volstaan met van die berusting kennis te geven aan het college, waarin hij zitting heeft, zonder dat dit daarover als in het geval van art. 31 een oordeel heeft uit te spreken.

Binnen twee dagen berusten of weigeren om zich te onthouden. Art. 34. Quid, als noch het een noch het ander plaats heeft? Als de rechter, het hem medegedeelde stuk terughoudende,



alsnog aan het college de tegen hem bestaande reden opgeeft volgens art. 31, dan zal de daarop gegeven beslissing aan het doel der voorgestelde wraking kunnen beantwoorden. Houdt de rechter evenwel eenvoudig het stuk terug, en is de zaak niet tengevolge van de voorgestelde wraking uitgesteld geworden, dan kan de wrakende partij zich wel tegen het zitting nemen des gewraakten rechters verzetten, maar het college zal over de wraking niet kunnen beslissen, dewijl de inhoud van de akte hem onbekend bleef. — Geeft de rechter het stuk terug, zonder eenige verklaring, daaruit zal noch tot berusting, noch tot weigering besloten kunnen worden maar het college zal op de akte van de partij alleen hebben te oordeelen en te beslissen. Komt het stuk na den gestelden termijn terug, het college zal daarop niet kunnen letten en ook na dien termijn moeten beslissen. Eene verklaring dat op de casu quo aangevoerde gronden van weigering als tardief ingebracht niet mag worden gelet, zou niet veel anders dan eene weinig beteekenende formaliteit zijn. — Al deze moeilijkheden waren vermeden met de bepalingen van den C. de Pr. art. 385 en 386, volgens welke de gewaakte rechter binnen een hem gestelden termijn zijne verklaring had te stellen op de ter griffie berustende minuut van de akte van wraking waarvan hem een afschrift was medegeedeeld. Bij verzuim des rechters in het afleggen dier verklaring, spreekt het van zelf dat het college op de akte van wraking alleen uitspraak had te doen. Wilde men den Code verlaten, dan had althans in de gevolgen van het verzuim moeten worden voorzien zooals het Ontwerp voorstelt door het verzuim als berusting aan te merken. Art. 9 § 2. Dat kan men naar onze wet niet aannemen. — Wanneer het college op de akte alleen uitspraak doet, kan er nimmer sprake zijn van verstek. De gewaakte rechter is gehoord en er is hier ook geen eigenlijk geding. Cf. COLMET DAAGE (BOITARD Leçons) n<sup>o</sup>. 577. Opmerkelijk is het hoe ook de wetgever in de gekozen uitdrukking: berusten of weigeren zich te onthouden de gedachte aan gedingvoerende partijen heeft willen uitsluiten. Cf. een arrest van het hof van cassatie bij CARRÉ Q 1402.

Verhoor van het O. M. Dit volgt uit art. 324, 4<sup>o</sup> maar wordt, hoezeer in den Code in art. 385 dit hooren nader geregeld werd, hier in de wet niet eens vermeld. Het college zal moeten zorgen dat het O. M. tot kennisneming van de zaak en het nemen zijner conclusie in staat worde gesteld.

Het onderzoek en de beslissing is opgedragen aan het college, waartoe de gewraakte rechter behoort. Daarmede bedoel ik: niet aan een ander college, gelijk ook art. 31 van het „college waartoe de gewraakte rechter behoort” en art. 36 van „het hof of de rechtbank” spreekt. Doch dat college doet hier uitspraak als in andere zaken, met het voor de rechtspraak vereischt getal rechters en daarom zal de plaats van den gewraakt wordenden rechter door een ander moeten worden ingenomen. Cf. CHAUVEAU op CARRÉ Q, 1392, 2<sup>o</sup> en Q 1400. Waar het college alzoo in kamers verdeeld is, blijft de wraking ter beoordeeling van dezelfde kamer. Ik zie niet in dat de verandering van chambre in college aan dit gevoelen in den weg staat. De geschiedenis waarop OUDEMAN zich voor het tegendeel beroept (bl. 47) bewijst zijn gevoelen m. i. niet. Eene dergelijke verandering in art. 846 werd gemotiveerd daarmede dat de verdeling van het college in kamers in de wet op de rechterl. organ. niet bekend is. Zie v. D. HONERT ad § 846. Ook in het reglement n<sup>o</sup>. 1 wordt de wraking onder de werkzaamheden der kamers gebracht. Art. 78 n<sup>o</sup>. 1c, R. Bijblad 1875, A, bl. 244.

Het college (of de kamer) moet tot die beoordeeling niet buiten staat gesteld worden door de partijen. Daarom kan de wraking van meer rechters niet tegelijk worden voorgesteld, maar van een tweeden eerst nadat over de wraking van den eersten beslist is. Art. 38. Door deze bepaling vervalt de moeilijkheid welke eene wraking van meer rechters tegelijk op de bekwaamheid van het college om daarover recht te spreken onder den fr. wet kon te weeg brengen. Cf. CHAUVEAU op CARRÉ Q 1337. Ook moeten de rechters zelve aan het college niet de beoordeeling onmogelijk maken; geen der leden mag zich van de kennismening eener voorgestelde wraking verschoonen. Art. 39. Deze beide laatste bepalingen werden naar aanleiding van artt. 355 en 356 § 2 (thans 325 en 326 § 2) W. v. Strafv. opgenomen.

Gegronde en bewezen vindende. Art. 36 zegt: bewezen en gegrond. Doch de vraag naar de gegrondheid d. i. in de wet als reden aangewezen, zal wel vooraf moeten gaan. Frustra probatur quod probatum non relevat. Is de reden in de wet gegrond dan moet zij bewezen worden en dit bewijs kan — en terecht — niet meer, zooals onder den Code art. 389, afgewezen worden, op de eenvoudige verklaring van den gewraakten rechter, indien de partij geen schriftelijk bewijs of begin van schriftelijk bewijs heeft bijgebracht. Van het bestaan van dit laatste is het toelaten van getuigenbewijs naar onze

wet in het geheel niet meer afhankelijk. Verg. antw. der Regeering op aanm. van de 5de afdeeling der tweede kamer bij NOORDZIEK B. R. 1827—28 II bl. 539 op art. 35 coll. bl. 483. Terwijl die toelating bij 't niet bestaan van begin van schriftelijk bewijs onder den Code nog van de prudentie des rechters afhankelijk was, stelde de ontwerper m. i. ten onrechte dien eisch absoluut. Art. 16 § 2. Zie daartegen N. Bijdr. XVI bl. 233.

De wraking toestaan. Dit zegt art. 36, maar 't praktisch effect van de gegrond bevonden wraking zal er bijgevoegd moeten worden in een bevel dat de gewraakte rechter zich van de kennisneming der zaak onthoude, zooals art. 38 C. de Pr. uitdrukkelijk voorschreef. Bevindt de rechter de wraking ongegrond, dan zal hij die verwerpen. (Cf. art. 389 C. de Pr.) Meer behoeft daar niet bij, want er wordt geen verandering gebracht in den bestreden toestand, hier de samenstelling van het college.

Kosten. Hoe zorgvuldig de wetgever de gedachte aan een eigenlijk geding heeft willen vermijden zal men, bij zijn stilzwijgen, naar den regel in art. 56 aangenomen toch wel niet anders kunnen beslissen, gelijk art. 17 § 4 ontwerp uitdrukkelijk bepaalt, dat bij toelating der wraking de kosten gedragen worden door den gewraakten rechter (zie echter CARRÉ Q. 1402 en vonnis Leeuwarden 26 Oct. 1842 W. n<sup>o</sup>. 357) en bij verwerping van de partij, welke ze heeft voorgesteld. Maar als de rechter berust? Dewijl er dan geen uitspraak volgt, (art. 35) kan er ook geen veroordeeling in de kosten worden uitgesproken. De partij houdt ze dan te haren laste. Er bestaat over dit punt verschil van gevoelen. Verg. OUDEMAN bl. 51. Zelfs de iure constituendo zou mij een voorbehoud dezer kosten tot de einduitspraak over de hoofdzaak, zoodat zij ten laste van de ander der gedingvoerende partijen zouden kunnen komen, weinig aannemelijk toeschijnen.

Ten aanzien van de wraking van het O. M. en den griffier of zijn substituut gelden dezelfde regelen van procedure. De griffier zal altijd moeten zorgen dat de voorgestelde wraking ter kennis kome van het college.

Wraking van kantonrechter. Van de wraking van een kantonrechter wordt kennis genomen door de arrondissements-rechtbank waaronder het kantongerecht behoort. Daartoe

wordt de akte van wraking, die ter griffie van het kantongerecht is ingediend, met de verklaring des rechters, dat hij weigert om zich te onthouden, op het verlangen van de eerst gereede partij door den griffier verzonden aan den officier van justitie die de zaak aan het oordeel van de rechtbank onderwerpt. Art. 40.

Art. 40 spreekt niet uitdrukkelijk van den termijn binnen welken de akte moet worden ingediend. Van schriftelijke behandeling kan hier geen sprake zijn, maar dewijl ook bij 't kantongerecht geene aanpleidooien voorafgaande conclusien zijn voorgeschreven, maar de zaak dadelijk mondeling wordt voorgedragen en op die mondelinge voordracht wordt recht gedaan, moet de akte ingediend worden voor dat tot de mondelinge voordracht wordt overgegaan.

Art. 40 spreekt van de opzending der acte met de verklaring des rechters zonder meer. Terwijl echter in geval van berusting geen uitspraak vereischt wordt (art. 35) en alzoo ook geen der partijen de verzending zal begeeren, kan deze alleen te pas komen als de rechter weigert zich te onthouden. Anders oordeelt Mr. v. D. LEEUW in N. Bijdr. XI (1861) bl. 374 vv. weerlegd door OUDEMAN I § 18, bl. 51. De boven aangewezen moeilijkheden kunnen zich hier ook voordoen. Maar als de rechter het stuk zonder daarop gestelde verklaring teruggeeft, zal het stuk ook zonder die verklaring op verzoek der „eerst gereede partij” verzonden kunnen worden. De woorden van art. 47 C. de pr. waardoor dit geval voorzien werd: „faute par lui de répondre” hadden echter duidelijkshalve behouden kunnen blijven.

De beslissing der rechtbank heeft hier ook plaats zonder partijen te hooren. De Code liet dit vrij: „Sans qu'il soit besoin d'appeler les parties.” Men had de verzending ook wel aan den griffier ambts-halve kunnen overlaten.

Zal de wraking van den griffier van het kantongerecht niet op dezelfde wijze als die van den kantonrechter moeten behandeld worden? Het is zoo, de bepaling van art. 40 bevat eene bijzondere bepaling, maar indien, gelijk hier, de algemeene bepaling niet kan worden toegepast, moet men dan niet de analogie in de bijzondere bepaling vinden, als men de wet niet onuitgevoerd wil laten?

Om het voorstellen eener wraking te voorkomen, is ieder lid van een rechterlijk college, die weet dat er eenige redenen van wraking tegen

Verschooning  
tot

4

voorkoming  
van wraking.

hem bestaat, verplicht aan het college, waarin hij zitting heeft, daarvan kennis te geven, en zich op dien grond verschoonen om aan de rechtspraak deel te nemen. Het college beslist dan of hij zich zal moeten onthouden. Art. 31.

Dat een rechter, waar hij de mogelijkheid eener wraking voorziet niet gedwongen moet zijn zich daaraan bloot te stellen en zijn college de behandeling van dergelijke quaestie behoort te besparen is zeer rationeel. En daarom is eene bepaling als art. 31 goedtekeuren, ook dewijl daaruit de verplichting van het college volgt om daarop te beslissen. Doch de wetgever verloor, evenals de fransche in art. 382 C. de pr., uit het oog, dat de bepaling onvolledig werd zoodra de wraking alleen werd toegelaten om bepaalde in de wet aangegeven redenen. Was er grond om de wraking te beperken en aan vaste regelen te binden, evenveel grond is er om den rechter zelven meer ruimte te laten om zich te verschoonen, dewijl hij ook om andere redenen zich terecht bezwaard kan gevoelen om van eene zaak kennis te nemen als hij ook den schijn van partijdigheid vermijden wil. Desniettemin zie ik geen bezwaar om met het hof van cassatie in Frankrijk ook buiten de redenen van wraking, redenen van verschooning te laten gelden en met CARRÉ (Q. 1388) aan te nemen dat art. 380 C. de pr. (art. 31) vooral de strekking heeft om te voorkomen dat eene wraking door partijen voorgesteld worde. Zie ook arr. H. Raad 18 Oct. 1872, W. v. h. R. n<sup>o</sup>. 3519. De wetgever had evenwel art. 31 kunnen aanvullen met de bepaling: „of indien er andere redenen zijn waarom hij zich meent te moeten verschoonen.” Dit is goed ingezien in het Ontwerp art. 1 aan het slot in vergelijking met art. 6. Intusschen zal de zaak niet licht tot moeilijkheden in de praktijk aanleiding geven, daar de samenstelling van het college voor de rechtspraak door het college en den voorzitter volgens artt. 19—25 van het reglement n<sup>o</sup>. 1 geregeld wordt. Men kan zich evenwel eene min wenschelijke verstandhouding tusschen de leden van het college of tusschen den kantonrechter en zijne plaatsvervangers voorstellen, ook wel dat het zich onttrekken van den een den ander werkelijk bezwaart en, ofschoon dit laatste zich nog eer in strafzaken dan in burgerlijke zaken zal voordoen, is eene uitdrukkelijke regeling van dit punt en dan ook van de wijze waarop de verschooning moet behandeld worden niet zonder belang. Omtrent de wijze van behandeling bepaalt art. 31 niets, verwijst het zelfs niet naar de bepalingen omtrent de wraking. Bepalingen, als het Ontwerp in art. 2—5 bevat, verdienen

daarom goedkeuring. Maar eene toelating van eene versooning ter terechtzitting met uitspraak op de terechtzitting, soms na een gehouden getuigenverhoor en het brengen van kosten ten laste der partijen, zooals naar art. 16 en 17 Ontw. kan plaats hebben, gaat m. i. buiten de grenzen eener noodzakelijke regeling. Ook geloof ik niet dat, naar art. 31 onzer wet, het college voor de kennisneming van eene reden van versooning met een rechter in de plaats van dengene die zich verschoont zou moeten aangevuld worden, wat het Ontwerp in art. 15 verlangt. Zie CHAUVEAU op CARRÉ Q. 1392, 2°. Is terecht niet overgenomen de bevoegdheid aan den rechter bij art. 389 C. de pr. toegekend om, bij ontstentenis van schriftelijk bewijs of begin daarvan, de wraking op de eenvoudige verklaring van den gewraakten rechter te verwerpen, — bij het bestaan der redenen van versooning kan de overlegging van schriftelijk bewijs als dit er is, geen moeilijkheid opleveren; maar dat de rechter zijne bewering tegenover zijne ambtgenooten met getuigenbewijs zou moeten staven, daarmede wordt al te weinig vertrouwen in het woord des rechters gesteld. De versooning is eene zaak uitsluitend tusschen den rechter en zijne ambtgenooten of tusschen den kantonrechter en zijne plaatsvervangers, waarmede de partijen niets te maken hebben en waarmede zij ook niet moeten gemeoid worden.

Het gevolg van eene toegelaten wraking of versooning is dat een ander lid van het college, of bij de rechtbanken en kantongerechten een rechter-plaatsvervanger de plaats van den gewraakten of verschoonden rechter inneemt.

Gevolg van  
toegelaten  
wraking.

De meest gereede partij zal dan de andere doen oproepen tot voortzetting van het geding door het houden van de pleidooien, bij de kantongerechten tot de nadere mondelinge voordracht.

Ten aanzien van de wraking van den griffier en zijn substituut en van den ambtenaar van het O. M. herinner ik hunne vervanging door een lid van het college of bij het kantongerecht door een door den rechter daartoe aangewezen persoon. Zie I, bl. 137, 118.

Over het voortproceederen bij het kantongerecht na toegelaten wraking van den kantonrechter, zie Mr. VAN DER LEEUW t. a. p. bl. 377.

Indien evenwel zóóvele leden en plaatsvervangers gewraakt worden of zich verschoonen dat het college niet meer op de voor de rechtspraak

Verwijzing.

vereischte wijze kan worden samengesteld, wordt verwijzing van het geschil naar een ander gerecht gevraagd.

De verwijzing moet gevraagd worden aan den hoogen raad indien een hof en aan het hof indien eene rechtbank door wraking of versooning harer leden buiten staat werd gesteld om van het geding kennis te nemen. Art. 273.

De verwijzing wordt gevraagd door de meest gereede partij bij een verzoekschrift inhoudende de gronden.

Dit verzoekschrift wordt beteevend aan de tegenpartij, met aanmaning om daarop binnen veertien dagen te dienen van antwoord, en ter griffie van den hoogen raad of van het hof nedergelegd.

Het antwoord met de gronden van tegenspraak wordt binnen gelijken termijn ter griffie gebracht.

Na afloop van dien termijn doet de hooge raad of het hof na verhoor van het O. M. uitspraak en wijst, het verzoek gegrond vindende den rechter aan die van het geschil moet kennis nemen. Artt. 274 en 275.

Zonderling, hoe dikwijls de wetgever van 1838, waar hij den franschen Code verbeterde, halverweg bleef staan. Terwijl hij zoo terecht de wraking in een algemeenen titel opnemende dáár bijzondere bepalingen voor de kantongerechten opnam, en o. a. opzettelijk sprak van het geval dat, door wraking of versooning van een kantonrechter en al zijne plaatsvervangers, eene verwijzing naar een ander gerecht moet plaats hebben, liet hij dit punt ten aanzien van de rechterlijke colleges liggen om in een bijzondere afdeeling van den III<sup>en</sup> titel (de 14<sup>de</sup>) over de verwijzingen naar een ander gerecht te handelen, op 't voorbeeld van den Code Livre II tit. XX du renvoi à un autre tribunal. Doch de fr. wetgever handelt daar over renvoi pour parenté ou alliance, niet als gevolg van toegelaten wraking of versooning maar als gevolg van een bijzonderen grond om zich aan rechtspraak van een bepaald college te onttrekken, een soort van wraking van het geheele college. Nadat het Wetboek van 1830 deze instelling onherkenbaar had gemaakt en met de verwijzing wegens toegelaten wraking had vereenigd, bepaalde de wetgever zich in 1838 terecht tot deze laatste, maar behield nog te veel overblijfselen van de hier niet toepasselijke fransche bepalingen.

Zoo rationeel als het bijv. is, dat de verwijzing in den Code bedoeld, gevraagd moet worden vóór de pleidooien, omdat zij gegrond is op

eene bestaande betrekking van bloedverwantschap tusschen meer dan een rechter en eene der partijen, even rationeel als bij de wraking, zoo overbodig is diezelfde bepaling hier, in art. 274, omdat de wraking toch ook vóór de pleidooien moet voorgesteld worden. Maar zij is bovendien verkeerd, want terwijl er ook nog later eene wraking kan worden voorgesteld, bestaat er ook mogelijkheid voor het geval dat later het college buiten staat geraakt om met een voldoende aantal rechters te oordeelen. Daarom is dit voorschrift door mij in den tekst weggelaten.

Ten anderen heeft de fr. bepaling *demander le renvoi* ten onrechte van een eisch doen spreken, eene qualificatie hier geheel ongepast omdat van een eisch van de eene partij tegen de andere volstrekt geen sprake is. Uitsluitend van den rechter wordt hier eene voorziening gevraagd, welke wel verzocht maar niet geeischt pleegt te worden. Zie ook art. 41. Die voorziening zal voor de verdere rechtspraak noodzakelijk genomen moeten worden, zoodra den rechter blijkt van de uitgesproken wrakingen of toegelaten verschooningen. Hierin zullen dan ook de middelen bestaan welke het verzoekschrift moet inhouden. Dat nu aan de tegenpartij beteekening van het verzoek wordt gedaan is noodig omdat geene beschikking op verzoek van eene partij in het geding behoort genomen te worden buiten de andere om. Maar dat die tegenpartij dienen moet van antwoord met middelen, zooals de wet het uitdrukt, waar eene eenvoudige berusting of een laten verlopen van den termijn zonder te antwoorden meerendeels te verwachten is, is ook al geen blijk dat de wetgever zich deze zaak klaar heeft voorgesteld. De rechter doet dan ook uitspraak na verloop van den termijn en de zaak wordt niet tusschen partijen gedebatteerd. Naar haren aard is dit incident eer een onderwerp van *voluntaire* dan van *contentieuse* jurisdictie. En er zal allezins reden zijn om de kosten van dit incident, waartoe de meest gereede partij het initiatief kan nemen, te reserveeren tot het eindvonnis, daar het hier geldt een „noodzakelijken maatregel van instructie” gelijk terecht OUDEMAN § 139 opmerkt.

Het O. M. Zie art. 324 n°. 4 waarin echter de in art. 273 bij de herziening geschrapte woorden „het verwijzen uit hoofde van bloedverwantschap of aanhuwelijking” nog voorkomen.

De loop van het rechtsgeding wordt geschorst van den dag der betee- Schorsing van  
kening van het verzoekschrift. Art. 274. het geding.

De schorsing zal eerst kunnen ophouden met de uitspraak van de verwijzing. Dit vonnis zal dan aan de tegenpartij moeten worden beteekend



met oproeping om op een bepaalden dag in het bij den aangewezen rechter overgebracht geding op de laatste dingtalen voort te procedeeren. Zie OUDEMAN I § 139 en formulier 112. Art. 375 C. de pr. bevat daarover eene uitdrukkelijke zeker niet overbodige bepaling.

Verwijzing bij wraking of verschooning van een kantonrechter en van zijne plaatsvervangers, het geding niet bij het kantongerecht, waarbij 't werd aangebracht, kan worden berecht, wendt de meest gereede partij zich tot de arrondissementsrechtbank met verzoek om een ander kantonrechter binnen haar rechtsgebied tot beslissing van het geding aantewijzen. Art. 41.

De redactie van art. 41 verdient allezins de voorkeur boven die van art. 273. De uitdrukkelijke voorziening die in den C. de pr. niet voorkwam (zie echter loi 16—26 vent. XII (7—17 mars 1804). ROND. I p. 303, is eene verbetering. Maar nu blijft de wetgever hier weder halverweg staan door niet te bepalen, hoe die verwijzing bekomen wordt. Hoe moet dan verder ten aanzien van die verwijzing geprocedeerd worden? Ofschoon art. 125 de 14<sup>de</sup> afdeeling niet opnoemt onder de afdeelingen van tit. III welke toepasselijk zijn op de procedure bij de kantongerechten en art. 273 en vgg. uitsluitend handelen over de verwijzing om toegelaten wraking of verschooning bij hoven en rechtbanken terwijl art. 276 in dezelfde afdeeling wederom wel betrekking heeft op jurisdictiegeschillen tusschen kantongerechten, ben ik toch van oordeel dat art. 274 en 275 hier op de behandeling van het verzoek bij de arrond. rechtbank ex analogia behooren te worden toegepast. De wet zwijgt. En ofschoon zij zelve geene voorziening noodig achtte en de bepalingen van artt. 274 en 275 schijnt uit te sluiten, blijkt het dat er bepalingen noodig zijn en is de analogie bij het bestaan van dezelfde ratio en een gelijksoortig geval volkomen gerechtvaardigd.

Over de regeling der verwijzing tengevolge van wraking te vergelijken het Ontwerp artt. 19—21.

#### § 92. RECHTWEIGERING. (\*)

Wat rechtsweigerig is. Er is rechtsweigerig, wanneer rechters weigeren op verzoekschriften te beschikken of een voor hen aanhangig geding te beslissen. Art. 844.

(\*) KERSTENS diss. de denegata iustitia in causis civilibus L. B. 1841. J. C. VAN EYK, Bijdrage tot de leer der rechtsweigerig. Acad. proefschr. Utrecht 1875.

Zie B. III tit. 6, afd. 8 art. 844—852. C. de pr. art. 505, 4<sup>o</sup>, 506—516; Ord. 1667, tit. XXV; Ontwerp B. I, tit. 4.

De rechtsweigerings is naar den C. de pr. (*déni de justice*) een der redenen waarom aan eene gedingvoerende partij werd toegestaan tegen een rechter tot schadevergoeding te ageeren door de zg. *prise à partie*. De drie andere daar vermelde redenen (art. 505) 1<sup>o</sup> *dol*, *fraude* ou *concession*, 2<sup>o</sup> *si la prise à partie est expressément prononcée par la loi* (waarvan evenwel geene gevallen voorkomen) 3<sup>o</sup> *si la loi déclare les juges responsables à peine de dommages et intérêts*, zijn bij ons vervallen. In de gevallen waarin de Code de rechters voor schadevergoeding aansprakelijk stelde buiten rechtsweigerings is daaraan in onze wetgeving die bedreiging niet meer verbonden. Daarmede vervalt ook de vraag of in zoodanige gevallen op de wijze als bij rechtsweigerings voorgeschreven zou moeten worden geprocedeerd. Cf. CHAUVEAU bij CARRÉ Q 1807, 2<sup>o</sup>. De rechtsweigerings is bij ons het eenige geval, waarin men den rechter tot schadevergoeding kan aanspreken, waarin dus eene *prise à partie* plaats heeft, zonder dat deze onder die benaming bij ons voorkomt.

In verband met ons onderwerp, de incidenten in een rechtsgeding, hebben wij hier meer bepaald te doen met de weigerings om een aanhangig rechtsgeding te beslissen. Beschikking op verzoekschriften slaat meer terug op *voluntaire jurisdictie*, al kan ook eene vordering soms bij verzoekschrift ingesteld worden, waarvan juist de vordering tot schadevergoeding wegens rechtsweigerings een voorbeeld oplevert. Art. 847. Ook kan een verzoekschrift noodig zijn tot instellen eener vordering nl. op korten termijn, Art. 7, enz. Zie Dl. II bl. 4.

Weigeren. De Ord. van 1667 sprak in art. 2 van *refusent* ou *sont négligents*; de Code de pr. sprak van *refusent de répondre les requêtes*, ou *négligent de juger les affaires*, art. 506. Ook sprak het Wetb. van 1830, art. 699, van *verzuimen*. Welke uitdrukking men verkieze, — het bestaan van het verzuim wordt toch niet aangenomen dan na twee aanmaningen aan den rechter volgens art. 845 gedaan. Bestaat dan inderdaad de verplichting des rechters, dan zal wat aanvankelijk een verzuim kon heeten toch wel als eene weigerings moeten beschouwd worden gelijk terecht door de Regeering bij de vaststelling van art. 847 werd opgemerkt. V. D. HONERT § 844.

Rechters. Blijkens art. 846 vooronderstelt de wetgever de mogelijkheid van rechtsweigerings bij alle gerechten uitgezonderd bij den H.

Raad. De onmogelijkheid om een rechter aan te wijzen die van rechtsweigerings door den H. Raad zou kennis nemen heeft daartoe geleid. Cf. BOITARD ad art. 509. Rechtsweigerings door een lid van den H. Raad, waarover de Raad kan oordeelen wordt even goed als van een lid van een Hof of van eene Rechtbank aangenomen. (Art. 846 § 2). Doch hoe heeft men zich de rechtsweigerings in zoodanig geval voor te stellen? Een lid van het college wordt nimmer geroepen een aanhangig geding te beslissen. Dat kan alleen bij den president van de rechtbank voorkomen. De wet moet dan wel het oog hebben op een rechter-commissaris die een rapport heeft uit te brengen zooals bij de schriftelijke behandeling, art. 170, of voor welke, zooals in revisie, de zaak voldongen wordt, en die daardoor de beslissing kunnen tegenhouden of verhinderen, art. 366, 367, of ook gevallen waarin, als bij verificatie of bij accoord of rangregeling in faillissement krachtens verwijzing van R. C. en op zijn rapport wordt geprocedeerd, Art. 825, 844, 868 K. Op het O. M. of op de griffiers kan de bepaling om den inhoud van art. 844 zelven niet toegepast worden. Verg. OUDEMAN, III § 118.

Aard van het middel. De rechtsweigerings is een incident en leidt tot eene incidenteele vordering.

Als in een geding uitspraak geweigerd wordt is dit uit den aard der zaak eene omstandigheid, die den loop van het geding vertraagt en verweekelt omdat men tot geen uitspraak zal komen zonder dat die verhindering uit den weg geruimd wordt. Daartoe wordt dan bij den in art. 846 aangewezen rechter eene vordering ingesteld tot vergoeding van kosten schaden en interessen. De vordering is kennelijk gegrond op art. 1401 B. W.

Hare behandeling ofschoon bij een ander rechter dan die voor welken het geding, waarin de rechtsweigerings plaats heeft hangende is, kan de voortzetting van het geding vertragen, dewijl niet alleen, volgens art. 850, de rechters tegen welke de vordering gericht is zich, gedurende het onderzoek daarvan, moeten onthouden van de kennisneming van het bij hen aanhangig geding, maar dewijl het, volgens art. 852, zelfs twijfelachtig kan zijn of zij met de kennisneming van dat geding ten slotte belast zullen blijven.

Wijze van procedeeeren.

Nadat het bestaan der rechtsweigerings is geconstateerd door twee gerechtelijke aanmaningen aan den rechter gedaan en betekend aan den

griffier, met een tijdsverloop van ten minste drie dagen ten aanzien van een kantonrechter en van ten minste acht dagen ten aanzien van andere rechters, en wanneer zes dagen na de tweede aanmaning zijn verlopen, kan eene rechtsvordering tot vergoeding van kosten, schaden en interessen door de belanghebbende partij tegen den rechter worden ingesteld.

De vordering wordt ingesteld bij het gerechtshof waaronder de kantonrechter of de arrondissements-rechtbank behoort, wanneer de rechtsweigeringsaan een kantonrechter of aan eene rechtbank of aan een harer leden wordt ten laste gelegd. Geschiedt de rechtsweigeringsaan een gerechtshof of door een zijner leden of door een lid van den hoogen Raad, dan wordt de vordering bij den hoogen Raad gebracht.

De rechtsvordering wordt ingesteld bij een aan den rechter, aan wien de kennismeming van het geding is opgedragen, ingediend verzoekschrift.

Die rechter beveelt de mededeeling van dat verzoekschrift aan den rechtspraak weigerenden rechter, welke mededeeling geschiedt door de beteekening van het verzoekschrift met het bevel binnen veertien dagen ter griffie van dien rechter.

Binnen veertien dagen na deze beteekening, is de rechter verplicht zijne middelen tot verdediging schriftelijk in te brengen ter griffie van het Hof of van den hoogen Raad en dat antwoord aan den verzoeker te doen beteekenen.

Na afloop van den bepaalden termijn doet het Hof of de hooge Raad, na het O. M. in zijne conclusiën gehoord te hebben, ter openbare terechtzitting uitspraak op de stukken. Niettemin kan nog vooraf verloop gegeven worden om nadere memoriën in te dienen, en daartoe de uitspraak van het vonnis uitgesteld worden. Artt. 844—853.

De aard van het onderwerp maakt eene zeer eenvoudige procedure mogelijk. Het is dan ook volstrekt niet de ingewikkeldheid der zaak, welke door eene mondelinge voordracht niet in het behoorlijke licht gesteld zou kunnen worden, welke hier de schriftelijke behandeling deed voorschrijven. Veeleer zou men kunnen zeggen, dat hier wel na eenvoudige wederzijds genomene conclusiën op de stukken recht kon worden gedaan. Intusschen begreep de wetgever dit niet aan de partijen te kunnen overlaten. Hij wilde om andere redenen de openbaarheid niet. De ver-

weerder is hier een rechter of een rechterlijk college aan welke het zwaarste plichtverzuim wordt te laste gelegd. Zie art. 13 A. B. en hierboven § 13 (I, bl 86). De goede naam niet alleen van den betrokken rechter, maar de waardigheid van de rechterlijk macht zelve scheen hiermede gemoeid. Daarom stelt de eischer zich zelfs niet onmiddellijk tot den verweerder in betrekking. De aanmaningen worden beteekend aan den griffier, art. 845; het verzoekschrift wordt op bevel van het Hof of van den H. Raad aan den rechter medegedeeld door beteekening van een afschrift daarvan met een afschrift van het bevel, ter griffie, art. 848. Eene dagvaarding heeft hier geen plaats, als ware het niet oirbaar dat een justiciabele zijn rechter daagde. Het verzoekschrift dat met de beteekening van het bevel de dagvaarding vervangt is in zoover eene loutere formaliteit als het Hof of de H. Raad de mededeeling daarvan bevelen moet. In den C. de Pr. had het verzoekschrift de strekking om tot het instellen der rechtsvordering te worden toegelaten. Dit was dus eene prealabele kwestie welke het Hof of de H. R. te beslissen had en die, werd zij ontkennend beantwoord, den verzoeker aan veroordeeling tot eene boete blootstelde. Art. 510, 511, 513 C. de pr. Of nu de wetgever terecht het gevaar voor de schending van dat gezag door uitsluiting van de openbaarheid tracht te voorkomen is eene vraag, die ik met den franschen wetgever en den ontwerper van een wetboek van burg. regtsv. ontkennend beantwoord. (Zie N. Bijdragen XVI (1866), bl. 233 v.) Zeker is het dat, bij de vele voorzorgen, die de wetgever noodig acht om het lichtvaardig instellen van dergelijke vorderingen te voorkomen, er veel grond voor het aannemen der rechtsweigering zal bestaan als het eens tot een geding komt.

Wat die voorzorgen betreft lette men op de herhaalde aanmaningen welke aan het instellen der vordering moeten voorafgaan, art. 845; op de noodzakelijkheid dat het verzoekschrift niet alleen door den procureur, maar ook door den verzoeker of zijnen bij authentieke acte bijzonder daartoe gemachtigde moet worden onderteekend en dat de bewijsstukken, zoo die er zijn, bij het verzoek moeten worden overgelegd, art. 847; op de in art. 853 bedreigde boete van honderd gulden, indien het verzoek wordt afgewezen. Deze laatste bepaling is evenwel bij art. 4 van de wet van 7 April 1869 n°. 55 ingetrokken.

De belangen van de gedingvoerende partijen vinden hunnen waarborg in de bepaling, volgens welke alle deurwaarders, daartoe verzocht, gehouden zijn de aanmaningen te doen, op straffe van afzetting,

art. 845; in de aan den rechter, tegen wien de vordering is ingesteld, voorgeschreven onthouding van de zaak waarin de rechtsweigering be-  
weerd wordt te hebben plaats gehad, en voorts van alle zaken welke  
de eischer bij hetzelfde gerecht mocht hebben, en van die waarin zijne  
naastbestaanden in de rechte lijn of zijn echtgenoot partij zijn, art. 850.

De procedure zelve is overigens eenvoudig genoeg. Wanneer in art.  
847 § 3 „van bewijsstukken indien er eenige zijn” gesproken  
wordt doet dit onderstellen dat andere bedoeld worden dan de aanma-  
ningen die er moeten wezen en die van zelf wel overgelegd zullen  
worden. Die woorden „indien er eenige zijn” slaan waarschijnlijk terug  
op andere in den C. de pr. voorkomende doch niet overgenomen gevallen  
van prise à partie. Zie art. 511.

Het hooren van het O. M. is bij art. 324 n°. 4 voorgeschreven.

Dat de uitspraak op de openbare terechtzitting moet plaats hebben  
volgt uit art. 20 R. O. Ook voor het hooren van het O. M. ter terecht-  
zitting wordt geen uitzondering gemaakt. Omtrent de wijze, waarop de  
zaak ter openbare terechtzitting wordt gebracht, zwijgt de wet met  
afwijking van art. 515 C de P. Daar er geen rapporteur is benoemd,  
kunnen art. 170 en vv. moeilijk worden toegepast. De heer VAN EYK,  
t. a. p. bl. 96, is van oordeel dat de behandeling bij geschrifte moet  
gevolgd worden en dat alzoo een rapporteur moet worden benoemd.  
Dit is dunkt mij niet overeen te brengen met de bepaling van art. 851  
volgens welke het Hof op de stukken uitspraak doet na verloop  
van de termijnen. Het komt mij voor dat het O. M. de zaak ter terecht-  
zitting moet brengen ten einde daar conclusiën te nemen.

Het is mij niet bekend dat bij ons eene dergelijke vordering voor  
den burgerlijken rechter is ingesteld. Van eene instructie tot toepassing  
der strafwet wegens rechtsweigering in een burgerlijk geding werd een  
geval medegedeeld in het Rechtsg. Bijblad XX (1870) bl. 197 (\*). Vol-  
gens de toelichting op tit. IV van B. I van het Ontwerp zijn de bepalingen  
van artt. 844—853 B. R., voor zooveel der Regeering bekend is, nimmer  
toegepast, Mem. v. toel., bl. 78. Ook wordt in de Pasicrisie van Mrs.  
VAN OPPEN op het woord: rechtsweigering geen ander geval dan  
het vermelde opgegeven.

---

(\*) Ook dit zal niet meer kunnen voorkomen, daar de rechtsweigering uit de  
rij der delicten is geschrapt. Ontslag achtte de wetgever voldoende, doch hij  
liet de bij die gelegenheid door hem noodzakelijk geachte aanvulling van art. 11  
R. O. tot dusver achterwege. Zie SMIDT, Gesch. Wetb. v. strafv., III, bl. 55.

Gevolg van de  
rechtswei-  
gering.

Het gevolg der gegrond bevonden vordering wegens rechtsweiger-  
ing bestaat in veroordeeling van den rechter tot vergoeding van kosten,  
schaden en interessen. Voorts kan de verwijzing van het geding naar  
een anderen rechter bevolen worden. Art. 852.

Gelijk de schadevergoeding niet wordt toegewezen zonder dat zij  
geëischt werd, zal ook van de verwijzing hetzelfde moeten gelden. Het  
Hof zal ook geen reden hebben om naar de gronden, die daarvoor  
kunnen bestaan, onderzoek te doen ten einde boven en behalve de ver-  
oordeeling nog ambtshalve des rechters onpartijdigheid als verdacht te  
verklaren, zonder dat zelfs de gedingvoerende partij te kennen heeft  
gegeven zich door de rechtspraak van dien rechter bezwaard te achten.

Opmerking verdient dat het vragen en toestaan van de verwijzing buiten  
de andere partij omgaat, maar dit is ook het geval met het voorstellen  
en beoordeelen der wraking.

Indien de verwijzing naar een ander gerecht wordt bevolen zal de  
zaak bij dat gerecht kunnen worden aangebracht als in de vorige § bij  
de verwijzing tengevolge van wraking is opgemerkt.

Volgens het Wetboek van 1838 art. 853 had de afgewezen rechts  
weiger- ing ten gevolge dat de verzoeker tot eene boete van f 100 werd-  
verwezen. Bij de wet van 7 April 1869 n°. 55 is ook deze bepaling  
evenals soortgelijke, van art. 43, betreffende de wraking, ingetrokken.

### § 93. JURISDICTIEGESCHILLEN

Wanneer  
bestaat?

Wanneer twee of meer gerechten zich gelijkelijk bevoegd verklaren om  
van hetzelfde geschil of aan elkander verknochte geschillen kennis te  
nemen of die gelijkelijk aan zich houden, of wanneer twee of meer ge-  
rechten, welke allen of van welke een of meer bevoegd zijn, zich tot  
kennismeming van hetzelfde geschil onbevoegd verklaren, bestaat er een  
positief of negatief conflict van jurisdictie, door de wet een  
jurisdictiegeschil, ook eene jurisdictiequaestie genoemd.

B. I tit. 3 afd. 14; C. de pr. L. II tit. 19; Ontwerp B. I tit. 2.

De uitdrukking jurisdictie-geschil komt voor in R. O. art. 54  
n°. 1, 65 n°. 2, 88; van jurisdictie-quaestien spreekt B. R. I  
tit. 3 in het opschrift der 14<sup>de</sup> afdeling en in art. 276.

Over de begripsbepaling Dl. I bl. 346 en 347.

Het bestaan van zoodanig conflict geeft grond tot het vragen van regeling van rechtsgebied aan den rechter welke de gemeenschappelijke hoogere rechter is van de gerechten tusschen welke het conflict is gerezen. Gevolg:  
Regeling van  
rechtsgebied.

In het eerste der bovengenoemde gevallen, wanneer er een positief conflict is ontstaan, zouden er twee vonnissen over hetzelfde geschil worden gewezen, wat onnoodig is en zou tegenstrijdigheid dier vonnissen te vreezen zijn, wat weinig in overeenstemming zou wezen met de rechtszekerheid door de rechtspraak beoogd. In het tweede geval zou er in het geheel geen recht te krijgen zijn; want het behoeft geen betoog dat, als de rechter zich onbevoegd verklaart, er van rechtsweigering geen sprake is. Op die verwarring moet alzoo orde gesteld en een der gerechten met uitsluiting van de andere tot de behandeling worden aangewezen. Regeling van rechtsgebied is hier het object van het verzoek, hetwelk geschiedt door die aanwijzing. Zie Ontwerp tit. II art. 2 in overeenstemming met den C. de pr. Liv. II tit. 19 des règlements de juges en voorts art. 5.

Dat de bevoegde rechter de gemeenschappelijke hoogere rechter is wees ik vroeger aan. Dl. I bl. 113, 345, 353, 361. Het gevolg is dat deze geschillen alleen bij de colleges kunnen behandeld worden.

Regeling van rechtsgebied wordt gevraagd door de meest gereede partij bij een verzoekschrift houdende de gronden van het verzoek. Wijze van  
procedeeren.

Het wordt beteekend aan de tegenpartij met aanmaning om daarop binnen veertien dagen te antwoorden, en ter griffie van het rechterlijk college dat er op beschikken moet, nedergelegd. +

Het antwoord, houdende opgave der gronden van tegenspraak, wordt binnen gelijken termijn ter griffie gebracht.

Na afloop van dien termijn doet de rechter uitspraak na verhoor van het O. M., en wijst, het verzoek gegrond vindende, den rechter aan, die van de hoofdzaak moet kennis nemen. Artt 276 j°. en 274 en 275; 324, 4°.

De wetgever maakt in art. 276 eenvoudig de bepalingen omtrent de verwijzing tengevolge van wraking hier toepasselijk. Beide onderwerpen hebben wel niets met elkander gemeen, maar dezelfde wijze van procedeeren kan bij beide worden toegepast. Er is dunkt mij ook geen be-



zwaar dat de eigenlijke vorm van een geding vermeden wordt, al kan hier wellicht eerder dan bij de verwijzing aanleiding tot een geschil tusschen partijen bestaan, weshalve de Ontwerper voor de mondelinge behandeling gelegenheid wil gegeven hebben, als een der partijen dit verlangt. Art. 4 § 2.

Een incident ontstaat hier altijd, want ook art. 274 § 3 is hier toepasselijk zoodat het geding voor zoover het nog aanhangig is wordt geschorst.

De gronden, zg. middelen, zullen bij een positief conflict bestaan in de aanwijzing niet alleen van het aanhangig zijn derzelfde of van verknochte gedingen bij onderscheiden rechters, maar ook dat andere middelen waardoor 't conflict kan worden opgeheven tevergeefs zijn aangewend, als bijv. de exceptie van litispendentie. Bij een negatief conflict de vonnissen van onbevoegdverklaring der onderscheidene rechters in 't hoogste ressort gewezen. Want de bepaling van het Ontwerp, volgens welke de regeling van rechtsgebied niet kan plaats vinden, indien het conflict door een ander rechtsmiddel kan worden opgeheven art. 2, § 2, acht ik ook onder onze wetgeving van toepassing. Verg. I bl. 347 en de N. Bijdragen aldaar aangehaald.

De uitspraak des rechters houdende aanwijzing van den rechter die van de hoofdzaak moet kennis nemen, wordt aan de wederpartij betee-kend met oproeping om voor dien aangewezen rechter voortteprocederen. Ook in geval van een negatief conflict van jurisdictie zal geene nieuwe dagvaarding vereischt worden, evenmin als dit noodig is wanneer de hogere rechter eene onbevoegdverklaring in hooger beroep vernietigende partijen terugwijst naar den rechter die zich onbevoegd verklaarde.

---

## AANVULLING EN VERBETERING

VAN DEN TWEEDEN DRUK DER BEIDE EERSTE DEELEN.

---

### DEEL I.

- bl. 8. a. h. e. van § 2 bij te voegen: Verg. mijne verhandeling: het summier proces enz. Haarlem 1877 bl. 15—19 j°. 11—15.
- bl. 35. Vóór de vermelding der wijzigingswetten aldaar nog deze opmerking: Eene vrij uitgebreide partieele herziening werd in 1877 door den Minister VAN LYNDEN voorgedragen, waarover alleen een Voorloopig verslag werd uitgebracht. Tot dat Ontwerp heeft betrekking mijne verhandeling over het summier proces.
- bl. 37. In te voegen:
- 11°. Wet van 26 April 1884 n°. 94 houdende wijzigingen in het Wetboek van Burgerl. Rechtsvordering.
- Deze wet staat in verband met het Wetb. van Strafrecht en wijzigt naar aanleiding daarvan artt. 22, 27, 30 n°. 3, 585 n°. 8, 593, 710 n°. 2 en trekt in artt. 63 en 91.
- 12°. Wet van 15 April 1886 n°. 64. (Invoeringswet van het W. v. Strafrecht).
- Art. 8 bevat eene wijziging van art. 26 bij de sub 11° vermelde wet over het hoofd gezien.
- 13°. Wet van 23 December 1886 n°. 230, houdende wijzigingen in het Wetb. van burgerl. rechtsvordering.

Hoofdzaak was bij deze herziening de wijziging van art. 79 reeds lang noodzakelijk om de rechtsverkrachting waaraan de praktijk het dienstbaar had gemaakt. De lang gewenschte wijziging van art. 81 en 82 en vooral de intrekking van art. 88 paste daar zeer goed bij. Men maakte van de gelegenheid gebruik om ook de tot een geheel ander onderwerp behorende bepalingen van art. 876 en 880 te wijzigen.

- bl. 38. Na VAN DEN HONERT te vermelden:  
 NOORDZIEK, Geschiedenis der beraadslagingen gevoerd in de Kamers der Staten-Generaal over het Ontwerp van een Wetb. v. B. R. 1827—28 's Gravenhage 1885 I in twee stukken.

Veel vollediger dan v. d. HONERT's werk stelt het dit, wat de geschiedenis van het W. v. 1830 betreft, geheel in de schaduw.

- bl. 41. Zie nog een overzicht van litteratuur in Krit. Vierteljahrschrift XXII bl. 130 van Dr. DRECHSEL. Van latere werken verdient vermelding J. W. PLANCK Lehrb. d. deutschen Civilprozesses 2 B<sup>e</sup> 1887.

- bl. 43. Bij de daar vermelde wijziging der wetten op de registratie en het zegel nog te vermelden, voor de registratie: Wet van 11 Juli 1882 n<sup>o</sup>. 92, voor het Zegel: Wet van 11 Juli 1882 n<sup>o</sup>. 93.

- bl. 52. 5<sup>o</sup>. Wet van 9 April 1879 lees: 1877.

In te voegen:

6<sup>o</sup>. Wet van 26 April 1884 n<sup>o</sup>. 92 houdende wijzigingen in de wet op de regterlijke organisatie en het beleid der justitie.

Voor ons onderwerp is alleen van belang de bij art. 3 vastgestelde wijziging in art. 40.

- 7<sup>o</sup> Wet van 23 Juli 1885 n<sup>o</sup> 155 tot aanvulling van de wet op de regterl. org. en beleid der Justitie.

Het aanvullend art. 63 betreft de vervulling van plaatsen van raadsheer in de gerechtshoven en schrijft daartoe eene aanbeveling voor. Terugkeer tot het in 1875 verlaten stelsel waarop de wetgever reeds gedeeltelijk in 1877 terugkwam. Verg. bl. 122.

- bl. 55. Onder 2<sup>o</sup> in te voegen: Art. 1 betreffende de samenstelling

van de Rechtbank te Amsterdam is gewijzigd bij de wet van 7 October 1884 n<sup>o</sup> 212, nader gewijzigd bij de wet van 28 Augustus 1886 n<sup>o</sup> 132.

Betreft vermeerdering van het personeel.

- bl. 56. De onder 5<sup>o</sup> vermelde wet is in verband met het wetboek van strafrecht gewijzigd bij de wet van 15 April 1886 n<sup>o</sup> 63.
- bl. 57. Het onder N<sup>o</sup> 1 vermeld K. B. van 1855 n<sup>o</sup> 114 is ingetrokken bij K. B. 11 Augustus 1879 n<sup>o</sup> 150 en daarbij is een 3<sup>e</sup> lid aan art. 83 toegevoegd.
- bl. 58. r. 9 v. b. bijtevoegen: Zie thans K. B. van 15 Juli 1879 n<sup>o</sup> 143.
- bl. 60. Van de kl. letter reg. 5 v. b. *staat* 1588, *lees*; 1580.
- bl. 62. Van het hier vermelde formulierboek van VAN DEN HONERT werd in 1881 eene derde uitgave bezorgd door Mr. G. BELINFANTE.
- bl. 75. Over de veranderingen welke in de rechtsmacht van den burgerlijken rechter in strafzaken door de invoering van het wetb. van Strafrecht zijn gekomen en de daaromtrent in sommige gevallen bestaande onzekerheid, zie eene verhandeling van Mr. M. S. POIS in Tijdschrift voor Strafrecht I bl. 410.
- bl. 76. 4<sup>o</sup> bij te voegen: en het weigeren van verklaring afteleggen of gevoelen uittebrengen volgens art. 16 dierzelfde wet.  
Deze bepalingen zijn bij de wet van 13 November 1879 n<sup>o</sup> 190 tot wijziging van art. 25 der wet van 7 Mei 1856 n<sup>o</sup> 32 houdende bepalingen omtrent de tucht op de koopvaardij-schepen, in art. 25*a*, van toepassing verklaard op getuigen en deskundigen welke moeten worden gehoord door den Raad van tucht.
- bl. 94. r. 3 v. b. *staat*: l. 11 *lees*: l. 18.
- bl. 95. r. 8 v. b. " 1790 " 1793.
- bl. 97. r. 10 v. b. De hier besproken schending van het beginsel

heeft ook plaats bij de vaststelling van de proceskosten zonder de tegenpartij te hooren volgens de wet van 1879 n<sup>o</sup> 75, waarbij den rechter ook is toegestaan uit zijne lijdelijkheid te treden.

- bl. 113 r. 4 v. b. Bijtevoegen: Berustte het rechtsgebied der Hoven en Rechtbanken vroeger op de verdeeling van het Rijk in provinciën en van deze in arrondissementen, thans is het Rijk in arrondissementen verdeeld en zijn deze saangebracht onder het rechtsgebied van elk der Hoven.
- bl. 122. Voor de betrekking van Raadsheer in een Gerechtshof is de aanbeveling weder ingevoerd bij de wet van 1884 n<sup>o</sup> 155, volgens welke het Hof, de procureur-generaal daaronder begrepen, eene lijst van aanbeveling van drie candidaten, alphabetisch ingericht, opmaakt, waarop de Koning zooveel acht slaat als hij zal vermeenen te behooren.
- bl. 123. Na den derden nieuwen regel der aant. te lezen:  
Het tweede vereischte komt alleen bij de Hoven en den Hoogen Raad te pas; voor de leden van de Hoven wordt een vijfjarig, voor die van den H. Raad een tienjarig doctoraat gevorderd. art. 64 en 66 R. O.
- bl. 125 r. 15 v. b. *staat*: 204 *lees*: 203.
- bl. 135. r. 16 v. b. *staat*: aanstelling, leeftijd, *lees*: aanstelling, doctoralen graad, leeftijd.
- bl. 151. r. 12 v. b. *staat*: (692 vv.) *lees*: 692 vv. 3<sup>e</sup> ed. p. 824—837 en 849 vv. RAUTER n<sup>o</sup> 85, *lees*: n<sup>o</sup> 87.
- bl. 155 r. 9 v. o. bijtevoegen: Het appèl werd niet-ontvankelijk verklaard door den H. Raad bij arr. 18 Maart 1853 W. n<sup>o</sup> 1473.
- bl 161. *d* te lezen: Voor den procureur-generaal bij den H. Raad wanneer hij voor den Koning optreedt.  
Zie OUDEMAN I bl. 177.
- bl. 162. *e*. Voor het O. M., wanneer *lees*: Voor het O. M. ook wanneer enz.

- bl. 166. Bij de litteratuur in de noot nog op te nemen: H. I. VAN DE POLL de munere causarum patroni et inprimis de libertate ei concedendo ut munere bene fungi possit Amst. 1824. Het Reglement van orde en discipline voor de advocaten met eenige aantekeningen door Mr. C. L. SCHULLER TOT PEURSUM Utr. 1848 Verg. Themis 1848 bl. 498.  
Mr. N. F. VAN NOOTEN, Het Reglement van orde en discipline voor de advocaten en procureurs gewijzigd bij K. B. van 1 Juni 1879 n<sup>o</sup> 107 Utrecht 1879 Verg. W. v. h. R. n<sup>o</sup> 4448.  
EDM. PICARD, Paradoxe sur l'avocat. Introd. tot het III deel van de Paudectes Belges.
- bl. 171. r. 10 v. b. GROTIUS, adde: (Verg. Mr. M. C. VAN HALL in Bijdr. tot R. en W. 1830 bl. 565).
- bl. 175. a. h. e. bijvoegen: Wij zijn hiermede teruggekeerd tot wat reeds in Frankrijk door den kanselier l'HÔPITAL werd beproefd door de Ord. van 1560 art. 58 en de ord. van 1561 sur le cumul de la postulation et de la plaidoirie. Vid. ALLARD Rapport sur la révision du C. de pr. belge p. 26 I.
- bl. 177. r. 8 v. b. „rechtsbijstand uit”. Voeg daarbij: (Handelingen 1872 II bl. 19).
- bl. 177. r. 12 v. b. bijvoegen: De Belgische Kamer van Gedeputeerden besloot tot het behoud van de procureurs bij gelegenheid van de discussie over een ontwerp van een nieuw Wetboek van burg. rechtsw., hetwelk op de afschaffing van de procureurs gebouwd was. Zie mijn verslag van de discussien daarover in N. Bijdr. 1878 bl. 500.
- bl. 177. § 17 lees: § 24.
- bl. 215. r. 11 v. o. „Desniettemin leidt” enz. lees: „Desniettemin heeft de Ontwerper bij de regeling van meer dan eene rechtsvordering in het bijzonder aan de erkenning van het recht als de hoofdstrekking van de vordering gedacht. Zoo in art. 1194, 1307, 1436, 1437. Ook leidt” enz.

- bl. 225. r. 15 v. b. bij te voegen: j<sup>o</sup>. art. 808 B. R. alwaar de behoed middelen worden opgenoemd en art. 809 waar zij genoemd worden: voorzieningen strekkende tot bewaring van recht.
- Tusschen r. 17 en 18 in te voegen: in dat over ondercurateelestelling, art. 495 B. W.; over ontzetting uit voogdij art. 440 B. W.
- Tusschen r. 19 en 20 in het geding over erfrecht art. 883 § 3 en art. 1003 B. W.
- r. 5 v. o. arr. van Juni 1872 lees: arr. van 21 Juni 1872 W. n<sup>o</sup>. 3474.
- bl. 235. r. 6 v. b.: Bijdr. XVIII (1868) bl. 569.
- bl. 239. r. 7. v. b. in de noot *staat*: te steunen *lees*: te steunen, in het gevolg van de verjaring, in de enz.
- bl. 247. r. 8 v. o. adde.: Zie voorts Dr. R. LEONHARD Zur Lehre vom Beginne der Klagenverjähring in JHERING's Jahrbücher XVII s. 438 ff.
- bl. 250. r. 14 v. b. adde: Het Ontwerp 1820 laat geene schorsing toe. Zie B. IV tot 21, afd. 2 art. 3629 vv. Verg ook DAAM FOCKEMA bij NOORDZIEK B. W. 1824—25 II bl. 753 en 754 in de noot.
- bl. 254. a. h. e. „De ontstentenis” enz. dus te lezen: „De ontstentenis van een curator belet de belanghebbenden niet voor de bewaring van de rechten der nalatenschap te zorgen dewijl zij aan den rechter kunnen verzoeken een curator” enz.
- bl. 255. r. 3 v. b. 681 lees; 684.
- bl. 327. r. 8. v. b. „bij ons anders”. Voeg daarbij: Zooals de Hooge Raad bij arresten aangehaald in de concl. van de Proc. gen. voorafgaande aan het arrest van 1 Juni 1883 W. n<sup>o</sup>. 4914 en bij dat arrest zelf. Wordt daarbij niet uit het oog verloren dat naar art. 54 R. O. in het hoogste ressort wordt kennisgenomen van de vorderingen f 400 niet te bovengaande en dat

vorderingen, volgens dat art en ook volgens art. 38, niet anders kan beteekenen dan die bij dagvaarding gedaan, terwijl het Hof in hooger beroep volgens art. 69 kennis neemt van de daaraan onderworpen vonnissen der Rechtbank, wat niet afhankelijk is van het onderwerp der vordering in appèl, zooals de H. Raad in het aangehaalde arrest oordeelt, maar van de vonnissen gewezen op de vorderingen in art. 53 bedoeld en niet door art. 54 uitgesloten?

- bl. 329. r. 12 v. b. Door te halen de woorden: „te letten op den aanhef: persoonlijke vorderingen en door”.
- bl. 329. r. 14 v. b. 367 lees: 334. Van hetzelfde gevoelen is Mr. A. A. DE PINTO Handl. R. O. bl. 120 n<sup>t</sup>. 1.
- bl. 329. r. 19 v. b. Zie ook N. Bijdragen 1882 bl. 154, over het begrip van pers. en zak. rechtsv. naar aanleiding van een arr. v. d. H. Raad.
- bl. 329. r. 5 v. o. Bijvoegen: „Vonnis 's Bosch 13 Januari 1882 W. n<sup>o</sup>. 4764 vernietigend vonnis Heusden 19 Mei 1881.
- bl. 330. r. 18 v. o. In de plaats van de aangeh. arr. C. P. zie artt. 350, 458—561 W. v. Strafv.
- bl. 331. r. 7 v. b. juiste. Voeg daarbij: (art. 10 n<sup>o</sup>. 4 van tit. III der wet van 1790 Bijl. bl. XL en XLI).
- bl. 331. r. 6 v. o. allen lees: alleen.
- bl. 332. r. 10 v. o. lees: „mondelijke belediging” en voeg achter art. R. O.: (art 4 W. 1884 n<sup>o</sup>. 92).
- bl. 333. r. 13—16 vervallen.  
r. 19. In de plaats van de aangeh. artt. C. P. te lezen: B. II tit. 16 W. v. Strafr.: Smaad (niet smaadschrift) laster en eenvoudige belediging.
- bl. 340. r. 8 van § 43 staat: bl. 264 en 286 lees: 319 en 344.
- bl. 348. r. 20 v. b. overtredingen, lees: strafbare feiten.



- bl. 358. r. 17 v. b. DE PINTO bl. 195. Voeg daarbij: 2<sup>e</sup> ed. door Mr. A. A. DE PINTO bl. 230.
- bl. 362. r. 7. v. o. de leden der Hoven, lees: de leden van een Hof.
- bl. 363. r. 12 v. b. lees: tit. 2 Cap. 6 § 2 en de 10<sup>de</sup> aant. Verg. over de hier bedoelde vraag: W. J. VAN BONEVAL FAURE Het forum privilegiatum van art. 161 der Grondwet Acad. proefsch. Leiden 1887 bl. 1—12.
- bl. 369. r. 5 v. o. 378 lees: 379.
- bl. 370. r. 10 v. o. Het gevoel van OUDEMAN wordt weêrlegd door Mr. N. F. v. N. in Opm. en med. VII bl. 203.
- bl. 373. r. 14 v. o. 129 lees: 126.
- bl. 374. r. 9 v. b. gevallen ten lees: gevallen en ten.
- bl. 375. r. 5 v. b. 1876 lees: 1877.
- bl. 377. r. 15 v. b. III lees: VIII.
- bl. 384. r. 5 v. o. Adde: 4<sup>o</sup>. geschillen over hulp- en bergloon.
- bl. 396. De aan het hoofd van deze bladzijde aangeduide vraag meen ik, bij nadere overweging met DIEPHUIS Systeem I bl. 301 in dien zin te moeten beantwoorden, dat het gewezen domicilie met de gevolgen van de zaak waarvoor het gekozen werd op de erfgenamen overgaat. Art. 1354 B.W. Want partijen bedoelen eene toevoeging van woonplaats voor die zaak zoodat zij voor die zaak altijd aan die toegevoegde of gekozene woonplaats zouden te vinden zijn.

## DEEL II.

- bl. 10. r. 11 v. o. VI (1866) bl. 48, lees: XVI (1866) bl. 254.
- bl. 14. o. a. Een voorbeeld van eene op de wet gegronde exceptie p. l. c. wordt gevonden in art. 1565 B. W. Zie ook het in ons wetboek niet overgenomen art. 1225 C. C.
- bl. 15. r. 13 v. o. Art. 1336 5<sup>o</sup> en aan het slot en art. 1339 B. W. lees: en in Art. 1336, 5<sup>o</sup>. wat betreft deelbare verbintenissen die

met opzicht tot de erfgenamen van den schuldenaar als on-deelbaar worden behandeld.

- bl. 17. r. 11 v. o. Bij te voegen: De bepaling ware dan beter dus gesteld: „De rechter voor wien de gedaagde geroepen wordt.”
- bl. 39 r. 10 v. o. Bij te voegen; Zij is ingetrokken bij de wet van 1884 n<sup>o</sup>. 94.
- bl. 47 r. 12 v. o. BERRIAT ST. PRIX. Adde: I p. m. 192 nt. 47.
- bl. 58 r. 21 v. o. echtscheiding, *lees*: scheiding van tafel en bed.
- bl. 64 r. 14—17 door te halen de woorden: „(waarop art. 1286 § 3 verwijst)” en „terwijl hetgeen de voogd aan den minderjarige verschuldigd is renten draagt van af de rekening.”
- r. 20 door te halen. „Zie ook art. 1444, 1398, 1551, 1663 B. W.”
- bl. 66. Den laatsten zin van § 61 aldus te lezen: „Ik begin met de procedure bij de colleges en behandel in afzonderlijke §§: de voorbereidende handelingen (§ 62), de onderscheiding der zaken met betrekking tot hare behandeling (§ 63), de verwerping en den strijd (§ 64), de gevolgen van het antwoord (§ 65). Over de procedure bij de kantongerechten volgt eene afzonderlijke § (67), nadat nog in § 66 over het kort geding gehandeld is.
- bl. 125 r. 15 v. o. aan deze laatste, *lees*: daaraan.
- bl. 146. Met het op deze bladz. gevoerd betoog te vergelijken arrest 's Bosch 27 Juni 1879 W. n<sup>o</sup>. 4468; arrest Arnhem 3 November 1880 W. n<sup>o</sup>. 4614.
- bl. 147 r. 4 v. b. Bij te voegen: „Over de zg. sententia declaratoria schreef ook Mr. VAN MEEUWEN in Themis 1862 bl. 153. Een Acad. proefschrift over dit onderwerp werd in 1882 te Leiden door den heer H. T. WESTENBERG verdedigd.
- bl. 148. Van het r. 9 v. b. vermelde opstel in het R. Bijblad gaf ik eene geïllustreerde tweede uitgaaf in Rechtsg. Magazijn 1887, Maart-aflevering.

bl. 154 r. 7 v. o. Art. 63 is ingetrokken bij de Wet van 1884 n°. 94.  
Zie art. 462 W. v. Strafr.

Aan het slot van deze aantekening aan te halen art. 60.

bl. 163. Bij de op het midden van deze bladz. aangehaalde jurisprudentie te voegen vonnis 's Gravenhage 25 februari 1884, Rotterdam 17 Maart 1884 W. n°. 5009, 5094, waarin de engere oude leer wordt gehandhaafd. De ruimere opvatting huldigt H. Raad arr. 22 Juni 1883 W. n°. 4924; arr. 's Gravenhage 31 Maart 1884 W. n°. 5034, vonnis Arnhem 10 Januari 1884 W. n°. 5052, arr. Arnhem 19 November 1884 W. n°. 5134.

bl. 164b. Art. 79 is thans gewijzigd door de Wet van 1886 n°. 230.

bl. 168. Het hier behandelde art. 88 is ingetrokken bij art. 4 der Wet van 1886 n°. 230.

bl. 183 r. 12 v. o. Van 31 Mei 1856 n°. 165 lees: van 31 December 1856 n°. 165 en art. 1 Wet van 1882 n°. 93.

bl. 199 in de noot bij te voegen: Het wèl geschreven proefschrift van Mr. G. BROUWER Jzn. verdedigd te Leiden 1885.

bl. 211 r. 8 v. b. Van deze belooningen enz. dus te lezen: „Van deze belooningen is vrijstelling verleend in art. 31 en 38 van het Tarief behoudens de bepaling van art. 869 B. R.”

De heer BROUWER maakte terecht, in zijn Acad. Proefschr. bl. 85, de opmerking dat de bepalingen van art. 21 en 28 door mij waren over het hoofd gezien.

bl. 211 r. 11 v. o. 72 lees: 278.

bl. 213 r. 16 v. o. dat het uitmaakt wat recht is enz. lees: „dat zijne beslissing bindend gezag heeft en dat wat hij besliste recht is tusschen de partijen die het vonnis van den rechter verlangden enz.

bl. 217 r. 11 v. o. door te halen de woorden: „nog openstaan of zelfs”

bl. 229 r. 13 v. o. de daad lees: het feit.

r. 9 v. o. misdrijf lees: strafbaar feit.

- bl. 231. r. 7 v. o. tot eene onteerende straf *lees*: wegens misdrijf tot eene vrijheidsstraf van vier jaar of langer. art. 2 Wet 1884 no. 93.
- bl. 235. in het midden bijtevoegen: Nog beter ware het art. 1957 te schrappen en geene bijzondere bepaling voor de daar bedoelde vonnissen te maken. Zie de mem. van toel. op art. 291 Ontwerp Burg. Wetb. Boek I (1886), bl. 163.
-

**E. J. BRILL te Leiden heeft uitgegeven:**

- Bemmelen (P. van),** Le Système de la propriété mobilière. Droit intérieur, Système du code civil, Droit futur. f 3.75
- Boneval Faure (Mr. R. van),** Nederl. Burgerlijk Procesrecht. 1ste en 2de deel . . . . . f 9.—
- Het Burgerlijk Wetboek 1ste en 2de stuk f 4.25
- (—), Het Nederlandsch bezitrecht (F. W. B. II. Tit. 2). . . . . f 1.25
- Coninck Liefsting (Mr. F. B.),** De algemeene beginselen van het Bezitrecht en de Nederlandsche Bezitactiën. f 8,25
- Hoeven (H. v. d.),** Onze militaire strafwetgeving. Geschiedenis haar ontsteking en vaststelling met toestemming van Z. M. den Koning. 1ste en 2de deel met behorende bescheiden en uit andere bronnen afgevoerde officiële en niet-officiële stukken gepubl. 1884. Met bijvoegsel (De voor Ned.-Indië, Suriname en Curaçao in het crimineel wetboek en in het reglement van krijgstucht voor het krijgsvolk te lande gebrachte wijzigingen). f 4.— Zonder bijvoegsel . . . f 3.75
- De vraag: Mag het Wetboek van Strafrecht ongewijzigd ingevoerd worden? beantwoord. 1884. . . f 1.40
- Kock (Jhr. W. H. W. de),** Wet tot Ontrentrecht in Ned.-Indië met Aanteekeningen . . . . . f 3.—
- Lion (J.),** De Nederlandsche-Indische strafverordening voor Europeaanen en de daarbij gelijkgestelden, toegelicht op de jurisprudentie, met een bijlage van de voor het grootste gedeelte nimmer gepubliceerde officiële bescheiden, en opgehelderd voor praktische toepassing, door tal van formules. 1885. Ingenaaid f 15.— Gebonden in linnen . . . . . f 16.—
- Rossum (Mr. W. van),** Hulperzuim 2de druk. . . f 1.40
- Syntagma,** Institutionum Notum. Gai Institutiones juris civilis Rom. secundum G. Stadenmünd coll. ver. collationem edid. emend. notisque illustravit, apposisis Iustiniani institutionibus iis quidem ex recensione Pauli Krueger fere repetitis, ad locos deperditos lumina adjecit ex epitome Gaiana, Ulpiani fragmentis aliisque B. J. POLENAAR. . . . . f 2.50
- Tak (S.),** Wet tot regeling der jagt en visscherij, toegelicht op de handelingen der wetgevende macht, 2de druk. f 3.00
- Tijdschrift** voor Strafrecht. Onder redactie van de Hoogleeraren M. S. Pols, H. v. d. Hoeven, G. A. v. Hamel en J. Domela Nieuwenhuis. Dl. I. . . . . f 7.50