



De leer der exceptiën volgens het Romeinsch en hedendaagsch-Nederlandsch regt

<https://hdl.handle.net/1874/287738>

DE LEER DER EXCEPTIËN

VOLGENS HET

ROMEINSCH EN HEDENDAAGSCH-NEDERLANDSCH REGT.

AKADEMISCH PROEFSCHRIFT,

NA MAGTIGING VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS

MR. J. A. FRUIN,

GEWOON HOOGLEERDRAAR IN DE REGTSGELEERDE FACULTEIT,

MET TOESTEMMING VAN DEN AKADEMISCHEN SENAAT

EN

VOLGENS BESLUIT DER REGTSGELEERDE FACULTEIT,

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD

VAN

Doctor in het Romeinsch en Hedendaagsch Regt,

AAN DE HOOGESCHOOL TE UTRECHT,

DOOR

EDOUARD ZÉNON LOUIS VAN DER KEMP,

GEBOREN TE MAASTRICHT,

IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN

op Donderdag 1 Junij 1865, des namiddags te 1 ure.



UTRECHT,

J. VAN BOEKHOVEN.

1865.

DE LIEDE DER EERSTEN

IN DEN JAAREN 1780-1781

ALPHABETISCH VERORDENDE

DE LIEDE DER EERSTEN

ALPHABETISCH VERORDENDE

ALPHABETISCH VERORDENDE

ALPHABETISCH VERORDENDE

ALPHABETISCH VERORDENDE

ALPHABETISCH VERORDENDE

ALPHABETISCH VERORDENDE

ALPHABETISCH VERORDENDE

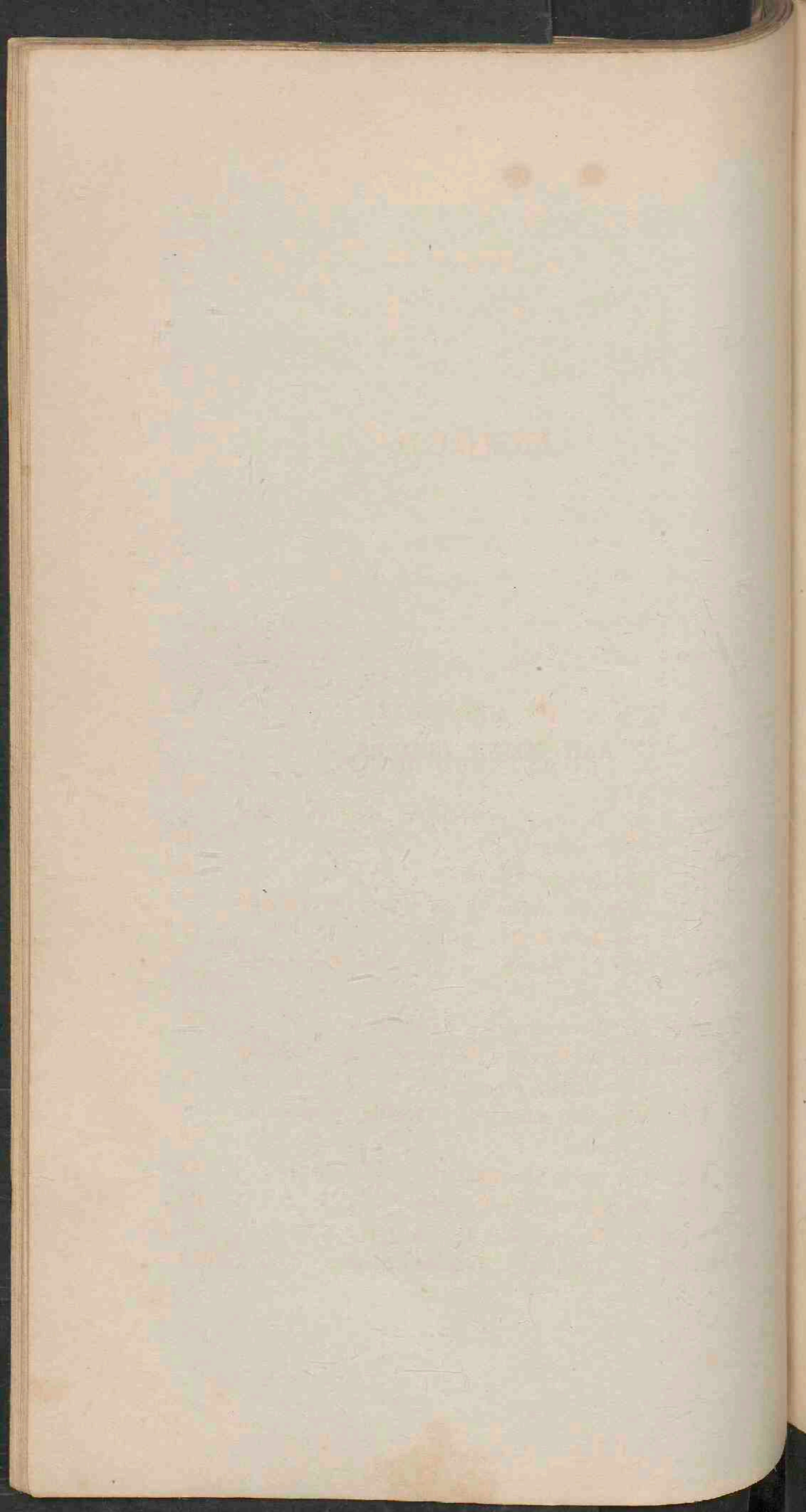
ALPHABETISCH VERORDENDE

ALPHABETISCH VERORDENDE

ALPHABETISCH VERORDENDE

ALPHABETISCH VERORDENDE

AAN MIJNE OUDERS.



INHOUD.

	Bladz.
INLEIDING	1

1^{ste} GEDEELTE.

ROMEINSCH REGT.

HOOFDSTUK I. De Exceptie in haren oorspronkelijken vorm	5
§ 1. Wat is eene Exceptie?	5
§ 2. Over den vorm en de plaats der Exceptie in de formula.	11
HOOFDSTUK II. De Exceptie in het latere Romeinsche Regt	21
HOOFDSTUK III. Verdeeling der Exceptiën	56
HOOFDSTUK IV. De Exceptie beschouwd met betrekking tot 't proces.	78
§ 1. Wanneer moet de Exceptie voorgebragt worden?	78
§ 2. Het bewijs der Exceptie	85
§ 3. De werking der Exceptie.	90
HOOFDSTUK V. De verjaring der Exceptie	98
HOOFDSTUK VI. Replicaties, Duplicaties, enz.	113

2^{de} GEDEELTE.

NEDERLANDSCH REGT.

	Bladz.
HOOFDSTUK I. De Exceptie volgens het hedendaagsch burgerlijk regt	119
HOOFDSTUK II. Verdeeling der Exceptiën	128
HOOFDSTUK III. De Exceptie beschouwd met betrekking tot 't proces	138
§ 1. Wanneer en in welke orde moeten de Exceptiën voorgesteld worden?	138
§ 2. Op welke wijze moeten de Exceptiën voor- gesteld en behandeld worden?	151
§ 3. Het bewijs der Exceptie	156
§ 4. De werking der Exceptie	158
HOOFDSTUK IV. De verjaring der Exceptie	162
HOOFDSTUK V. Over eenige Exceptiën in 't bijzonder	169
§ 1. Exceptie van onbevoegdheid	169
§ 2. Exceptiën van aanhangig geding en van verknochtheid	188
§ 3. Exceptie van nietigheid van dagvaarding.	198
§ 4. Exceptie van beraad	207
STELLINGEN	213

INLEIDING.

Gelijk van onze meeste regtsinstituten, moet ook van de exceptie de oorsprong in 't Romeinsche regt gezocht worden. Wanneer wij de bronnen nagaan, vinden wij van haar 't eerst gewag gemaakt na de Lex Aebutia, onder 't systeem der formulae. Genoemde wet had namelijk, met de beide leges Juliae eene groote verandering in de procesorde gebragt, door voor 't grootste gedeelte de legisactiones af te schaffen, die 't vrije verkeer uitermate belemmerden. — De aanhoudende oorlogen en daaruit ontstane veroveringen hadden de Romeinen met vreemde volken in aanraking gebragt; de eenvoudige zeden en gewoonten van 't kleine Rome maakten weldra plaats voor den rijkdom en de weelde van den uitgestreken, magtigen Romeinschen staat; de behoeften en betrekkingen namen daardoor toe en tevens de noodzakelijkheid om zich vrijer, ook in het verkeer met vreemdelingen te bewegen. Er begon zich langzamerhand eene vrijer regtsbeschouwing te vormen naast het strenge civiel-regt (zooals dat in de Leges XII Tab. geschreven stoud), dat de innerlijke waarde der handelingen geheel aan de uiterlijke vormen ondergeschikt maakte, zoodat elke fout in den

vorm eene regts-handeling nietig kon maken ¹⁾. Bovendien de peregrini, die zich meer en meer in de stad kwamen vestigen, en met wie de Romeinen allerlei handelsbetrekkingen aanknoopten, werden door dat jus civile niet beschermd, noch konden de laatsten er zich tegen hen op beroepen. Hadden de peregrini geschil onder elkander of met de cives, dan moesten zij beoordeeld worden volgens 't jus gentium. Dat deze toestand verandering eischte, zagen allen in; maar 't jus civile zelf kon men niet veranderen: dat moest de grondslag van het regt blijven. De moeilijkheid, om zich in de praktijk er voortdurend aan te houden, gaf aanleiding tot allerlei bedrog, daar men nu eens zich wendde eenige formaliteiten achterwege te laten, dan weder zich streng aan 't regt vasthield. — Hoe verkeerd sommige handelwijzen ook op zich zelve waren, kon men soms met de bestaande regtspleging niets daartegen doen. Daarom zag men naar een ander hulpmiddel om, hetwelk bestond in de procedure per formulas.

Hiermede bereikte men het gewenschte doel, want 't was nu niet meer noodig zijn regt van ageren van eene lex af te leiden of voor den Praetor die formele woorden uit te spreken; nadat de partijen hun geschilpunt hadden duidelijk gemaakt, gaf de Praetor eene formula, waarin hij een judex benoemde en dezen opdroeg de door partijen uiteengezette en in de formula omschreven feiten, waarop de verdediging des eischers of de verdediging des gedaagden berustte, na te gaan, om, naarmate hij van de gegrondheid dier

¹⁾ GAI. IV § 30: „Sed istae omnes legisactiones paulatim in odium venerunt; namque ex nimia subtilitate veterum qui tunc jura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet. Itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legisactiones, effectumque est ut per concepta verba, id est, per formulas litigaremus.”

feiten overtuigd was, te veroordeelen of vrij te spreken ¹⁾. Het gevolg hiervan was, dat de Praetor 't in zijne magt had om, al steunde de eisch niet op eene wet, zelf eene nieuwe vordering te scheppen, door eene formula te verleen. In elk nieuw voorkomend geval, al was eene regts-handeling jure civili zonder kracht, zoo zij slechts jure gentium voldeed, of waar de billijkheid dit eischte, verleende de Praetor zijne hulp. Bij de aanvaarding zijner betrekking gaf hij in zijn album de regelen op, naar welke hij regt zou spreken. Daar deze door de elkander opvolgende Praetoren meestal overgenomen en slechts aangevuld werden overeenkomstig nieuwe behoeften, zoo ontwikkelde zich langzamerhand 't jus Praetorium ²⁾, waarvan de aequitas een der grondslagen was, dat ten doel had de strengheid van 't civiel-regt te verzachten en dit aan te vullen met nieuwe elementen, zooals die door de voortgaande beschaving werden aangegeven. De Praetor toch had geen wetgevende magt, maar kon slechts in zijn Edict uitspreken, wat hij als regt zoude aanzien en handhaven. Dit drukt PAPINIANUS met deze woorden uit: »jus praetorium est, quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam» ³⁾. — Zij mogten derhalve 't jus civile niet veranderen, maar slechts aanvullen en verbeteren, zoo dikwerf het met de natuurlijke billijkheid in botsing kwam ⁴⁾. — »Berücksichtigung der Billigkeit», zegt ALBRECHT, »gegen das strenge Civilrecht ist das Wesen, in der Beschränkung auf das Nothbedürfniss und in der formellen Schonung des Civilrechtes liegt der

¹⁾ Verg. ZIMMERN, »Geschichte des Röm. Privatrechts», III § 131; PUCHTA, »Instit.» I 335.

²⁾ PUCHTA t. a. p. I 366.

³⁾ L. 7 § 1 D. de J. et J. (I, 1)

⁴⁾ L. 183 de R. J. »Etsi nihil facile mutandum est ex solemnibus, tamen ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est».

Character dieses *jus honorarium*" ¹⁾. De wijze, waarop dit regt in werking werd gebragt, geschiedde deels door acties, deels door restituties, deels door excepties.

Dit laatstgenoemde regtsmiddel nu wordt in de volgende bladzijden door ons besproken. Wij hebben daartoe ons werk in 2 gedeelten verdeeld; waarvan 'teerste de exceptie volgens het Romeinsche regt bevat en het andere de toepassing der Romeinsche beginselen op ons regt.

Dit doel althans hadden wij bij 't bewerken dezer proeve voor oogen. In hoe verre wij daarin geslaagd zijn, moet ik aan het oordeel der regtsgeleerden overlaten.

»Edidi, quae potui, non, ut volui."

¹⁾ ALBRECHT, „*Die Exceptionen* etc." pg. 5.

EERSTE GEDEELTE.

ROMEINSCH REGT.

HOOFDSTUK I.

De Exceptie in haren oorspronkelijken vorm.

§ 1.

Wat is eene Exceptie?

Voor dat wij het begrip van exceptie in haren oorspronkelijken vorm kunnen vaststellen, zullen wij eerst nagaan, welke kenmerken eene verdediging des gedaagden tot eene exceptie maken. De gedaagde kan namelijk op verschillende wijzen eene veroordeeling van zich afwenden. WÄCHTER ¹⁾ verdeelt ze in 4 soorten, te weten: 1°. in *Verneinung des Rechtsgrundes der Klage*, zoo de gedaagde ontkent, dat 't regt waarop de eischer zich beroept, ooit als regt is aangenomen, of door de aangevoerde daadzaken kan worden gevestigd; 2°. in *verneinende Einlassung auf die Klage*, zoo hij ontkent, dat de juridische feiten, waarop 't regt moet steunen, werkelijk bestaan of voorgevallen zijn; b. v. bij

¹⁾ WÄCHTER, „Handbuch des in Königr. Württemberg geltenden Privatrechts“ II, pg. 492 v.

eene *condictio indebiti* beweert hij, dat 't betaalde hem schuldig was; 3^o. in *Einreden im weiteren Sinne*, welke hij wederom in 2 afdeelingen splitst: in *Einreden gegen die Entstehung des Rechts* ¹⁾; als hij b. v. beweert, dat de gestelde voorwaarde nog niet vervuld is; en in *Einreden des Erloschenseyns des Rechts*, wanneer hij 't tegenwoordig bestaan van het regt ontkent als zijnde opgeheven door een later voorgevallen feit; en 4^o. in *Einreden im engeren Sinne*, zoo hij, erkennende dat de eischer *jure civili* regt heeft, een ander regt daartegenover stelt, dat de actie in hare werking stuit.

Verdedigt zich de gedaagde op laatstgenoemde wijze, dan stelt hij eene exceptie voor.

Oorspronkelijk onderscheidde zij zich van alle andere verdedigingsmiddelen door de volgende kenmerken ²⁾.

1^o. Dat het regt, hetwelk zij beschermt, tegenover een nog bestaande streng civielregterlijke aanspraak moet staan. — Als dit 't geval niet was, had de gedaagde geene bescherming noodig; de actie werd dadelijk geweigerd. Het regt, waarop de eischer zich beroept, moet *jure civili* gegrond zijn en bovendien ten tijde der *Litis contestatio* nog bestaan, daar deze aan hetzelfde zijne werking verschaft.

»Saepe enim», zegt GAJUS, »accidit, ut quis *jure civili* teneatur, sed iniquum sit eum *judicio condemnari* ³⁾.

2^o. Dat dit regt hetwelk zij beschermt niet op het *jus civile*, maar alleen op de billijkheid moet steunen. Beroept de gedaagde zich b. v. op betaling, novatie of andere ver-

¹⁾ SAVIGNY, „System” V 153 rangschikt deze *Einreden* nevens de gevallen van No. 2 onder *Absolute Verneinung*, doch erkent dat, met betrekking tot 't bewijs, beide soorten verschillend moeten behandeld worden.

²⁾ Verg. ALBRECHT, t. a. p. pg. 10 en v.; WEISKE, „*Rechtslexicon*”, III voce „*Einrede*” pg. 673 v.

³⁾ GAJ. IV 116.

dedigingsgronden, die op 't civiel-regt steunen, dan stelt hij deze niet in den vorm eener exceptie tegenover de actie, daar zij reeds van zelf door den Praetor en den regter in aanmerking moeten genomen worden. Het regt moet op de *aequitas* berusten ¹⁾.

3°. Dat de Praetor deze regtsbeschouwing eerst bij 't begin van 't proces als een *beneficium* verleent. — 't *Jus civile* toch was onschendbaar, zoodat de Praetor geene daarmede strijdige regten kon scheppen, noch de magt had wettig verbindende regels vast te stellen, te minder daar zijne betrekking slechts één jaar duurde. Als een *beneficium*, niet als een opvorderbaar regt, gaf hij telkens de exceptie. Al was 't feit, dat een grond voor eene exceptie opleverde, reeds dadelijk bij 't ontstaan van 't regt des eischers geboren, de gedaagde bleef verbonden zoo lang, tot dat de andere, zijne actie willende doen gelden, door de exceptie werd teruggewezen.

4°. Dat de gedaagde zich uitdrukkelijk op dat regt moet beroepen. — Dit is een gevolg der bekende regel »*Invito beneficium non datur*» ²⁾. De gedaagde moet de exceptie aan den magistraat vragen, na 't feit uiteengezet te hebben, waarop hij zich beroept. *Ex officio* mogt de Praetor ze niet geven; hij zou zijne magt te buiten gaan, daar de al te groote gestrengheid van 't civielregt eerst blijken moet, hetgeen niet 'tgeval is, zoo de gedaagde er zich aan onderwerpt.

5°. Dat hare processuele werking hierin bestaat, dat zij, na vrijspraak van den gedaagde, het regt des eischers niet vernietigt, maar het slechts verhindert 't beoogde doel te

¹⁾ ZIMMERN, t. a. p. pg. 284 „Sie (die exceptio) beruht also selbst nicht auf dem Civilrechte, sondern auf dem Kampfe der *aequitas* mit dem Civilrecht.”

²⁾ L. 69 de R. J.

bereiken, namelijk, veroordeeling van den gedaagde.¹⁾ Eene op 't jus civile gegronde verdediging vernietigt het regt zelf, zoodat de actor nooit meer daarvan gebruik kan maken. Steunt zich daarentegen de verdediging alleen op de billijkheid, terwijl erkend wordt, dat de vordering des eischers civielregterlijk gegrond is, dan komt de Praetor met zijne buitengewone middelen te hulp, omdat 't is iniquum, eum judicio condemnari.

Het regt des eischers blijft dus bestaan, en is door 't vonnis niet opgeheven; zijne werking alleen is in dit proces verhinderd. Het gevolg hiervan is, dat de actor later op nieuw met zijne actie voor den dag kan komen, en de andere zich weér op dezelfde wijze zou moeten verdedigen; ja, welligt de vroeger afgewendde veroordeeling nu zou moeten ondergaan, omdat hij voor den grond zijner exceptie de bewijsmiddelen verloren heeft. De groote onbillijkheid, die hierin ligt, is blijkbaar. Dit zag de Praetor in en gaf daarom den gedaagde na zijne vrijspraak, de exceptio rei judicatae, waarmede hij zich slechts op 't gevelde vonnis beriep, en zoo op gemakkelijke wijze telkens de werking der actie verhinderde.

Wanneer wij deze kenmerken te zamen vatten, kunnen wij de exceptie in haren oorspronkelijken vorm aldus bepalen: Zij is een verdedigingsgrond, die alleen op de billijkheid steunt, en door de buitengewone bescherming des Praetors, op verzoek van den gedaagde verleend, de werking eener civile actie stuit. Deze definitie, gelijk ALBRECHT²⁾ ze geeft, komt mij voor de beste te zijn. SAVIGNY³⁾ is van een ander gevoelen, beweerende dat de exceptie tegenover de praetorische actie evenzeer eene ware,

¹⁾ BETHMAN-HOLLWEG, „Versuche“ pg. 373 v.

ZIMMERN t. a. p. pg. 284.

²⁾ t. a. p. pg. 44.

³⁾ t. a. t. p. pg. 172 v.

eigentliche exceptie is, als die tegenover eene civiele actie. Ofschoon wij dit toegeven, ontkennen wij, dat de exceptie oorspronkelijk ook diende, om eene praetorische actie krachteloos te maken ¹⁾. Dit ligt m. i. in den aard der zaak. De Praetor toch, die *caussa cognita* zijne actie gaf, zal dezelve voorzeker geweigerd hebben, zoo de gedaagde eene exceptie had. Maar later toen de praetorische actie als een regt kon gevorderd worden en daarvoor geen *caussae cognitio* meer vooraf ging, zoodat zij evenzeer eene onbillijke veroordeeling ten gevolge kon hebben, had het gebruik der exceptie hetzelfde doel. Voorts beweert hij nog, dat de civiele excepties geheel gelijk staan met de praetorische, en dat zij evenmin oneigentlijk en nagebootst zijn als civiele acties. Ook met deze meening kunnen wij ons niet vereenigen. GAJUS toch spreekt in § 116 zeer duidelijk alleen van praetorische excepties tegenover civiele acties, gelijk uit al zijne voorbeelden bovendien blijkt; hij zegt wel in § 118 dat alle excepties „*substantiam capiunt vel ea legibus, vel ex his quae legis vicem obtinent, vel ex jurisdictione praetoris proditae sunt*,” doch bedoelt daarmee dat de Praetor de gronden der excepties gedeeltelijk zelf, krachtens zijne jurisdictie alleen ten gevolge zijner beschouwing der *aequitas*, opgegeven, gedeeltelijk uit *leges* enz. geput heeft. Het praetorisch regt wordt dan ook genoemd *vox viva juris civilis* ²⁾. Eene *lex* of *setum* kan wel de stof voor eene exceptie leveren, maar door den Praetor konden zij eerst in werking komen en haar doel bereiken ³⁾. Dit merkt HEIMBACH te

¹⁾ REINHOLD, „*Beiträge zur lehre von den Einreden und der Beweislast*” in *Zeitschrift für Civilrecht und Prozesz*. XIII pg. 191 stelt tevens buiten allen twijfel, dat de exceptie oorspronkelijk alleen tegen 't civielregt gerigt was; gelijk ook KIERULFF, „*Theorie des gemeinen Civilrechts*” I pg. 183.

²⁾ L 8 D de Just. et J. (I, 1).

³⁾ De *Sctae Vellej.* en *Maced.* geven ons daarvan een voorbeeld. Zie L 2 § 1. ad *SC Vellej.* (XVI, 1); L 1 pr. de *SC Maced.* (XIV. 6).

regt op, als hij zegt: »Diese Weise der blossen Empfehlung beliesz die Exceptionen immer noch in der Eigenschaft als wahre prätorische Rechtsmittel, nur dasz sie dann den Stoff aus anderen Rechtsorganen entlehnten" ¹⁾. Evenmin geven de Instituten van JUSTINIANUS aanleiding tot die meening van SAVIGNY; 't doet er niet toe, of een lex enz. of de Praetor zelf de onbillijkheid inziet, de Praetor eerst kleedt de acquitas in den vorm eener exceptie ²⁾. Later, over de verdeeling der excepties sprekende, zullen wij nog op deze quaestie terug komen.

De definitie evenwel, welke SAVIGNY geeft, is overigens goed te keuren, daar zij beknopt en duidelijk 't voornaamste kenmerk (de zelfstandigheid van het regt van den gedaagde) inhoudt, hetwelk aan de exceptie ten alle tijde is eigen gebleven. Maar voor de exceptie in hare oorspronkelijke beteekenis vind ik haar minder geschikt, omdat zij niet, gelijk die van ALBRECHT, alle kenmerken doet uitkomen. Exceptie is volgens hem, »der Römische Ausdruck für diejenige Art der Vertheidigung eines Beklagten, welche auf der Behauptung eines selbständigen Rechts desselben beruht" ³⁾.

Zuiver formeel is de bepaling van KELLER als hij dezelve slechts beschouwt in hare betrekking tot de formule, terwijl zij toch reeds in jure ten gevolge kan hebben, dat b. v. de actie geweigerd wordt of de eischer uit eigen beweging terugtreedt. Hij noemt ze: »eine Ausnahme von dem Befehle, bei richtig befundener Actio zu condemniren,

¹⁾ WEISKE t. a. p. pg. 678; KELLER, „Der Röm. Civilprocess und die Actionen" pg. 142. Van een ander gevoelen is WÄCHTER t. a. p. pg. 500 No. 16.

²⁾ L. 3 § 1, D. de const. pec. (XIII. 5) „... quod jure civili debebat, jure Praetorio non debebat, i. e. per exceptionem".

³⁾ t. a. p. pg. 160.

zu Gunsten des Beklagten hinzugefügt" ¹⁾. Diezelfde eenzijdigheid keuren wij af in de definitie van ULPIANUS, aldus luidende: „Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae (inter) opponi actioni cuiusque rei solet ad eludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est" ²⁾.

§ 2.

Over den vorm en de plaats der Exceptie in de formule.

De gewone deelen, waaruit eene formule kon bestaan, waren vier in getal: *demonstratio*, *intentio*, *adjudicatio*, *condemnatio* ³⁾. Deze 4 partes waren nimmer in een en dezelfde formule vereenigd; de intentio kwam bij allen voor, (evenals de condemnatio, met uitzondering der praepjudicia); de demonstratio bij vele actiones in personam; en de adjudicatio alleen bij de judicia divisoria (familiae erciscundae, communi dividundo en finium regundorum). Maar behalve deze gewone deelen, werden in sommige gevallen aan de formule nog andere clausules toegevoegd, welke GAIUS ⁴⁾ daarom met den naam van *adjectiones* bestempelt. Daartoe behoorden de praescriptiones pro actore of pro reo en de excepties. Laatstgenoemde nu werden slechts dan in de formule geplaatst, als 't onbillijk was, dat de gedaagde volgens de intentio veroordeeld werd. Want, als de Praetor de gewone formule gaf, was de iudex verplicht alleen 't in de intentio genoemde feit na te gaan, zonder de gronden van billijkheid in acht te kunnen nemen. Luidt b. v. de formule aldus: Si paret N.N.

¹⁾ t. a. p. pg. 141. Vgl. BRINZ: „Lehrbuch der Pandekten“, Erlangen 1857, Abth. I, § 39.

²⁾ L. 2 pr. D. de exc. (XLIV. 1).

³⁾ GAIUS IV, § 39—45.

⁴⁾ GAIUS IV, § 129.

A.A. sestertium X millia dare oportere, tu judex, condemna; si non paret, absolve, dan heeft de regter slechts te onderzoeken, of N.N. jure civili aan A.A. zooveel schuldig is, en de veroordeeling uittespreken, als hij daarvan overtuigd is. Al zijn zij ook later door een pactum overeengekomen, dat A.A. niet zal vorderen; dit doet niets ter zake; 't houdt de veroordeeling niet tegen, want de regter mag zich niet buiten de grenzen der formule begeven, welke zijne werkring zeer bepaald afbaken. Om deze onbillijkheid weg te nemen en toch 't civiel-regt niet te schenden, voegde de magistraat, die de actie niet weigeren kon, omdat zij civielregterlijk gegrond was, bij de intentio eene clause, waarvan hij ook de veroordeeling afhankelijk maakte. Erkende de eischer reeds in jure 't bestaan van 't feit, waarop de gedaagde zich beroept, dan weigerde de magistraat de op zich zelve gegronde actie, en de zaak kwam in 't geheel niet in judicium. In 't tegenovergesteld geval moest de Praetor den regter uitdrukkelijk magtigen; die gronden van billijkheid na te gaan, en bragt ze daarom in de formule zelve ¹⁾. Eén van beiden moest nu plaats hebben; of de gedaagde heeft reeds in jure 't regt des eischers erkend of niet. In 't eerste geval werd de intentio als demonstratio in de formule gezet, omdat de regter geen onderzoek meer daarnaar behoefde in te stellen, maar die zaak als bewezen wordt aangenomen, zoodat alleen de exceptie aan zijn oordeel wordt overgelaten ²⁾. De formule luidde dan aldus: Quod N.N. A.A. X ex stipulatu debet. Si inter eos non convenit, ne ea pecunia peteretur, N.N. A.A. in X condemna; extraquam si convenit, absolve."

¹⁾ L. 9 pr. de jurej. (XII. 2) „... posteaquam juratum est, denegatur actio: aut, si controversia erit, id est, si ambigatur, an jurandum datum sit, exceptioni locus est." — ALBRECHT t. a. p. 17 v.

²⁾ L. 9 C. de exc. (VIII. 36) „... Si vero de hac (sc. intentione actoris) confitendo, exceptione te munitum asseveras, de hac tantum agi convenit."

Maar in 't 2e geval moest zoowel de intentio als de exceptie door den regter onderzocht worden, zoodat de formule van dezen inhoud werd: »Si paret N.N. A.A. X ex stipulatu debere, ac si inter eos non convenit, ne ea pecunia peteretur, N.N. A.A. in X condemna, si non paret absolve.»

Uit beide voorbeelden blijkt, dat evenals de intentio zelve, ook de exceptie de condemnatio voorwaardelijk maakt ¹⁾, en bovendien dat zij als eene negatieve voorwaarde in de formule voorkomt: »condemna, si non convenit.» Maar werd zij altijd *negatief* uitgedrukt of in sommige gevallen ook *positief*? Ik ben 't met SAVIGNY ²⁾ eens, dat alle excepties zonder onderscheid negatief in de formule werden geplaatst, en beroep mij daartoe op de woorden van GAJUS »Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quam adfirmat is, cum quo agitur. Ideo scilicet, quia omnis exceptio objicitur quidem a reo, sed ita formulae inseritur, ut conditionalem faciat condemnationem, id est, ne aliter iudex cum cum quo agitur condemnet, quam si nihil in ea re, qua de agitur, dolo actoris factum sit, rel'» ³⁾.

ALBRECHT ⁴⁾, deze zelfde woorden aanhalende, beweert, dat GAJUS met dit »in contrarium concipiuntur» niet juist eene negatieve stelling bedoelt, maar slechts aantoonst, dat de exceptie altijd op tegenovergestelde wijze wordt geredigeerd als de intentio. Is deze positief, dan is de exceptie negatief; maar omgekeerd, als de eerste negatief gesteld is, moet de exceptie zonder twijfel eene positieve voorwaarde

¹⁾ L. 22 pr. de Exc. »Exceptio est conditio, quae modo eximit reum damnatione modo minuit damnationem.»

²⁾ t. a. p. pg. 161; FABER: »De leer der exceptiën en niet-ontvankelijkheid» 1850, pg. 8.

³⁾ GAJUS IV, 119.

⁴⁾ t. a. p. pg. 22 n. 7.

worden. Bovendien, zegt hij, kan zij den inhoud der intentio zeer goed weerspreken, zonder een ontkennend woord te gebruiken, zooals blijkt uit L 28 de nox act.

Wat ALBRECHT meent met eene negatief gestelde intentio is mij niet duidelijk. Of bedoelt hij er mede eene aldus gestelde: si paret hominem ex jure Quiritium N.N. non esse? Evenwel onder de voorbeelden door GAJUS opgegeven, komt eene dergelijke formule niet voor, zoodat wij reden hebben, om te twifelen, of zij wel ooit zoo geplaatst werd. Maar toch, aangenomen, dat zij zoo kon luiden, begrijp ik nog niet, hoe 't mogelijk is, dat de exceptie dan positief kan gesteld zijn. De regter krijgt last, om N.N. te veroordeelen, als 't blijkt, dat de man niet aan N.N. toebehoort, tenzij b.v. de zaak reeds vroeger beslist is; de exceptie kan niet anders dan aldus luiden: »si de ea re judicatum non sit.”

Dat eene exceptie zeer goed den inhoud der intentio kan weerspreken, zonder een ontkennend woord te gebruiken, is op zich zelf natuurlijk waar; maar met betrekking tot haren vorm in de formule kunnen wij 't niet toegeven. De door hem aangehaalde L 28 D de nox. act. (IX. 4) gewaagt van de publiciana actio ingesteld tegen den dominus, die de exceptie: »si dominus ejus sit” opwerpt. Hiermede kan hij onmogelijk zijne bewering staven; 't is toch duidelijk, dat AFRICANUS, gelijk hij eerst spreekt van de exceptio doli mali, ook hier deze exceptie als 't ware bij haren naam noemt, zonder eenige gedachte aan hare stelling in de formule. Hij doelt daarmede op den inhoud der exceptie. Evenzoo ziet de uitdrukking, exceptio quod metus causa alleen op 't Edict, dat met die woorden aanvangt, terwijl de formule zelve luidt: »si in ea re nihil metus causa factum sit” ¹⁾.

¹⁾ L 4 § 33 D de doli mali et met. exc. (XLIV. 4).

Verg. L 2 § 1 de doli m. exc. (XLIV. 4); L 2 § 1 D. ad leg. Jul.

Ten laatste pleiten nog tegen het gevoelen van A. de door hem zelven aangehaalde woorden, waarmede gewoonlijk de exceptie in de formule begon: *extra quam si, si non, si nihil, nisi, nisi si, at si non, ac si non enz.*, welke allen hare stelling noodzakelijk negatief maakten.

Omdat deze woorden eene uitzondering te kennen geven, en bovendien de exceptie bij uitzondering in de formule voorkwam, hebben sommige daarvan den naam willen afleiden. Ten onregte, geloof ik, want hoe dan te verklaren de uitdrukking: *exceptio dilatoria*, en de bepaling van PAULUS: *exceptio est conditio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem?* ¹⁾ Eene exceptie, in de formule gebragt, kan nooit eene veroordeeling gedeeltelijk afwenden of uitstellen; zij verhindert dezelve geheel en al; de jurist spreekt daar van den grond der exceptie, voor dat zij door den Practor geformuleerd is. Tegen die meening bewijst nog de omstandigheid, dat eene in jure erkende exceptie ten gevolge heeft, dat er in 't geheel geen formule gegeven wordt. ALBRECHT ²⁾ zegt, dat de naam zijnen oorsprong daaraan ontleent, dat de exceptie eene uitzondering is op den regel, dat 't regt slechts door regt krachteloos kan gemaakt worden. SAVIGNY ³⁾, PUCHTA ⁴⁾ en SENTENIS ⁵⁾ daarentegen beweren, dat zij dien naam voert, omdat zij ten doel heeft, eene vrijspraak als uitzondering te bewerken, zelfs wanneer 't door den eischer

de ad. (XLVIII. 5); L 1 § 16 de flum. (XLIII. 12): Weiske t. a. p. 675. —; ZIMMERN t. a. p. § 93.

¹⁾ L 22 pr. D. de exc.

²⁾ t. a. p. pg. 23. Verg. KIERULFF. t. a. p. pg. 178; WEISKE t. a. p. 675.

³⁾ t. a. p. pg. 160.

⁴⁾ Inst. I. 337.

⁵⁾ SENTENIS „*Das practische gemeine Civilrecht*“ 1860; I pg. 306 noot 14.

beweerde recht voorhanden is. Al deze gevoelens berusten op gissingen, daar de afleiding nergens uitdrukkelijk vermeld wordt. Aan ons schijnt de door ALBRECHT gegevene verklaring 't meest overeenkomstig de waarheid te zijn.

Boven zagen wij, dat, wanneer eene exceptie door den regter in aanmerking zal kunnen genomen worden, zij in de formule moet staan. Wat beteekent dan 't gezegde: *exceptiones bonae fidei iudiciis insunt*?

Een bonae fidei iudicium, onderscheidde zich van een stricti juris iudicium, door de uitgebreidere bevoegdheid des regters. Niet alleen, wat woordelijk in de formule staat, moet hij nagaan en onderzoeken, maar alles, wat overeenkomstig de bona fides is. De onmogelijkheid voor den Praetor, om in elk geval met juistheid te bepalen, wat van weërszijde de goede trouw vorderde, gaf aanleiding, dat hij 't den regter opdroeg, die bij naauwkeuriger onderzoek der quaestie daartoe beter in staat was. Vóór de Lex Aebutia werd ditzelfde doel bereikt door de Legisactio per iudicis arbitrive postulationem, die in deze gevallen de legisactio Sacramenti verving, welke door hare strenge vormen niet in de behoefte kon voorzien, daar zij op de wederzijdsche verplichtingen niet kon letten, maar alleen uitmaakte, of 't Sacramentum justum of injustum was, zonder eenige wijziging toe te laten ¹⁾. Deze b. f. iudicia waren zeer beperkt in aantal, en met name opgeteld zoowel door GAJUS als door JUSTINIANUS ²⁾. Allen komen voort uit wederkeerige regtsbetrekkingen, die men aanknoopt met een bepaald persoon, omdat men hem vertrouwt en waarbij men dan veel volgens gewoonte en gebruiken aan dat goed vertrouwen ³⁾ overlaat. Had nu een der partijen dat ver-

¹⁾ ORTOLAN, „*Explication historique des Instituts*.” III § 1859, 1870.

²⁾ GAJ. IV 62; Inst. IV. 6, § 28.

³⁾ L 31 § 20 de aed. ed. (XXI. 1) „... ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire.”

trouwen geschonden, dan kwam de Praetor te hulp, niet om volgens streng regt uitspraak te doen, maar om te oordeelen, wat billijkerwijze de eene aan de andere verschuldigd was. Daartoe voegde hij in de formule de woorden: *ex fide bona, quod aequius melius* en andere dergelijke uitdrukkingen, waarvan eerstgenoemde later de algemeene is geworden, zoodat de formule aldus luidde: »Judex esto; quod A.A. apud N.N. mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N.N. A.A. dare facere oportet ex fide bona, id judex N.N. A.A. condemnato: si non paret absolvo" ¹⁾. — De regter moet onderzoeken, of de intentie gegrond is, niet overeenkomstig 't civiel-regt, maar overeenkomstig de goede trouw; al, wat hiermede strijdig is, neemt hij in aanmerking, zonder voor elke bijzonderheid uitdrukkelijk gemagtigd te zijn ²⁾. 't Zijn, gelijk CICERO ³⁾ zich uitdrukt, *judicia de fide mala*; daarom is de regter verplicht, hier te onderzoeken, waartoe bij andere *judicia* eerst de *doli exceptio generalis* hem in staat stelt. Elke tegenwerping van den gedaagde, inhoudende dat de actor niet bona fide gehandeld heeft, of nu, door te procederen, dolose handelt, behoeft niet in den vorm eener exceptie gegoten te worden, maar ligt reeds opgesloten in de woorden: *ex fide bona*. De uitdrukking: »*exceptiones b.f. judicii insunt*," beteekent dus niets anders, dan dat in de formule dezer *judicia* geene excepties voorkomen, omdat zij reeds vervat zijn in de toegevoegde clause: *ex fide bona*. In de Digesten wordt hiervan slechts gewag gemaakt bij de *exceptiones doli* en *pacti*; maar, daar elke actie een *dolus* in zich bevat, zoo zij ingesteld wordt, in weêrwil dat haar eene exceptie tegenstaat, kan altijd de algemeene *doli exceptio*

¹⁾ GAJUS IV 47.

²⁾ SAVIGNY, t. a. p. 102, 469, 643; PUCHTA, II 123 v.

³⁾ de Nat. Deor. III 30.

gebruikt worden, omdat de actor »nunc petendo facit dolose" ¹⁾).

Wordt nu deze verdediging van den gedaagde bij een l. f. *judicium* te regt *exceptio* genoemd, zoo zij zich steunt op gronden, die bij de andere *judicia* als *excepties* in de formule moeten worden opgenomen? Mijns inziens, neen; de gedaagde zet hier geen zelfstandig regt tegenover dat des eischers, maar ontkent veel eer zijn regt, dat op de *bona fides* berust, door te beweren, dat 't niet billijk is, dat hij om deze of gene reden veroordeeld wordt ²⁾. 't Zijn *excepties* in materielen, niet in processuelen zin. Wanneer b.v. bij een koop bedrog is gepleegd, kan men evenmin als van eene stipulatie zeggen, dat er in 't geheel geen koopcontract gesloten is; maar de tegenwerping van bedrog maakt geen bijzonder deel der formule uit, is geene *exceptio* in processuelen zin ³⁾.

De regel geldt evenwel niet onbeperkt; namelijk niet ten aanzien van die *excepties*, welke haren grond vinden in proces-regelen, zooals de *exceptiones fori*, *procuratoria*, *cognitoria*; in 't algemeen die, waarvan men niet zeggen kan, dat zij op de *bona fides* berusten (*rei judicatae*, *SC. Vellejani*); deze moeten wel degelijk in de formule staan, zoo men wil, dat de regter ze in aanmerking neemt.

SAVIGNY en WÄCHTER ⁴⁾ verwerpen die beperking, zich be-

¹⁾ L 2 § 5 de doli exc.; L 12 eod.; L 3 D de resc. vend. (XVIII 5); L 21 D sol. matr. (XXIV 3); L 84 § 5 de leg. I (XXX). KELLER t. a. p. pg. 145; SAVIGNY t. a. p. pg. 467.

²⁾ L 16 § 1 D de min. (IV 4); L 3 § 3 D pro socio (XVII 2): „Societas, si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso jure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo.”

³⁾ PUCHTA II 169; WEISKE t. a. p. pg. 679.

⁴⁾ SAVIGNY t. a. p. pg. 467; WÄCHTER „Erörterungen” II pg. 50. Zie daarentegen ZIMMERN, t. a. p. 191; KIERULFF, t. a. p. pg. 182; PUCHTA II pg. 170; KELLER t. a. p. pg. 146; SENTENIS pg. 308 noot 18.

roepende voornamelijk op L 2 § 5 de doli exc. »Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit quicumque id, quod quaque exceptione elidi potest, petit; nam si et inter initia nihil dolo malo fecerit, attamen nunc petendo facit dolose; nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat.” Maar om zich op die dolus te kunnen beroepen, is noodig, dat de eischer er van bewust was, dat hem eene exceptie zal tegenstaan, hetgeen men moeilijk kan veronderstellen, wanneer de exceptie in geene betrekking staat tot de regts-handeling, waardoor de gedaagde aan hem verbonden is.

SAVIGNY ¹⁾ past den regel toe op alle vrije acties, waaronder hij rekent, behalve de b. f. actiones, de actiones honorariae en civiles in rem.

Ten onregte, gelijk PUCHTA ²⁾ opmerkt. Want, wat de arbitraria formula aangaat, welke gebruikt wordt bij zulke vrije acties, die ten doel hebben, zich eene zaak te doen restitueren of exhiberen, hier wordt alleen 't restituere aan 't arbitrium van den regter overgelaten. De formule toch stelt twee voorwaarden aan de veroordeeling; vooreerst dat de intentie gegrond is: b.v. si paret rem actoris esse, en ten tweede dat de gedaagde niet restitueert: b. v. neque arbitrato iudicis restituetur. Alleen in dit tweede gedeelte heeft de iudex de bevoegdheid ex aequo et bono te beslissen; ³⁾ in 't eerste gedeelte moet hij zich streng aan de formule houden, zoodat, wanneer bij eene rei vindicatio de gedaagde zich beroept op dolus, de regter daarop niet mag letten,

¹⁾ t. a. p. pg. 159 noot 1.

²⁾ t. a. p. pg. 170. KRÜGER „*Processualische Consumption und Rechtskraft des Erkenntnisses*” Leipzig 1864 pg. 26, stelt als regel, dat de exc. altijd moet voorkomen, wanneer de gegevene formule verdedigingsmiddelen van den gedaagde uitsluit, welke de Praetor toch niet onopgemerkt wil laten.

³⁾ Instit. IV 6 31.

tenzij de exceptio doli in de formule staat; beweert hij daarentegen niet te kunnen of te moeten restitueren, omdat b. v. de zaak vernietigd is, of hij als pandhouder regt heeft om te bezitten, dan behoort 't tot 't officium iudicis dit te onderzoeken, overeenkomstig de bevoegdheid, hem door den Praetor gegeven, om te veroordeelen, nisi restitutus ejus arbitrato.

Met betrekking tot de formula in factum concepta, die gebruikt moest worden, wanneer de vrije actie noch arbitraria, noch bonae fidei (en dus zonder juris intentio) was, ontkent PUCHTA ¹⁾ evenzeer de bewering van SAVIGNY ²⁾, als steunende op geene gronden. Daarentegen blijkt uit de beide voorbeelden, door GAJUS ³⁾ gegeven, dat hier de clausula doli in de formule stond. 't Is wellicht één der redenen ⁴⁾, waarom in sommige gevallen de Praetor twee formules gaf; dat namelijk de gedaagde gedwongen zou zijn, zijne excepties dadelijk voor te brengen.

Het resultaat van ons onderzoek is derhalve, dat de excepties, uitgenomen bij de b. f. judicia, waar zij slechts in enkele gevallen voorkomen, als negatieve voorwaarden aan de formule moeten worden toegevoegd.

De plaats, die zij in de formule innamen, is niet met zekerheid te bepalen; waarschijnlijk stonden zij achter de intentio; SAVIGNY ⁵⁾ plaatst ze ook achter de condemnatio, hetgeen wel mogelijk is, want vaste regels zijn daaromtrent nergens te vinden.

¹⁾ t. a. p. 133, 171; ZIMMERMAN, t. a. p. 190 noot 7; 305 noot 1. Daartegen WÄCHTER „*Erörter.*“ II 107.

²⁾ t. a. p. Beil. XIII 6. 10. 18.

³⁾ GAJUS IV 47.

⁴⁾ Eene andere reden is, om de filiifamilias, die in hun eigen naam geene civielrechtelijke actie mochten instellen, te helpen, door de actie in factum te redigeren, want „in factum actiones etiam filiifamiliarum possunt exercere.“ L 13 D de obl. et act. (XLIV 7). SAVIGNY pg. 84.

⁵⁾ t. a. p. § 226 n.l.; PUCHTA, t. a. p. pg. 163 noot e.

HOOFDSTUK II.

De Exceptie in het latere Romeinsche regt.

De oorspronkelijke gedaante, waarin wij de exceptie hebben trachten te beschrijven, bleef niet lang geheel en al bewaard. Het praetorisch regt, dat ze in 't leven geroepen had, ontwikkelde zich langzamerhand al meer en meer, zich telkens op de hoogte stellende van de behoeften des tijds, totdat eindelijk SALVIUS JULIANUS, op last van keizer HADRIANUS, de in het edict verspreidde regels rangschikte en er een geheel van maakte, terwijl een *SCtum* dit edictum perpetuum bekrachtigde ¹⁾. Deze trapswijze ontwikkeling van het regt had grooten invloed op de leer der excepties. Hetgeen men eerst slechts als eene gunst moest verzoeken, terwijl 't meestal van de persoonlijke inzichten des Praetors afhing, of de door den gedaagde aangevoerde feiten grond opleverden, om 't civielregt krachteloos te maken; men kon 't als een regt vorderen, zoodra een vroeger edict reeds in 't geval voorzien had. Bijna al de gronden van billijkheid, die excepties konden daarstellen, gelijk zij door eene drie honderdjarige praktijk noodzakelijk waren geoordeeld, waren in 't edict opgenomen. Het kenmerk van gunst was hierdoor geheel verdwenen, want 't *jus honorarium* stond nu inderdaad op gelijke lijn met 't civielregt; beide hadden gelijke kracht en invloed; 't eene vulde 't andere aan. Bezat dus de gedaagde de voor eene exceptie in 't edict opgegevene gronden; hij was terstond van dat oogenblik af beschermd tegen de actie van zijn tegenstander, daar de Praetor haar niet weigeren kon, zonder zijne magt

¹⁾ Verg. PUCHTA § 114; „*Zeitschr. f. Rechtsgesch.*“ III pg. 1.

te buiten te gaan ¹⁾. Als een regt vorderde hij de toepassing van hetgeen 't edict voorschreef. Van *caussae cognitionis* was nog slechts in die enkele gevallen sprake, waarin de magistraat eene exceptie gaf, niet door 't edict voorzien.

Als een tweede kenmerk gaven wij boven op, dat zij tegenover eene streng civielregtelijke aanspraak staan moest, dat de Praetor haar gebruikte, om te beletten, dat 't *jus civile* een middel werd, om straffeloos bedrog te plegen. Op deze oorspronkelijke bestemming doelt PAULUS in L 1 § 1 D. de doli exc.

»Ideo autem hanc exceptionem Praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit" ²⁾.

Dit was nu niet meer uitsluitend het geval; want ook tegen praetorische acties werden zij aangewend ³⁾.

Even goed als eene civile, kon toch eene praetorische actie eene onregtmatige veroordeeling uitlokken, zoo de Praetor den gedaagde niet bijstond. ALBRECHT zegt: »Die Vertheidigungen gegen eine prätorische Klage sind keine wahren exceptiones gewesen, da sie nicht das *jus civile* sondern nur die aequitas zu ihrem Gegensatz hatten" ⁴⁾. Hij verwacht de oorzaak der instelling van de exceptie, met het doel, dat er mede beoogd werd. De instelling van dit regtsmiddel was wel een gevolg van den strijd tusschen *jus civile* en *aequitas*, maar eens ingesteld, kon 't niet anders, of 't regtsmiddel moest dienen, om alle mogelijke onbillikheden weg te nemen. Zijne werkkring werd hierdoor uitgebreider, zoodat verdedigingen tegen eene praetorische actie

¹⁾ ALBRECHT, t. a. p. pg. 53; CIC. in Lucull. c. 30: „Tribunum aliquem adeant, a me istam exceptionem nunquam impetrabunt."

²⁾ KIERULFF, t. a. p. pg. 183.

³⁾ L 30 D de pec. const. (XLIII 5); L 7 § 3 D quod vi aut clam (XLIII 24).

⁴⁾ ALBRECHT, t. a. p. pg. 33.

evenzeer eigenlijke Romeinsche excepties zijn, als die tegen eene civiele actie.

Ook hare eigenaardige processuele vorm, die bovendien haar van alle andere verdedigingsmiddelen onderscheidde, verviel door de opheffing der *ordo judiciorum*.

Bij eene constitutie van 't jaar 294 gelastte *DIOCLETIANUS* den *praesides provinciarum*, om zelve kennis te nemen van alle zaken, zelfs van die, waarvoor vroeger gewoonlijk regters werden gegeven; slechts wanneer zij wegens hunne amtsbezigheden of 't groot aantal zaken geen tijd hadden, was 't hun geoorloofd aan *judices pedanei* 't op te dragen ¹⁾.

Langzamerhand was deze *extraordinaria cognitio* algemeener geworden, totdat zij nu als regel werd aangenomen. De constituties, waardoor 't oude systeem geheel werd afgeschaft, zijn niet allen tot ons gekomen. *DIOCLETIANUS* toch spreekt slechts van de *praesides provinciarum*. Of te gelijker tijd of eerst later hetzelfde voor Rome en Italië werd verordend, is onbekend. Dit is zeker, dat ten tijde van *JUSTINIANUS* alleen *extra ordinem* regt gesproken werd, gelijk o. a. blijkt uit de *Inst. IV, 15. 8* „*quotiens extra ordinem jus dicitur, qualia sunt hodie omnia judicia.*”

De verdeeling der regtspleging in *jus* en *judicium* ging hierdoor verloren; magistraat en regter waren dezelfde persoon, zoodat eene *conceptio verborum* onnoodig was geworden ²⁾. Al wat dus samenhang met de plaats der exceptie in de formule, ging, te gelijk met den ondergang der *ordo judiciorum*, te niet.

¹⁾ L. 2 C de ped. Jud. (III 3) „*Placet nobis, Praesides de his causis in quibus, quod ipsi non possent cognoscere, antehac pedaneos judices dabant, notionis suae examen adhibere; ita tamen, ut, si vel propter occupationes publicas, vel propter causarum multitudinem omnia hujus modi negotia non potuerint cognoscere, judices dandi habeant potestatem.*”

²⁾ De *judices pedanei* kregen geene formule van den magistraat, maar traden in zijne plaats.

Dientengevolge moet de boven door ons gegevene definitie der exceptie, zooals deze zich in 't begin van haar ontstaan voordoet, hier vervangen worden door eene andere, die, 't processuele daarlatende, meer haar materieel kenmerk bepaalt, dat haar ten allen tijde is eigen gebleven, en het begrip nog duidelijker doet uitkomen, namelijk: die soort van verdediging van een gedaagde, welke berust op een zelfstandig regt ¹⁾. Er moeten twee regten tegenover elkan- der staan, die, ieder op zichzelf beschouwd, gegrond zijn; 't eene van den eischer en 't andere van den gedaagde. Is dit niet 't geval, dan bestaat de verdediging in eene bloote ontkenning.

Nu zijn er sommigen, die beweren, dat volgens 't Justianeische regt alle onderscheid tusschen beide soorten van verdedigingsmiddelen zou opgehouden hebben te bestaan; eene bewering, die op eene dwaling berust, gelijk wij trachten zullen hier nader aan te toonen.

ALBRECHT ²⁾ o. a., die deze quaestie zeer uitvoerig behandelt, is gezegde meening toegedaan, en beroept zich daartoe op de volgende gronden:

1^o. De exceptie was geene praetorische gunst meer; zij kon niet geweigerd worden in een geval, waarin een vroeger edict en later 't edictum perpetuum haar gaf.

't Kan niet ontkend worden, dat deze verandering heeft plaats gehad; evenwel strekt zij niet tot bewijs. Want, waarom gaf de Praetor haar vroeger eerst op verzoek van den gedaagde? Om de eenvoudige reden, dat hij niet alle gevallen kon voorzien, die zulk eene buitengewone bescherming

¹⁾ SAVIGNY t. a. p. pg. 160. WINDSCHEID „*Die Actio*” pg. 225 noemt exceptio: „der Ausdruck der Zurücknahme der rechtlichen Anerkennung des Anspruches für einen gewissen Fall.”

²⁾ t. a. p. § 13, 14, 15. EVENCENS HEIMBACH in WEISKE's *Lexicon*, pg. 680; VON LINDE „*Lehrbuch des Deutschen gemeinen civilprocesses*” Bonn 1850 pg. 213.

noodig hadden. In elk nieuw voorkomend geval, waarin de gedaagde zich verdedigde op gronden, die eene veroordeeling niet zouden afwenden, omdat zij niet op 't civiel-regt steunden, maar door den Praetor geacht werden, tot eene exc. aanleiding te geven, omdat die veroordeeling onbillijk zou zijn; daar kwam voorzeker dit verdedigingsmiddel als eene gunst voor. Maar, als later, toen de Praetoren reeds verscheidene excepties in hun edict hadden gesteld, iemand argumenten ontwikkelde, waarvoor in een vroeger geval eene exceptie was gegeven, dan valt 't in 't oog, dat 't eene schreuwende onbillijkheid ware geweest, haar nu te weigeren. In haar innerlijk wezen is dus hierdoor niets veranderd; zij bleef een zelfstandig regt, waardoor eene civielregtelijke aanspraak van hare werking beroofd werd. Of dit regt voorheen als eene gunst moest verzocht, of later als een regt kon gevorderd worden, doet niets ter zake.

2°. De grond der exceptie kreeg bij zijn ontstaan reeds eene zekere beteekenis, terwijl dit vroeger eerst 't geval was, als hij in 't proces werd aangebragt.

De debitor heeft wel is waar terstond zekerheid van vrij-spraak; maar blijft verbonden tot op het oogenblik, dat hij in de daad is vrijgesproken. De exceptie heeft eerst hare werking in 't proces.

B. v. Heb ik aan mijne verbindtenis door betaling voldaan, zoo ben ik van dat oogenblik af bevrijd, en heeft de schuldeischer geen regt meer tegen mij. Hobben wij daarentegen een pactum de non petendo gesloten, dan behoudt de schuldeischer zijn regt tegenover mij, al is dit ook door mijne exceptie zonder kracht.

3°. De exceptie berustte voorheen op gronden van billijkheid, die jure civili geen invloed uitoefenden; nu op 't jus honorarium.

Dit argument bewijst evenmin. De exceptie had wel een vaster grond dan vroeger, maar stond daarom niet gelijk

met civielrechtelijke verdedigingsmiddelen. Het materiele onderscheid bleef bestaan.

4°. Terwijl vroeger de Praetor excipieerde (*exceptionem dabat*) wordt nu objectief van den gedaagde gezegd, dat deze excipieert (*reus excipit; reus exceptionem objicit*) ¹⁾. Dit is voorzeker een punt van overeenkomst. De werkzaamheid van den Praetor was langzamerhand in dit opzicht onbeduidend geworden. Toen nog de formule gegeven werd, had de gedaagde slechts in jure te kennen te geven, dat hij van eene exceptie gebruik zou maken, hij moest den grond der exceptie in jure slechts contesteren. Ja zelfs, had hij dit nagelaten, mogt de peremptorische exceptie nog later geopponcerd worden, gelijk blijkt uit L 2 C. sent. resc. (VII 50):

»Peremptorias exceptiones omissas in initio, antequam sententia feratur, opponi posse, perpetuum Edictum manifeste declarat. Quod si aliter actum fuerit, in integrum restitutio permittitur" ²⁾.

Ten onregte evenwel beweert ALBRECHT, dat de opname in de formule daarom een bloot formeel vereischte was geworden; want zij moest er altijd noodzakelijk worden ingevoegd. Hetgeen 't edict bepaalde, was dat zij in jure vergeten, ook later door middel der in integrum restitutio kon geldend gemaakt worden ³⁾, zoodat dan eene nieuwe formule noodig werd, gelijk ons GAIUS meldt in IV § 125: »Sed peremptoria quidem exceptione cum reus per errorem non fuit usus, in integrum restituitur, servandae exceptionis

¹⁾ L 4 § 20, 22, 32; L 5 § 2 de doli exc.

L 2 § 1 et L 4 § 34 eodem.

²⁾ L 8 C de exc. (VIII 36): »Praescriptionem peremptoriam, quam ante contestari sufficit, omissam priusquam sententia feratur, objicere quandoque licet."

³⁾ PUCHTA II pg. 172.

gratia; dilatoria vero si non fuit usus, an in integrum restituitur, quaeritur."

DIOCLETIANUS veranderde dit in bovengenoemde constitutie, vaststellende, dat de in integrum restitutio alleen noodig zou zijn, als 't vonnis reeds geslagen was. Maar deze keizer had ook de *conceptio verborum* afgeschaft, zoodat deze plaats voor 't formulair-systeem niets bewijst.

De dilatorische exceptie daarentegen moest altijd in jure geopponeerd worden, zoodat JULIANUS hem zelfs met straf bedreigt, die eene zoodanige nog later wil aanbrengen ¹⁾. De grond van dit verschil is hierin gelegen, dat laatstgenoemde door den actor tot aan de *Litiscontestatio* kon ontweken worden. Bij 't wegvallen van 't formulair-systeem staan nu de excepties hierin met alle andere verdedigingsmiddelen gelijk, dat zij zonder bijstand des Praetors kunnen aangebragt worden. Maar in den tijd wanneer, is 't vroeger onderscheid gebleven; de dilatorische exceptie moet initio geopponeerd worden: »*Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero, postquam actor monstraverit, quod adseverat, oportet*" ²⁾.

Ook deze grond bewijst dus niets voor 't ophouden van 't materieel onderscheid.

5°. Zoodra de grond eener peremptorische exceptie geboren wordt, is de actie eene *actio inanis*. Hieruit leiden de Rom. juristen zulke gevolgtrekkingen af, dat men niet meer twijfelen kan, dat reeds ten hunnen tijde 't onderscheid tusschen beide soorten van verdedigingsmiddelen had opgehouden te bestaan, en de ware natuur der exceptie als eene bloote antiquiteit gold, die slechts nog eene formele beteekenis had,

¹⁾ L 12 C de exc. „*Si quis advocatus inter exordia litis praetermissam dilatoriam praescriptionem postea voluerit exercere; et ab huiusmodi opitulatione submotus, nihilominus perseveret, atque praeposteras defensionibus institerit: unius librae auri condemnatione multetur.*"

²⁾ L 19 C de prob. (IV 19). Verg. L. 13 C de exc.

in zooverre zij in de formule werd gezet, welke te gelijk met deze eveneens verdween.

De geheele redenering, die ALBRECHT hier volgt, is volkomen onjuist, daar zij beruſt op eene verkeerde uitlegging van verscheidene Digesten-plaatsen. De exceptie houdt een zelfſtandig regt van den gedaagde in, dat 't regt des actors buiten werking ſtelt, maar niet vernietigt, zooals 't gevolg is van eene civiele verdediging. REINHOLD ¹⁾ drukt deze tegenſtelling aldus uit: »Die directe Aufhebung (ipso jure) trifft die Existenz des Klagrechts ſelbſt. Die indirecte Aufhebung (ope exceptionis), dagegen, iſt die Aufhebung der Wirkung des Klagrechts durch ein entgegenſtehendes Recht des Beklagten. Die erſtere begründet Nichtigkeit, die letztere nur Unwirkſamkeit des Klagrechts.» Uit dit buiten werking ſtellen moeten verklaard worden de uitdrukkingen: *inanis actio*, *inanis obligatio*, *inanis stipulatio* ²⁾, die niets anders kunnen betcekenen dan eene actie enz., die wegens eene exceptie van haren practiſchen inhoud beroofd zijn. »Quasi nulla actio eſt, zegt ULPIANUS, quae exceptione repellitur» ³⁾. De actie blijft inſteddaad voortbeſtaan, maar zij iſt zonder kracht, zoodat, als de exceptie weêr verloren gaat, zij hare volle werking herkrijgt.

Volgens ALBRECHT zouden de juristen eene actie, waaraan eene replicatio 't verlorene had terug gegeven, beſchouwen als eene herleeſde, terwijl dit vroeger niet 't geval was; daar zij toen in weêrwil der exc. ongestoord bleef voortbeſtaan. Hij beroept zich tot ſtaving dezer bewering op de L 27 § 2 D de pactis (II 14) en L 95 § 2 de ſolut. (XLVI 3), welke juist onze ſtelling ten duideliĳkſte beveſti-

¹⁾ In „Zeitschrift für Civ. und Proz.“ t. a. p. pg. 193.

²⁾ L 8 § 9 ad ſet. Vellej. (XVI 1); L 95 § 2 D de ſolut. (XLVI 3); L 24 D mand (XVII 1); L 39 D de don. inter v. et ux, (XXIV 1). Vergel. KIERULFF, t. a. p. pg. 185; SINTENIS, t. a. p. pg. 317 noot 40.

³⁾ L 7 § 8 D de dolo (III 4).

gen. Van verloren gaan en herleven der actie is in deze plaatsen in 't geheel geen sprake. Eerstgenoemde luidt aldus:

»Pactus ne peteret, postea pactus ut peteret, prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso jure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, et ideo replicatione exceptio elidetur.»

De exceptie wordt hier dus door de replicatie krachteloos gemaakt, terwijl de obligatio zelve, waarover partijen eene overeenkomst hadden aangegaan, is blijven bestaan, hetgeen daarom mogelijk is, omdat de exceptie een zelfstandig recht inhoudt van den gedaagde, hetgeen met dat des eischers niets te maken heeft, vóór dat zij met elkander in 't proces in aanraking komen. Ditzelfde moet gezegd worden van de andere *lex*, die van den volgenden inhoud is: »Aliquando evenit, ut inanis obligatio additione hereditatis confirmetur; nam si heres, qui restituerit ex Trebelliano hereditatem, fideicommissario heres extiterit, vel mulier, quae pro Titio intercesserat, eidem heres extiterit, incipit obligatio civilis propter hereditatem ejus, qui jure tenebatur, auxilium exceptionis amittere.»

Met »confirmetur» zegt de jurist niet, dat de obligatio herleeft, maar dat zij ophoudt *inanis* d. i. krachteloos te zijn, gelijk blijkt uit de laatste woorden, waar hij zegt, dat zij de exceptie verliest. Daarentegen door ipso jure werkende omstandigheden gaat de obligatio zelve te niet, zoodat 't niet mogelijk is, haar later in 't leven terug te roepen ¹⁾, hetgeen blijkt uit L 27 § 3 D de pactis, alwaar de jurist aldus voortgaat: »... Sed si pactum conventum tale fuit, quod actionem quoque tolleret, velut injuriarum, non poterit postea paciscendo, ut agere possit, agere: quia et prima actio sublata est, et posterius pactum ad actionem

¹⁾ SAVIGNY, t. a. p. pg. 157.

parandam inefficax est; non enim ex pacto injuriarum actio nascitur, sed ex contumelia. Idem dicemus, et in bonae fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit, veluti empti: non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum."

Dit onderscheid heeft ten allen tijde bestaan, 't ligt in 't innerlijk wezen der regtsbetrekkingen.

Maar als 't regt door 't ontstaan van den grond der exc. niet verloren gaat, hoe dan te verklaren L ult. de pactis? Zij luidt aldus:

»Si reus, postquam pactus sit a se non peti pecuniam (ideoque coepit id pactum fidejussoribus quoque prodesse) pactus sit, ut a se peti liceat: an utilitas prioris pacti sublata sit fidejussori, quaesitum est? Sed verius est, semel adquisitam fidejussori pacti exceptionem ulterius eo invito extorqueri non posse."

De verklaring ligt voor de hand; de fidejussor heeft zich verbonden jegens den creditor, om bij gebreke van den debitor, zelf de hoofdverbindtenis te voldoen. Nu sterft de creditor toe in een pactum de non petendo en de borg heeft dientengevolge zekerheid, nooit tot betaling te kunnen worden gedwongen; hij blijft jure civili verbonden, want de hoofdverbindtenis gaat eerst door betaling civiliter te niet; maar hij heeft eene exceptie, welke aan hem hetzelfde resultaat geeft. In dezen toestand kan de debitor natuurlijk niet op eigen gezag (eo invito) weêr verandering brengen door een later pactum de petendo, want daartoe wordt de toestemming van partijen vereischt, terwijl de borg even goed partij in deze zaak is als de debitor zelf. Deze plaats houdt dus eene toepassing in van den regel: »conditionem quidem nostram per alios meliorem, non vero deteriorem fieri potest." — Derhalve evenmin, als de hoofdverbindtenis, gaat 't accessorisch regt, de borgtogt, verloren, maar de fidejussor is door zijne exceptie tegen de actie beschermd.

Maar op eene andere plaats wordt juist 't tegendeel beweerd; in L 27 § 3 zegt PAULUS: »Eadem ratione contingit, ne fidejussoribus prius pactum prosit." Ik twijfel niet, of de Jurisconsult neemt hier aan, dat 't posterius pactum met toestemming van den borg gesloten is; en in dit geval is 't duidelijk, dat ook hij zich te vergeefs op zijne exceptie zal beroepen.

Vervolgens beroept ALBRECHT zich op L 34 § 11 de solut: »Qui perpetua exceptione se tueri potest, solutum repetit, et ideo non liberatur. Quare si ex duobus reis promittendi alter pepigerit, ne ab eo peteretur, quamvis solverit, nihilominus alter obligatus manebit."

De woorden: »et ideo non liberatur" zouden volgens hem beteekenen, dat er van geene verdere opheffing sprake kan zijn; omdat er in 't geheel geene regtsbetrekking meer bestaat, zoodra de grond eener peremptorische exceptie daar is. Mijns inziens bedoelt de jurist, dat de debitor, die 't betaalde terug vordert, niet bevrijd wordt, omdat de verbintenis regtens niet is opgeheven; hetgeen eerst 't geval zou zijn, zoo hij animo liberandi had betaald en de conditio indebiti was uitgesloten ¹⁾. Om dezelfde reden blijft de andere reus verbonden, omdat de een 't betaalde kon terugvorderen.

Daar evenwel eene zoodanige actie, door eene exceptie van hare werking beroofd, »*quasi nulla*" is, worden in de Digesten evenzoo zulke schuldeischers en schuldenaars, die in deze betrekking tot elkander staan, naar 't resultaat als geen werkelijke crediteuren en debiteuren aanzien ²⁾. Ook de

¹⁾ Verg. L 55 D de solut: »Qui sic solvit, ut reciperet, non liberatur, quemadmodum non alienatur nummi, qui sic dantur, ut recipiantur.

²⁾ L 55 D de verb. signif.; L 66 D de R. J. »Desinit debitor esse is, qui nuncius est exceptionem justam, nec ab aequitate naturali abhorrentem."

schuld zelve wordt als een *indebitum* beschouwd, zoo deze bij vergissing betaald is ¹⁾. Verder kan deze vordering niet dienen voor eene *compensatio* of *constitutum debiti* ²⁾, omdat zij door de exceptie van haar practisch gewigt verstoken is, niet ten gevolge daarvan, dat zij reeds werkelijk vernietigd is.

Ten laatste doet ALBRECHT nog een beroep op L 112 de R. J.: »*Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur*»; en zegt dat hier in 't algemeen door PAULUS uitgesproken is, dat er geen onderscheid meer bestaat. Dit is slechts in zooverre waar, dat 't resultaat hetzelfde is. Materieel moet de schuldenaar, die eene exceptie heeft, even goed als ontslagen geacht worden, als wanneer hij zich op ipso jure werkende omstandigheden kan beroepen, maar formeel blijft in 't eerste geval de obligatie ipso jure voortduren ³⁾. Die plaats doelt wel degelijk op de werking der beide verdedigingsmiddelen, zeggende, dat 't den eischer onverschillig is, of hij in 't geheel geene actie heeft, of deze van hare werking beroofd is. Dat er alsdan zou moeten staan »*habuerit*» en »*infirmata sit*» zie ik niet in.

Geen der genoemde argumenten hebben de kracht om de meening onzer tegenpartij te doen gelden. Maar buiten dit negatief bewijs, kunnen wij voor onze bewering nog de volgende gronden aanvoeren.

1^o. JUSTINIANUS heeft in zijn *Corpus Juris* 't onderscheid

Eene *exc. quae ab. aeq. nat. abh.* is zulk eene, die door eene repliek kan worden ontzenuwd.

L 10. 11. de verb. signif.

1) L 26 § 3 de cond. ind. (XII 6) »*Indebitum solutum accipimus, non solum, si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat.*» L 40 pr. eod: »*qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest.*»

2) L 3 § 1 de const. pec.; L 14 D de compens.

3) PUCHTA II 414; KIERULFF pg. 185; ZIMMERN pg. 288; SENTENIS pg. 317.

zeer duidelijk doen uitkomen, door 't onveranderd opnemen der plaatsen van de juristen over excepties.

ALBRECHT ¹⁾ tracht te betoogen, dat men daaruit niet kan afleiden, dat volgens 't Just. regt 't onderscheid nog bestond. De geschriften der juristen, waaruit JUST. excerpten in zijne Digesten verzamelde, hielden veel in, dat in zijn tijd reeds historisch was geworden. Hij nu sloot dit historische niet uit, maar nam ook datgene op, wat slechts indirect gebruikt kon worden, en kon dienen ter verklaring van den tegenwoordigen toestand. Evenzoo bevatte de Codex de constituties in chronologische orde, terwijl alleen diegene werden overgeslagen, die geheel onbruikbaar werden bevonden en ook den historischen samenhang niet konden ophelderen. Ten laatste zijn de Instituten geene theorie van 't toenmaals practische regt, noch een compendium van de Pandecten en van de Codex, maar slechts eene inleiding tot dat uitvoerige werk, slechts een overzicht van zijn inhoud; van daar, dat zij dezelfde wijze van voorstelling inhouden, welke in die werken zelve de heerschende was. De werken der regtsgeleerden waren dus de grondslag van 't geheel. Maar juist in deze geschriften was reeds eenige verwarring, daar zij wel hoofdzakelijk den oorspronkelijken vorm der exc. beschreven, maar tevens de veranderingen aantoonde, die langzamerhand hadden plaats gehad, ten gevolge van de erkenning der Praetorische bescherming als een jus. Bovendien had te gelijk met de opheffing van 't formulair-proces 't jura condere opgehouden, zoodat de vereniging der beide soorten van verdediging niet systematisch werd uiteengezet. 't Moet ons derhalve niet verwonderen als JUST. 't wezen der exceptie in zijne oorspronkelijke beteekenis voorstelt, daar hij toch aan den anderen kant ook de veranderingen aangeeft, die tot op zijn' tijd hebben plaats gehad.

¹⁾ t. a. p. pg. 82 v.

Uit deze geheele voorstelling blijkt weder, dat ALBRECHT niet in 't oog houdt, dat behalve die kenmerken, welke slechts voorbijgaande waren en samenhangen met den toenmaligen regtstoestand, er nog een groot materieel onderscheid tusschen beide soorten bestond; namelijk, dat bij de eene soort eene bloote ontkenning, bij de andere de bewering van een zelfstandig regt plaats had. Alleen eerstgenoemde kenmerken heeft de exceptie verloren. In zooverre nu JUST. deze toch in zijne Dig. heeft opgenomen, behandelde hij dit instituut historisch, maar gaf buitendien duidelijk te kennen, dat hij een groot onderscheid niet uit 't oog verloor, gelijk o. a. blijkt uit zijne Instituten, alwaar hij, lettende op de verandering, die de praetorische bescherming tot een jus gemaakt had, de exceptie aldus bepaalt: »ut, licet ipsa persecutio, qua actor experitur, justa ¹⁾ sit, tamen iniqua sit adversus eum cum quo agitur." Verder blijkt 't nog uit verscheidene Dig.-plaatsen, waarin hij uitdrukkelijk beide soorten onderscheidt, zooals wij beneden zullen zien.

Overeenkomstig de beschouwingen onzer tegenpartij over excepties, is hare redenering en de daaruit getrokken conclusie zeer logisch; aan ons bewijst zij slechts, dat de exc. in haren oorspronkelijken vorm en met haar eigenaardig doel, om 't strenge civielregt tegen te gaan, niet meer voorkomt. Daarentegen als een afzonderlijk verdedigingsmiddel blijft zij steeds afgescheiden van alle andere.

2^o. JUST. bepaalde, dat de compensatie bij stricti iudicia ipso jure zou werken, terwijl zij vroeger slechts ope exceptionis kon geldend gemaakt worden. Dit stelde hij vast bij eene constitutie, vervat in L 14 C de Comp. (IV. 31), welke aldus luidt:

»Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda."

¹⁾ En niet zooals GAIUS: »ut quis jure civili teneatur."

Door verschillende regtsgeleerden. is deze plaats zeer verschillend uitgelegd. Mijns inziens is haar inhoud de volgende: JUST. bepaalt, dat de compensatie zal plaats hebben bij alle acties, zonder onderscheid, of zij in rem of in personam zijn, en wel overal »*ipso jure*." Het nieuwe, dat hij hierdoor invoerde, was 1^o. dat zij ook bij de actiones in rem ¹⁾ werd toegelaten, terwijl zij vroeger slechts bij de act. in pers. voorkwam; 2^o. dat zij ook bij stricti juris judicia »*ipso jure*" zou werken, terwijl de *doli exceptio* hiervoor werd afgeschaft.

Deze verklaring steunt op § 30 Inst. de Actionibus, welke de geheele geschiedenis der compens. kortelijk mededeelt met de volgende woorden:

»In bonae fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut, si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato in reliquum is cum quo actum est, debeat condemnari. Sed et in strictis judiciis ex rescripto divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur.

Sed nostra constitutio eas compensationes quae jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque:..."

ALBRECHT ²⁾ schrijft aan dat »*ipso jure*" die bewijskracht niet toe, en meent dat JUST. 't niet zet in tegenstelling van »*ope exceptionis*," maar, dewijl het gebruik van exc. reeds lang vóór hem was verdwenen, hier »*ipso jure*" en »*actionem minuere*" vereenigt, omdat vroeger exceptie en »*caus-*

¹⁾ Bij deze acties kon de compens. plaats hebben, wanneer, de zaak niet gerestitueerd zijnde, de veroordeeling in eene geldsom werd omgezet; of wanneer met de restitutie der zaak tevens eene geldsom (bv. een stuk grond met de opbrengst) moest gegeven worden.

Verg. L. 18 D de pign. act. (XIII 7.)

²⁾ t. a. p. pg. 86 v.

sa cadere" juist alleen bij tegenvorderingen in idem genus tegen stricti juris actiones zamentroffen. »Wicwohl sich ersteres (ipso jure) jetzt schon von selbst verstanden hätte, so wollte er es wegen der Vergleichung mit den bonae fidei judiciis zur Vollständigkeit eben nicht auszeracht lassen"¹⁾.

Van 't denkbeeld uitgaande, dat er jure Just. geene exc. meer kunnen voorkomen, was 't niet moeilijk tot bovenstaande conclusie te komen. Wij evenwel van een ander gevoelen zijnde, zouden aan de woorden »ipso jure" geweld moeten aandoen, om ze anders te verstaan dan in tegenstelling der exceptie. Wel is waar, was 't »caussa cadere" geen gevolg der exc. doli, maar van 't bevel, den regter gegeven, om zich strikt aan de intentio te houden. Toen dus de formulae wegvielen, had ook 't »caussa cadere" eigenlijk moeten ophouden, omdat de oorzaak verdwenen was. Toch bleef 't bestaan, totdat JUST. eindelijk 't »minuere condemnationem" daarvoor in de plaats stelde, en tevens de exc. doli afschafte. Had hij dit laatste niet gedaan, dan zou men nog altijd bij stricti juris judiciis eene exc. moeten gebruikt hebben, ofschoon niet meer 't caussa cadere daarmede verbonden was.

V. SCHEURL²⁾ zegt, dat »compens. ipso jure fieri" hier beteekent, dat de comp. zal plaats hebben, ook wanneer de partijen niet reeds onder elkander zijn overeen gekomen wegens zulk eene afrekening. Dit gevoelen steunt op de volgende redencring: Vóór GAJUS³⁾ was de compens. slechts mogelijk bij b. f. judicia, zoo de vorderingen ex eadem caussa waren; maar bij de str. j. judicia alleen, wanneer een argentarius of bonorum emptor vorderde. JULIANUS nu meldt ons, dat later ook bij laatstgenoemde judicia door middel der doli except. zou kunnen gecompenseerd worden,

¹⁾ t. a. p. pg. 97.

²⁾ V. SCHEURL, „Beiträge"; VII. Compensation, pg. 149.

³⁾ GAJUS IV § 61--68.

in de L 2 D de comp. »Unusquisque creditorem suum, eundemque debitorem, petentem summovet, si paratus est compensare.”

Dit bragt deze verandering te weeg, dat zij bij gevolg ook bij b. f. judicia ex alia caussa kon plaats hebben, daar de »doli exc. b. f. judiciis inest.” Maar wat voert vervolgens 't Rescript van D. MARCUS in? Dat eene compens. door eene exc. doli kon geldend gemaakt worden, was reeds bekend. Zijn inhoud kon niet anders zijn, dan deze: dat ook bij strenge acties op de tegenwerping der exc. doli niet meer geheele afwijzing des actors volgt, maar veroordeeling van den gedaagde op het meerdere der schuld. Reeds THEOPHILUS geeft deze interpretatie. »*Opposita doli mali exceptione*” beteekent dus niet de exc. in de formule gebragt, maar in jure opgeworpen, zoodat de formule zoo wordt ingerigt, dat de actor niet meer geheel afgewezen wordt, gelijk na inzetting der exc. moest geschieden, maar de vordering slechts verminderd wordt. Dit geschiedde zoo, dat de intentio of gelijk die van den argentarius op 't amplius (b.v. si paret Titium mihi X millia amplius dare oportere, quam ipse Titio debeo), of gelijk die van den bon. emptor op 't overschot (b.v. si paret, Titium mihi X millia dare oportere) gerigt werd.

De practische beteekenis van 't Rescript bestond voornamelijk hierin. Vroeger moest men, bedreigd door de exc. doli, om 't caussa cadere te voorkomen, met den gedaagde de compens. door een bilateraal contract werkelijk voltrekken. Dit is nu niet meer noodig; de regter vatte 't op, als of het regt zelf eene compens. bewerkt had. In dezen zin spreekt PAULUS in L 21 D h. t.

»Posteaquam placuit, inter omnes, id quod invicem debetur ipso jure compensari.”

De exceptie, in den materielen zin van 't woord, komt wel voor, daar »*opposita doli mali exc.*” de actor uitgenoodigd wordt cum compensatione of cum deductione te ageren; maar zij komt niet in de formule van een strict.

judicium; de intentio of condemnatio worden slechts veranderd overeenkomstig 't agere cum compens. of cum deductione ¹⁾).

Ten laatste heeft JUST. de compens. ex alia causa uitgebreid tot acties van allerlei soort, zelfs op zakelijke en alle persoonlijke zonder onderscheid, en bijgevolg, daar hier »par species» bijna niet denkbaar is, zonder dat dit noodig is; maar met de nieuwe beperking, dat de compens. moet »jure aperto niti.» Deze veranderingen houdt de L. 14 C. cit. in. Deze bepaling had geene beteekenis voor de in pers. actiones, bij welke de compens. ex eadem vel alia causa sed pari specie geschiedde; want hier stond reeds lang vast, dat compens. ipso jure fieri debet. Het eigenlijke, ware uitsluitende onderwerp der constitutie is dus de vaststelling dat de comp. plaats zal hebben bij in rem act. en bij in pers. act., zelfs in geval van »dispar species.» Natuurlijk moet dan de vordering in eene geldsom omgezet worden.

Noch met deze conclusie, noch met de argumenten, door v. SCHEURL gebezigd, kunnen wij ons vereenigen. Vooreerst, zegt hij, omdat reeds vroeger bepaald was, dat de compens. bij strict. j. judicia door de doli exc. kon bewerkt worden, moet 't Rescript van MARCUS noodzakelijk iets anders inhouden. Is 't dan niet mogelijk, dat het verwijst naar die vroegere bepalingen, zoodat 't niets nieuws vaststelt, maar slechts bevestigt, hetgeen reeds als regt bestond? Althans GAIUS, die ten tijde van MARCUS leefde, maakt er geen gewag van. JUST. is de eenige, die van 't bestaan van dit rescript gewaagt. Wij nemen daarom met ALBRECHT en ORTOLAN ²⁾

¹⁾ Zie hiertegen DERNBURG: „Die Compensation etc.” pg. 195 v., welke aauneemt eene vermindering der condemnatio ten gevolge der in de formule geplaatste doli exceptie. BRINZ, t. a. p. pg. 130 zegt, dat eene vermindering der condemnatio wel *nevens* de exc. doli kan plaats grijpen, maar nooit *door* haar. Verg. UBELOHDE, „Ueber den Satz Ipso jure compensatur.”

²⁾ ALBRECHT, t. a. p. pg. 89; ORTOLAN, t. a. p. III pg. 646 v.

't laatste aan, zoodat dan de fijne uitlegging, door v. SCHEURL van hetzelfde gegeven, tevens vervalt. Even als vroeger, moest men ook nu, om 't gevaar, van zijne geheele vordering te verliczen, te voorkomen, of zijn' eisch verminderen, of, 't bestaan der tegenvordering ontkennende, deze aan 't oordeel des regters onderwerpen hetzij door middel der praescriptio, waardoor hij zijne vordering beperkte tot hetgeen niet gecompenseerd is, hetzij door de compens. in zijne intentio te plaatsen («quidquid parat amplius quam ipse N.N. debet»), hetzij door de deductio («quod superest deducto eo quod»). Bij weigering van den eischer wordt de exc. doli in de formule geplaatst, en bevindt de regter, dat de tegenvordering, hoe klein ook, gegrond is, dan heeft dientengevolge algeheele vrijspraak plaats, overeenkomstig 't bevel, «si non parat..... absolve.” Wat de L 21 D de Comp. aangaat, deze spreekt waarschijnlijk van b. f. judicium.

«Sed et in str. jud. ex rescr. divi MARCI, opposita doli mali exc., compens. inducebatur,” beteekent dus volgens ons, dat, zoo de gedaagde in jure de exc. voorbrengt, de eischer moet compenseren, of althans de tegenvordering in aanmerking moet nemen, tenzij hij liever gevaar loope, zijnen geheelen eisch wegens plus petitio te verliezen. Door de afschaffing der formulae veranderde deze toestand niet; de plus petitio had een caussam cadere ten gevolge; totdat eindelijk JUST. door zijne Constitutie bepaalde, dat bij alle acties zonder onderscheid, of zij in rem of in personam zijn, b. f. of stricti juris, de compensat. «ipso jure” zou werken; met andere woorden, dat de regter ex officio, zonder dat de gedaagde eene exc. doli opwerpt, voortaan moet compenseren ¹⁾.

Dat de constitutie ook afschafte de voorwaarde: «par

¹⁾ Van ons gevoelen is WIEDING „Der Justinianische Libellprozess,” Wien. 1865. pg. 222.

species", kunnen wij niet aannemen. Al noemt JUST. 't ook niet onder de voorwaarden ¹⁾ uitdrukkelijk op; de afschaffing spreekt hij evenmin uit, en dan pleit voor het behoud de onbillijkheid, die in zoodanige compens. gelegen zou zijn. Als ik b.v., aan iemand eene geldsom verschuldigd zijnde, later van hem graan stipuleer, waarvan de levering op hetzelfde tijdstip moet plaats hebben, als de betaling der geldsom, zou mijn schuldenaar zich door compensatie van deze verplichting kunnen ontheffen, zoodat 't resultaat is, dat ik eigenlijk geld in plaats van graan ontvang. De wet zou aldus willekeurig 't voorwerp dezer tweede verbindtenis veranderen, en haren wil in de plaats stellen van de bedoeling van partijen. — Zulk eene bepaling zou eene geweldige inbreuk maken op de vrijheid der handelende personen ²⁾.

3^o. JUST. heeft 't onderscheid tusschen str. juris en b. f. judicia staande gehouden.

Deze verdeling der judicia was afkomstig van 't formulair-proces, waar de regter door de formule bij laatstgenoemde judicia eene uitgebreidere magt kreeg. Ofschoon nu de formules zijn afgeschaft, en de regter dus niet meer beperkt is binnen de door den Praetor gestelde grenzen, is 't onderscheid niet van belang ontbloot, daar toch evenzeer de magistraat voortgaat bij stricta jud. volgens streng regt, en bij de b. f. jud. ex aequo et bono regt te spreken ³⁾.

ALBRECHT beweert, dat 't oude processueel verschil ten tijde van JUST. niet meer bestond, en dat, zoo 't Corpus Juris er gewag van maakt, dit historisch moet opgevat worden, want 't *caussa cadere* ten gevolge der *plus petitio* wegens tegenvorderingen bij str. j. jud. was afgeschaft en

¹⁾ Uitdrukkelijk geeft hij op, dat de schulden moeten zijn: pura, praesentia en liquida. Verg. L 7 D de compens. (XVI 2); L 14 C. de comp. (IV 31).

²⁾ Verg. BRINZ, „*Die Lehre der Compensation.*” ORTOLAN, III § 2167.

³⁾ Instit. IV 6 § 28—30.

vervangen door het minuere damnationem, even als vroeger bij de b. f. judicia.

Voorzeker, van vrijere magt eens regters kon geene sprake meer zijn, daar de magistraat zelf de zaken moet onderzoeken. Maar de hieruit gemaakte gevolgtrekking is onwaar. Dat er nog onderscheid bestond bewijzen alle plaatsen, waar Just. 't verschil tusschen beide soorten van judicia in 't oog houdt. 't Komt mij al te gewaagd voor, om aan te nemen, dat de Keizer al die plaatsen der oude juristen zou overgenomen hebben, zonder dat eenig practisch nut er uit kon voortvloeijen. Althans zou hij dan in zijne eigene constituties er geen gewag van gemaakt hebben, terwijl juist 't tegenovergestelde plaats grijpt.

Ten aanzien der excepties bestaat jure Just. nog dit verschil, dat bij de b. f. jud. de magistraat ze ex officio moet nagaan, en bij de str. j. jud. daarentegen eerst, als de gedaagde er zich op beroept ¹⁾.

⁴⁰. Just. verklaart uitdrukkelijk, dat de hereditatis petitio onder de b. f. judicia behoort, in de L 12 § 3 C de pet. hered. (III. 31):

»Illo (ne in posterum dubitetur) observando, ut et ipsa hereditatis petitio omnimodo bonae fidei judiciis connumeretur.»

Hij gaf deze verklaring, om een einde te maken aan allen twijfel, die ten opzichte dezer actie bestond.

Met zekerheid kunnen wij niet opgeven, waarover vroeger de strijd liep. 't Waarschijnlijkst komt mij de meening van ZIMMERN ²⁾ voor, dat men twijfelde, niet of de actie evenals de bonae f. actiones kon geformuleerd worden (daar dit bij geene in rem actio denkbaar is), maar of 't officium judicis hier niet eene grootere speelruimte had, of ook hier, evenals bij de werkelijke b. f. actiones, geene bijzondere doli

¹⁾ Zie WÄCHTER „Erört“ II pg. 111; SAVIGNY, t. a. p. 137, 166.

²⁾ t. a. p. pg. 188; SAVIGNY, t. a. p. pg. 478; ORTOLAN, § 2186 v.

exceptio noodig was ¹⁾. De beslissing van JUST. komt dan hierop neêr, dat evenals bij de b. f. actiones, ook bij de hereditatis petitio de doli exceptio niet door den gedaagde uitdrukkelijk opgeworpen, maar door den regter ex officio in aanmerking genomen moet worden, zoodat dit judicium, ofschoon eigenlijk niet bonae fidei zijnde, toch als zoodanig moet behandeld worden. Deze gelijkstelling was daardoor mogelijk, dat de hered. petitio met eene pers. actio overeenkwam, vooreerst door hare beperking tegenover de persoon des gedaagden, en ten tweede, omdat zij ook ingesteld kon worden tegen hem, die de res hereditarias reeds vervreemd had, of ook door pro herede usucapio reeds eigenaar was geworden; gevallen, die bij eene gewone in rem actio geen plaats kunnen hebben ²⁾.

Bovenstaande constitutie bewijst ons dus, dat 't onderscheid tusschen b. f. en str. j. judicia jure Just. niet opgeheven was, zooals SAVIGNY ³⁾ te regt opmerkt, zeggende: »JUSTINIAN kann die Eigenthümlichkeit der b. f. actiones nicht für verschwunden gehalten haben, da er selbst es für nöthig hielt, mehreren Klagen diesen Character ausdrücklich beyzulegen; namentlich der hered. petitio, und der anstatt der alten rei uxoriae actio von ihm eingeführten actio ex stipulatu." Bovendien verstrekt zij ons een argument voor 't bestaan der exc.; want waarin kan anders 't verschil tusschen beide soorten van judicia gelegen zijn? Dat dit niet bestond bij ipso jure werkende omstandigheden, valt in 't oog; deze heeft de regter altijd ex officio moeten nagaan. Ware dit nu ook 't geval bij de exc., dan zie ik niet in, met welk doel JUST. die constitutie zou gegeven hebben.

¹⁾ L 38, 39 § 1; L 58 de hered. pet. (V 3) »Respondi, et si non exciperetur, satis per officium judicis consuli."

²⁾ L 20 § 6 de hered. pet.; GAJUS II § 57; in L 7 C de pet. hered. wordt zij daarom actio mixta personalis genoemd.

³⁾ t. a. p. pg. 137; Beilage XIII Num. IX, XII.

ALBRECHT ¹⁾ zegt, dat zij alleen ten doel had, 't *caussa cadere* op te heffen, hetwelk onder *JUST.* bij de *hered. petitio* nog practisch gold.

Evenwel 't blijkt uit de aangehaalde plaats, dat er vroeger strijd was, waaraan *JUST.* een einde maakte. Dat deze alleen over 't *caussa cadere*, wegens tegenvorderingen der bezitters van de erfenis, bestond, kunnen wij niet aannemen. De vraag, door *JUST.* beantwoord, moet m. i. veel ruimer gesteld worden, of namelijk de *hered. petitio* in 't algemeen als b. f. *actio* kon behandeld worden? Het gevolg der *constitutio* is natuurlijk, dat ook hier de compensatie een minnere *damnationem* uitwerkt, maar haar doel strekt, om de *doli exceptio* onnoodig te maken, zoodat de *regter ex officio* alles moet nagaan.

5^a. *JUST.* geeft aan de *actio ex stipulatu*, welke in de plaats treedt der *actio rei uxoriae*, 't karakter eener b. f. *actio* ²⁾).

ALBRECHT, die aanneemt, dat de gronden, welke vroeger eene *exceptio* in 't leven riepen, nu *ipso jure* tegen de *stipulatie* werkten, bewoert hier evenals bij de *hered. petitio*, dat de Keizer slechts 't *caussa cadere* wilde afschaffen. Ten onregte; dat is maar ééne der werkingen van 't b. f. *judicium*, zooals blijkt uit § 30 de *Act*: »*In quo et illud continetur etc.*» Hij wilde de *exc.* onnoodig maken ³⁾.

6^a. *JUST.* bekrachtigde op nieuw het onderscheid tusschen *ipso jure* en *ope exceptionis* met betrekking tot de *intercessiones foeminarum*.

In de *L 23 C. ad SC. Vellej.* (IV 29) bepaalde hij, dat de *intercessie* der vrouw *ipso jure* nietig zou zijn, zoo die niet bekrachtigd was door eene *acte*, door drie getuigen on-

¹⁾ t. a. p. pg. 100.

²⁾ *L. un.* § 2 *C. de rei exc. act.* (V 13); § 29 *Inst. de act.*

³⁾ § 37 *Inst. de Act.*

derteekend, uitgenomen, wanneer de creditor bewijzen kan, dat de vrouw door geld of andere zaken is schadeloos gesteld ¹⁾. JUST. onderscheidt hier vier gevallen: 1°. als de vrouw iets ontvangen heeft en er eene acte bestaat; 2°. als de vrouw iets ontvangen heeft en er geene acte bestaat; 3°. als de vrouw niets ontvangen heeft en er eene acte bestaat; en 4°. als de vrouw niets ontvangen heeft en er tevens geene acte bestaat.

In 't 1e geval wordt haar de exceptie geweigerd ²⁾; in 't 2e erlangt zij 't auxilium SCti, tenzij de creditor door andere middelen bewijzen kan, dat zij toch ontvangen heeft ³⁾; in 't 4e is de overeenkomst ipso jure nietig ⁴⁾; maar in 't 3e geval, waarin wel eene acte aanwezig is; doch waarop niet geschreven staat: „sese aliquid accepisse et sic ad intercessionem venisse”, kan zij 't auxilium SCti implorare; met andere woorden, de exceptie opwerpen; doet zij dit niet, dan is de overeenkomst van kracht.

¹⁾ THIBAUT, „*System des Pandekten-Rechts*” II § 948. MACKELDEY, „*Lehrbuch des Röm. Rechts*” 1851 I § 421.

²⁾ L 23 cit. pr. „Sed si quidem in ipso instrumento intercessionis dixerit sese aliquid accepisse, et sic ad intercessionem venisse, et hoc instrumentum publice confectum inveniatur, et a tribus testibus confirmatum: omnimodo esse credendum, eam pecuniam vel res accepisse, et non esse ei ad SCti, Vellejani auxilium regressum.”

³⁾ L 23 cit. pr. „Sin autem sine scriptis intercesserit, vel instrumento non sic confecto. tunc, si possit stipulator ostendere eam accepisse pecunias vel res, et sic subisse obligationem; repelli eam a SC. javaminis. Sin vero hoc minime fuerit ab eo approbatum, tunc mulieri superesse auxilium, et antiquam actionem adversus eum servari, pro quo mulier intercessit, vel ei actionem parari.”

⁴⁾ L 23 § 2 cit. „Sin autem extra eandem observationem mulieres acceperint intercedentes: pro nihilo habeatur hujusmodi scriptura, vel sine scriptis obligatio, tamquam nec confecta nec penitus scripta; ut nec SCti auxilium imploretur, sed sit libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto.”

Voorheen werkte 't SCtum Vellejanum altijd ope exceptio-
nis, zoodat JUST. eene wezenlijke verandering invoert, door
te bepalen, dat bij niet-nakoming der door hem voorge-
schrevene vormen, de intercessio ipso jure nietig zou zijn.

ALBRECHT tracht deze L. 23 op andere wijze uit te leggen:
in 't SCtum Vellej. ligt 't begrip van een beneficium; vol-
gens den regel: »*Invito beneficium non datur*» moet de vrouw
zelve verklaren, of zij er gebruik van wil maken; daarom
kan de regter eene actie, gegrond op die intercessio niet
a limine afwijzen; maar hieruit volgt niet, dat de exceptie
van 't SCtum Vellej. nog jure Just. eene exceptie is in den
ouden zin van het woord, daar niet zoo zeer 't voorbrengen
van den grond der exc., als wel 't verzoek van de practo-
rische bescherming de bijzondere eigenaardigheid van dit
verdedigingsmiddel uitmaakte.

Boven zagen wij, dat dit laatste eene verkeerde opvatting
is; de exc. is een zelfstandig regt van den gedaagde, staande
tegenover een ander regt van den eischer. Evenzoo is de
exc. SCti Vell. een zelfstandig regt der vrouw, die daarvan
naar verkiezing kan gebruik maken. Ware dit slechts een
gevolg van 't »*invito beneficium non datur*,» dan zou voor-
zeker JUST. geene ipso jure werkende nietigheid toegeschre-
ven hebben aan 't niet nakomen van zekere vormen, die
toch ten gunste der vrouw zijn vastgesteld; maar aan deze
de vrije keus gelaten hebben, om tegen hare handeling op
te komen. Neen, alleen omdat 't eene exc. is, mogt de Prae-
tor de actie a limine niet afwijzen; hetgeen hem daaren-
tegen bij ipso jure werkende omstandigheden veroorloofd was.

Deze door ons aangehaalde gronden zijn voldoende, om
onze meening te staven, dat de exc. onder 't Just. regt
gebleven is, wat zij was, nl. een zelfstandig regt van den
gedaagde. De argumenten van ALBRECHT bewijzen slechts,
dat door de gelijkstelling van 't civiel- en praetorisch regt
en door de afschaffing der conceptio verborum de exc. eenige
punten van onderscheid verloor, die bovendien nog in vroe-

geren tijd haar van alle andere verdedigingsmiddelen deden verschillen, maar niet haar innerlijk wezen kenmerkten.

Deze beschouwingen leiden ons tot eene andere vraag, of namelijk de exceptie reeds onder 't systeem der *Legisactiones* voorkwam, of eerst met 't formulair proces ontstaan is?

De meeste schrijvers nemen dit laatste aan, op grond der uitspraak van *GAJUS IV § 108*:

»*nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum*»

en zij hebben in zooverre gelijk, dat de exc. noch in den boven beschrevenen procesvorm, noch zelfs onder dien naam vroeger voorkwam. Evenwel 't is niet denkelyk, dat dezelfde gronden, die later tot eene exc. aanleiding gaven, onder de *Legisactiones* niet evenzeer door den Praetor in bescherming werden genomen ¹⁾. Met zekerheid dit te zeggen, is onmogelyk, daar 't nergens uitdrukkellyk verhaald wordt, en bovendien de tijd, waarop de *Lex Aebutia* werd ingevoerd, zeer onbepaald is. Konden wij op eenigzins vaste gronden aannemen, dat de invoering dezer wet althans na de *Lex Cincia* ²⁾ had plaats gehad, dan kon deze zoogenaamde *lex imperfecta* ons als een argument dienen voor die buitengewone Praetorische bescherming. Maar wij staan geheel op het gebied der gissingen. De meeningen hierover loopen zoozeer uiteen, dat sommigen hare invoering in 't begin der zesde, anderen zelfs in 't begin der zevende eeuw stellen. *PUCHTA* ³⁾ neemt de eerste helft der zesde eeuw, omdat er toen ter tijd reeds *leges imperfectae* waren, die buiten 't bestaan der excepties geen waarde of kracht konden hebben. B. v. de *Lex Cincia* van 't jaar 550 verbood schenkingen boven eene zekere som, zonder te verklaren, dat zij nietig

¹⁾ Verg. P. KRÜGER, t. a. p. pg. 20.

²⁾ Anno 550.

³⁾ t. a. p. I 338.

zouden zijn. Evenzoo de Lex Plaetoria, welke gebood minderjarigen te beschermen tegen dolus, en eene geldstraf met infamia verbonden op de overtreding zette, sprak geene nietigheid dier handelingen zelve uit. De Praetor moest dan hier te hulp komen, hetzij door 't geven eener exceptie, in geval de Lex Aebutia reeds was ingevoerd, hetzij door eene gedwongene sponsio in 't tegenovergesteld geval.

SAYIGNY ¹⁾ neemt bij de Lex Plaetoria dit laatste aan en stelt dus de invoering der Lex Aebutia op een later tijdstip. Dat de sponsiones tot dat doel gebruikt werden, bewijst hij uit eene plaats van PLAUTUS ²⁾, welke aldus luidt: »Cedo qui cum habeam iudicem, ni dolo malo instipulatus sis nive etiam dum sim quinque et viginti annos natus.»

PUCHTA, van een ander gevoelen zijnde, voert te regt hiertegen aan, dat de woorden: »ni dolo malo etc.» ook den vorm eener exc. kunnen aanduiden, maar geeft, zelf twijfelende, toe, dat de werking dier wetten, tijdens 't uitsluitend bestaan der Legisactiones, door middel eener gedwongene sponsio kon plaats hebben. HEFFTER ³⁾ beweert, dat de wet vóór 't jaar 605 niet kon ingevoerd zijn, omdat in dit jaar de Lex Calpurnia repetundarum een *sacramento* agere voor den overtreder vaststelde, hetgeen na de Lex Aebutia niet waarschijnlijk is. Waarom niet? vraagt ZIMMERN ⁴⁾ te regt, als wij maar aannemen, dat daardoor eene *causa Centumviralis* ontstond.

't Is m. i. hoogst waarschijnlijk, dat de Praetor reeds vroegtijdig, op welke wijze dan ook, zooveel mogelijk de nadeelen zocht af te wenden, die men iemand kon berokke-

¹⁾ »Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft» X pg. 248. »System» pg. 181. Verg. BETTMAN-HOLLWEG »Der Civilprocess des Gem. Rechts» 1864 pg. 124—126. KRÜGER, t. a. p. pg. 24.

²⁾ PLAUT. Rudens V 3. 24.

³⁾ HEFFTER ad GAJ. Comm. IV (1827) pg. 23.

⁴⁾ t. a. p. § 35 noot 1. Verg. ORTOLAN, I pg. 199.

nen, door zich bedriegelijk achter de vormen van 't Civielregt te verschuilen ¹⁾. Althans bij de *judicia recuperatoria*, waarin geene *Legisactiones* konden voorkomen, (welke slechts voor *cives Rom.* waren ingesteld) en waar de *Praetor peregrinus* denkelijk door eene formule, gelijk later in 't algemeen na de *Lex Aebutia*, den regter de quaestie ter beoordeeling uiteenzette, mag men 't er wel voor houden, dat gronden van billijkheid werden in acht genomen. Maar de naam exceptie komt te dier tijde niet voor; dien heeft zij eerst onder 't formulair-proces ontvangen.

Volgens ALBRECHT ²⁾ zou deze naam later weêr zijne beteekenis verloren hebben en de technische uitdrukking geworden zijn voor alle verdedigingsmiddelen. Hij beroept zich daartoe op de volgende gronden, die wij achtereenvolgens zullen weêrleggen.

10. *De exceptio non numeratae pecuniae*, staande tegenover een door den actor voorgebragt *chirographum*, door iemand gegeven in de hoop op eene leening, maar die hij later niet ontvangen heeft, was nooit eene exceptie; zij was eene zuiver civielrechtelijke ontkenning van 't regt van vorderen, daar 't *chirographum* geene *obligatio* vestigde; maar slechts een bewijs gaf, zoodat *ex mutuo*, niet *ex chirographo* kon geageerd worden. Bovendien werd door de exc. de actor gedwongen, om 't feit der betaling te bewijzen, hetgeen in strijd is met de bij de exc. geldende regcls. En in weêrwil van dit alles, wordt zij toch met dien naam bestempeld ³⁾.

Uit de geschiedenis der *obligatio litterarum* ⁴⁾ is dit zeer

¹⁾ Zie L 2 § 3 D *si quis caut.* (II 11), alwaar de grond eener dilat. exc. met de 12 Tafelen in verbinding wordt gesteld.

SINTENS, t. a. p. pg. 304 noot 10.

²⁾ t. a. p. pg. 76 v.

³⁾ L 3, 5, 7, 8, 10, 13 en 16 C de n. n. p. (IV 30).

⁴⁾ Verg. ORTOLAN, t. a. p. III pg. 241 v.

goed te verklaren. Eertijds werd deze voltrokken door middel der *expensilatio*; de naam van den debitor werd, met zijne toestemming in den *Codex accepti et expensi* van den creditor geplaatst (*nomina transcriptitia*), en deze werd daardoor verbonden. Was daarentegen een werkelijk *mutuum* aangegaan, dan waren de zoogenaamde *nomina arcaria* slechts een bewijs voor 't bestaan der verbindtenis; zij zelve had de *numeratio pecuniae* tot caussa, zooals blijkt uit *Gaius* III § 131:

»*arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere.*»

De peregrini bedienden zich tot datzelfde doel van *chirographa* en *syngrapha*, naarmate ééne der partijen of beide 't geschrift onderteekenden.

Ten tijde van *Just.* ¹⁾ waren de *codex acc. et expensi*, de *nomina transcriptitia* en *arcaria* in onbruik geraakt. Alleen de *chirographa* en *syngrapha* bestonden nog en waren algemeen geworden. Had nu iemand eene zoodanige schriftelijke eenzijdige schuldbekentenis aan een ander afgegeven, zonder dat deze laatste de voor die leening beloofde som had toegeld, zou hij vroeger *jure gentium* toch verbonden zijn geweest, omdat 't *chirographum* bij de peregrini de *obligatio* zelve daarstelde. Volgens 't *jus civile* daarentegen had dit stuk papier slechts kracht van bewijs, zoodat de toetelling van 't geld de verbindtenis daarstelde. Dit laatste niet geschied zijnde, bestond er geene verbindtenis, en bijgevolg geene actie ²⁾. Eene exceptie hiertegen is ondenkbaar, want deze zet de mogelijkheid van 't bestaan eener verbindtenis vooruit. Alleen tegen 't *chirographum* van 't *jus gentium*

¹⁾ *Instit.* III tit. XXI De litt. oblig.

²⁾ *L.* 26 § 2 *Depositi* (XVI 3) „*Quaero, an ex hujusmodi scriptura aliqua obligatio nata sit, scilicet quod ad solam pecuniae causam attinet? Respondit, ex epistola, de qua quaeritur, obligationem quidem nullam natam videri, sed probationem depositarum rerum impleri posse.*»

is de exceptio non num. pec. eene ware exceptie. Maar langzamerhand waren de cives gewoon geworden, om ten bewijze van een werkelijk mutuum een chirographum af te geven. Dit schijnt men vervolgens met 't andere van vroeger tijd verward en ook aan dit, althans in theorie eene verbindende kracht toegeschreven te hebben, zoodat 't anders ondenkbare geval eener exceptie tegenover eene actio ipso jure nulla er 't gevolg van was.

Bovendien had de exc. nog dit eigenaardige, dat zij aan eene korte verjaring van twee jaren ¹⁾ onderworpen was, en dat de actor door haar tot bewijs der betaling gedwongen werd ²⁾; in welke beide opzichten zij van de algemeene regels afweek. Alleen in naam is zij eene exceptie; in de daad eene bloote ontkenning.

Ofschoon wij dus aan ALBRECHT moeten toegeven, dat de exc. non num. pec. ten onregte aldus genoemd wordt, mogen

¹⁾ Gedurende deze 2 jaren kon de gedaagde zelf de condictio instellen, om 't chirogr. terug te krijgen. L 7 C d. n. n. p. (IV 30); L 3 C de cond. ind. (IV 5); L 4 C de cond. ex lege (IV 9). Na verloop van dezen tijd had 't chirogr. volle bewijskracht, zoodat de actor niet meer gehouden was 't bewijs der betaling te leveren; maar daarom werd 't den gedaagde niet geweigerd de niet-betaling aan te toonen; dit stond hem altijd vrij, maar de gewone regelen moest hij hierin volgen.

²⁾ BETHMANN-HOLLWEG, die deze exc. in praetorischen zin tracht te verklaren, beweert, dat deze afwijking ten opzichte van 't bewijs, steunt op de naturalis ratio en op de moeilijkheid van een negatief bewijs.

M. i. bestaat de afwijking niet in 't bewijs, maar hierin, dat de gedaagde den grond zelven der actie bestrijdende, gezegd wordt eene exc. op te werpen. Van daar, dat men bij 't bewijs weêr den gewonen regel volgt: „Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat” L 2 D de prob. (XXII 3).

Evenzoo blijkt uit L 10 C de n. n. p. (IV 30), dat wij hier niet eene bloote ontkenning te doen hebben; de gedaagde behoeft niet te bewijzen, omdat „negantis naturali ratione probatio nulla est.”

Verg. ALBRECHT, t. a. p. § 17 noot 5.

wij hiernuit nog niet besluiten, dat deze naam zijne oorspronkelijke beteekenis zou verloren hebben, daar 't blijkbaar is, dat zij dien hier gekregen heeft ten gevolge eener verwarring van de middelen juris civilis en juris gentium, om eene *litterarum obligatio* daar te stellen.

Over de theorie der *exceptio non numer. pecuniae* hier in bijzonderheden te handelen, is de plaats niet. Men vergelijke SCHLESINGER, *„Zur Lehre von den Formal-contracten“*, p. 246, 250 vlg. bij wien ook de overige schrijvers zijn aangewezen.

2°. De verwisseling der beide uitdrukkingen *exceptio* en *praescriptio*.

Waarin bestond onder 't formulair-proces 't onderscheid tusschen beide begrippen? De *praescriptio* ¹⁾, zooals hare naam aanduidt, werd aan 't hoofd der formule geplaatst; de *exceptio* stond meestal achter de *intentio*. Dit is 't eenige formele verschil, 't welk reeds ten tijde van GAJUS verdween. Maar de naam *„exceptie“* had geene betrekking op de plaats in de formule, en kon diensgevolge ten allen tijde zeer goed op *praescripties* worden toegepast, zooals ook werkelijk CICERO doet in de *Inv. II. 20*, schrijvende: *„postulat is, quicum agitur (injuriarum), a praetore exceptionem: extra quam si in reum capitis praejudicium fiat 2)“*. Hic is, qui agit, *judicium purum postulat: ille, quicum agitur, exceptionem addi, ait, oportere. Quaestio est excipiendum sit an non?* GAJUS ³⁾ spreekt van de *praescripties* als van een verouderd regtsmiddel en zegt, dat zij ten zijnen tijde als *exc.* werden geconcipieerd. Er moet dus nog een matericel onderscheid zijn, om de bewering van ALBRECHT

¹⁾ Hier is alleen sprake van *praescript. pro reo*.

²⁾ ZIMMERN, t. a. p. pg. 297 bewoert, dat Cic. deze ware *praeser.* oneigenlijk eene *exc.* noemt, omdat zij toen nog niet als *exc.* in de formule werd gevat. Verg. SAVIGNY, t. a. p. pg. 163 noot i.

³⁾ *Instit. IV 133.*

te kunnen doen gelden. Maar juist dit heeft nooit bestaan. De praescriptie was even als de exc. een zelfstandig regt van den gedaagde, maar werd daarom aan 't hoofd der formule geplaatst, omdat de regter daarover 't eerst moest beslissen, om, zoo hij ze gegrond achtte, zich van alle verdere onderzoek der vordering van den actor te onthouden. Zij maakten een onderdeel uit der dilatorische exc., daar zij evenzeer de werking der ingestelde actie opschortten: ten minste jure Just., want voorheen had de dilat. exc. in de formule gebracht, ten gevolge, dat de actie voor altijd vernietigd was, behoudens de in integrum restitutio, welke evenwel slechts in bijzondere gevallen werd verleend: de praescr. daarentegen, dat er in 't geheel geen vonnis geveld werd, zoodat de actie ongeschonden bleef bestaan.

Tot deze praescripties behooren vooral de praejudiciales exceptiones. Hieronder worden verstaan: »speciales quaedam exceptiones,” gelijk VOET ¹⁾ zegt, »quibus hac ratione excluditur actor, quod actioni futurae faciat praejudicium; adeoque quod praepostere agit, praetermissa actione, quae prius instituenda et terminanda erat.” Er moeten dus twee processen zijn waarin hetzelfde feit zal beslist worden; maar welk feit in 't eene als hoofdzaak, in 't andere als bijzaak, als gevolg voorkomt ²⁾. De voorafgaande beslissing van dit laatste kan natuurlijk soms een' nadeeligen invloed hebben op die der caussa major. In dit geval heeft de gedaagde er groot belang bij, dat de hoofdzaak eerst wordt onderzocht, en dit doel bereikt hij, door aan 't hoofd der formule deze woorden te doen plaatsen: »Ea res agatur, si in ea re praejudicium . . . non fiat.” De regter wordt daardoor gelast, om 't allereerst na te gaan, of deze zaak ook nadeel

¹⁾ „Comm. ad Pand.” XLIV Tit. 1.

²⁾ L 21 D de exc.

kan toebrengen aan de *caussa major*, om, als dit zoo is, 't geschil verder te laten rusten ¹⁾.

Eene zaak wordt *caussa major*, vooreerst, omdat zij onderworpen is aan de beslissing eener hoogere jurisdictie; vervolgens, omdat zij van meer belang is of omdat zij in 't eene proces als hoofdzaak voorkomt en in 't andere als een incidenteel punt ²⁾.

In de *Digesten* nu worden deze *praescripties* ook *excepties* genoemd, omdat er tusschen beide begrippen werkelijk geen verschil bestaat. Evenwel komt deze verwisseling hoogst zelden voor, want de juristen waren gewoon geworden dezen of genen naam te gebruiken, naar gelang der verschillende plaatsen, die zij vóór *GAJUS* in de formule innamen. Bijgevolg vervalt ook dit argument van *ALBRECHT*.

³⁾ Ten derde beroept hij zich op eene constitutie van *JUST.*, welke aldus luidt.

»Decernimus ut licentia quidem pateat in exercendis consultationibus tam appellatori quam adversae parti novis etiam *adsertionibus* utendi vel *exceptionibus*» ³⁾.

Klaarblijkelijk heeft volgens hem »*adsertionibus*» betrekking op de beweringen van den eischer, en »*exceptionibus*» op die van den gedaagde, waaronder dan ook civielrechtelijke verdedigingsmiddelen moeten verstaan worden, daar 't niet

¹⁾ L 54 D de judic. (V. 1) »Per minorem causam majori cognitioni praejudicium fieri non oportet: major enim quaestio minorem causam ad se trahit.»

²⁾ B.v. Een *judicium centumvirale* maakt de zaak *caussa major* tegenover een *judic.* voor *judices privati* (L 12 pr. C de pet. hered. III. 31); eene fiscale of criminele zaak tegenover eene van bloot privaats belang (L 35 D de jure fisci XLIX 14; L 4 D de publ. jud. XLVIII 1) enz.

Verg. *PUCHTA* II pg. 175; *KELLER* pg. 182; *ZIMMERN* § 96, 97. — *DONELLUS* XXIV 2 § 4.

L 4 C. de tempor. et repar. appellat.

denkelijk is, dat *JUST.* alleen ware excepties zou toelaten.

Op welken grond *ALBRECHT* hier 't eene woord alleen op den eischer, en 't andere alleen op den gedaagde toepast, begripen wij niet. Ons inziens moeten beide uitdrukkingen op beide personen worden toegepast, zoodat de zin der constitutie deze is: dat zoowel actor als reus nieuwe civiel-regtelijke verdedigingsmiddelen (*novae adsertiones*) kunnen aanvoeren, alsmede excepties en daartegen overstaande repli-caties (*exceptionis exceptiones*).

4°. Ten laatste haalt hij nog eenige voorbeelden aan, welke, excepties genaamd, nooit als zoodanig gegolden hebben.

a. De in *L 14 C. de contrah. et committ. stipul.* (*VIII 33*) en *Nov. XC Praef.* genoemde *exceptio contra personas testium*.

Klaarblijkelijk verwacht hij hier de technische uitdrukking *exceptio* als regtsmiddel, en *exceptio*, niets anders dan uitzondering beteekenende. In deze laatste beteekenis komt 't woord in beide plaatsen ¹⁾ voor. De getuigen moeten namelijk zijn: »*undique idonei et omni exceptione majores*," dat wil zeggen, zij moeten getuigenis kunnen en mogen afleggen. De regel is, dat ieder getuige kan zijn, die niet is uitgesloten. Die uitgesloten zijn, vallen dus onder de uitzonderingen (*exceptiones*).

b. De *exceptio falsi tutoris* in *L 2 C. de eo qui pro tutore* (*V. 45*):

»*Non utiliter nominatus tutor pupillorum nomine agendo, licet ex eorum persona injunctas impleat intentiones, exceptione (si tutor non est) summovetur.*»

Ook hierin zien wij geene zwaarigheid; wat anders toch

¹⁾ *Nov. XC Praef.*: »*Licere autem omnibus etiam valde vilissimis testimonium perhibere, et ante nos prohibuerunt legislatores, scilicet multas exceptiones facientes, et plurimos excludentes etiam ipso testium nomine, vel schemate.*»

is deze exceptie, dan de exc. procuratoria in factum gere-
digeerd?

c. De exceptio lenocinii in L 28 ad L. Jul. de ad. (IX. 9)
„...abolitis de medio ceteris praescriptionibus, praeter
quinquennii temporis, et lenocinii, quod marito objicitur,
exceptionem....”

Deze is eveneens eene ware exceptie, namelijk een zelf-
standig regt der vrouw tegenover haren man, op grond van
genoemde wet hare veroordeeling vragende ¹⁾.

Houdt men zich aan deze definitie vast, dan kan men
ten allen tijde gemakkelijk onderscheiden, wat eene exceptie,
wat een civielregtelijk verdedigingsmiddel is. ALBRECHT ²⁾
doet dit niet, en dit is de oorzaak zijner verkeerde voor-
stelling; in plaats van zich de exceptie, ontdaan van alle
bijkomende en voorbijgaande omstandigheden, voor oogen
te stellen, verwacht hij haar oorspronkelijk doel met haar
wezen.

Evenwel enkele plaatsen komen in den Codex voor, waar
aan exc. eene uitgebreidere beteekenis gegeven is. Dit
geschiedt b.v. in L 30 C. de j. dot. (V. 12) en L un. C.
de usucap. transformanda (VII. 31). Maar dit is een gevolg
van een minder streng spraakgebruik, niet daarvan, dat de
exc. hare oorspronkelijke beteekenis verloren heeft ³⁾.

¹⁾ Verg. FABER t. a. p. pg. 13.

²⁾ HEIMBACH volgt hem hierin.

³⁾ SAVIGNY pg. 167.

HOOFDSTUK III.

Verdeeling der Excepties.

De excepties kunnen op verschillende wijzen verdeeld worden, al naar gelang men den oorsprong, den inhoud of de werking tot grondslag aanneemt. Het Rom. Regt zelf geeft sommige indeelingen op, maar de meeste werden eerst door nieuwere regtsgeleerden gemaakt. De gewigtigste daarvan zullen wij hier laten volgen.

Volgens den *oorsprong* worden zij verdeeld :

1°. In *exc. civiles* of *legitimae* en *praetoriae* of *honorariae*.

Deze namen zijn aan 't R. R. vreemd, maar de indeeling zelve steunt op GAJUS IV § 118 en Instit. IV 13. 7. De Praetor, zegt GAJUS, heeft sommige excepties reeds in zijn edict staan; andere geeft hij *caussa cognita*, na onderzoek der zaak: maar al deze door den Praetor gegevene excepties putten haren inhoud deels *ex legibus*, deels *ex his, quae legis vicem obtinent*, deels *ex jurisdictione Praetoris* ¹⁾. JUSTINIANUS, de eerste woorden weglatende, omdat ten zijnen tijde geene edicten meer voorkwamen, neemt 't laatste van GAJUS over. Van *exceptiones civiles* in den zin dat 't civiel-regt zelf ze gaf, is dus nergens sprake; 't civiel-regt gaf er slechts aanleiding toe. Vele regtsgeleerden zijn van een ander gevoelen, en nemen 't door mij bestredene aan.

1) B.v. door *leges* is aanleiding gegeven tot de *exc. legis Cinciae*, *legis Juliae* (*nisi bonis cesserit*); door *seta* tot de *exc. Vellej.*, *Maced.*, *Trebell.*; door *constitutiones* tot de *exc. si non et illi solvendo sint*, toegestaan aan de *fidejussores*, in gevolge een rescript van HADRIANUS; de *exc. doli*, wanneer men deze toepast in gevolge een rescript van MARCUS AURELIUS, om den eischer te dwingen, om de compensatie in eene *actio stricti juris* te brengen.

SAVIGNY ¹⁾ beweert, dat men evenmin reden heeft civiele exc., als civiele acties voor oneigenlijk en nagebootst te houden. Maar oneigenlijk en nagebootst worden zij door niemand genoemd; haar geheel bestaan wordt betwist. Evenals eene praetorische actie alleen berust op de jurisdictie van den Praetor, al neemt hij ook de stof uit 't civiel-regt of zelfs uit eene andere civiele actie (waarvan de *actio furti manifesti* ons een voorbeeld geeft) ²⁾, zoo zijn ook de excepties alleen van praetorischen oorsprong, en zouden in zooverre den naam van praetoriae of honorariae moeten dragen; maar omdat de magistraat sommige exc. gaf, welke haren inhoud uit 't civiel-regt hadden gekregen, kon men deze laatste ter onderscheiding zeer goed exc. civiles noemen.

De beslissende woorden van GAJUS »*substantiam capiunt*» ziet SAVIGNY ³⁾ geheel over 't hoofd; althans zijne woorden aanhalende, slaat hij ze voor. Zou GAJUS dan zonder doel en toevallig hier twee verschillende uitdrukkingen gebruikt hebben, daar hij eerst zegt: »*ex legibus . . . substantiam capiunt*», en vervolgens »*vel ex jurisdictione praetoris proditae sunt*»? Dit is niet denkelijk; veeleer wilde hij juist doen inzien, dat de exc. door den Praetor, of direct krachtens zijne jurisdictie worden gegeven, of indirect, omdat Leges, SCta of Constit. hem daartoe aanleiding gaven ⁴⁾. Een voorbeeld van dit laatste geeft de Lex Cincia, welke o. a. schenkingen verbood boven eene zekere som, zonder de nietigheid dezer handeling of eene straf uit te spreken, zoo de som grooter was; deze wet dus op zich zelve on-

¹⁾ t. a. p. pg. 174.

²⁾ GAJUS IV 111; Inst. IV 12. pr. de perpet. et temp. act.

³⁾ t. a. p. pg. 170 noot c.

⁴⁾ Verg. CICERO »*de invent.*» II 4 »*quae cum praetoriae sint, quod dari a Praetore omnes solent*»; II 19: »*nam et praetoriis exceptionibus multae excluduntur actiones.* — PUCHTA II 167. L 3 § 1 D de constit. pec. (XIII. 5).

volledig, werd eerst door den Praetor in werking gebragt ¹⁾.

SINTENIS noemt de bewering van ZIMMERN en SCHRÖTER ²⁾, die de exc. civiles van zulke leges imperfectae afleiden, geheel willekeurig, omdat er een aantal voorbeelden van civiele excepties in de Digesten voorkomen. Eene groote menigte noemt hij er op, waarvan wij hier enkele zullen laten volgen. L 21 § 1; L 24 Donat. (XXXIX. 5), welke spreken van eene exceptio donationis, wegens eene schenking supra modum legis; maar wij zagen juist, dat de Lex Cincia van geene nietigheid sprak. Van waar dan die exceptie? L 1 § 3 quod vi (XLIII. 24), die gewaagt van eene exc. »quod non jure meo receperim.” Welke lex of scutum heeft deze ingevoerd? L 8 § 13 de inoff. test. (V. 2): »... scriptus quidem heres petet hereditatem, filius vero in modum contradictionis quorelam inducat;” de inhoud dezer exc. wordt wel geput uit 't civiel-regt, dat eene actie geeft, om een testament, niet ex officio pietatis ³⁾ gemaakt, te doen vernietigen, maar de exc. zelve is van praetorischen oorsprong. L 5 § 1 Unde legitimi (XXXVIII. 7); L 26, 28, 51 § 1 de fidej. (XLVI. 1) enz. bewijzen eveneens niets anders, dan dat 't civiel-regt aanleiding gaf tot 't verstrekken eener exc. Deze weinige plaatsen zijn voldoende, om te doen inzien, dat eene andere opvatting, dan die wij boven ontwikkeld hebben, op eene dwaling berust. Vooral de woorden van 't Scutum Vellejanum sterken ons in deze meening. De L 2 § 1 D ad SC. Vell. (XVI. 1), die hetzelfde in zijn geheel teruggeeft, eindigt aldus: »*arbitrari senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure*

¹⁾ ULP. „Reg.” I § 1 „... prohibet, exceptis quibusdam cognatis, et si plus donatum sit, non rescindit.”

Verg. PUCHTA II 386.

²⁾ SINTENIS pg. 307 n. 14; ZIMMERN pg. 286; SCHRÖTER „Obs.” 101

³⁾ PAUL „Sent.” 4. 5. 1.

aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur” ¹⁾.

2°. In *exc. directae* en *utiles*.

Gene zijn zulke *exc.*, die reeds van den beginne af zijn ingevoerd geworden; deze daarentegen de eerstgenoemde, welke door de interpretatie der regtsgeleerden op een concreet geval werden toegepast, door middel eener verandering in de redactie. Dit geschiedde in navolging der *actiones utiles*, die door eene formula fictitia of eene formula in factum door den Praetor in werking werden gebragt. Gelijk SAVIGNY ²⁾ te regt opmerkt, kwam eene fictie voorzeker hier niet voor, die in 't geheel niet zou overeen te brengen zijn met de stelling der excepties, die altijd in factum werden gevat. De *utiles exc.* werden dus gevormd door eene verandering der redactie, zoodat een geval, niet begrepen onder de oorspronkelijke *exc.*, nu eveneens door haar werd beschermd. De uitgifte dezer *utiles exc.* geschiedde voornamelijk na 't Edictum perpetuum; want vóór dezen tijd hadden de Praetoren zooveel mogelijk telkens aan de behoeften voldaan, door nieuwe *exc.* te geven, zoodat 't Edict. perpet. bijna alle mogelijke gevallen had opgenomen en bovendien de algemeene *doli exceptio* verleende in nog niet voorziene omstandigheden. Wanneer nu voor een concreet geval 't Edict geene goede *exc.* reeds bezat, en de *doli exc.* wegens de persoonlijke betrekking ³⁾, waarin de gedaagde tot den eischer stond, niet kon gebruikt worden, werd eene reeds bestaande utiliter op 't geval toegepast ⁴⁾.

¹⁾ Verg. HEIMBACH t. a. p. pg. 685.

²⁾ SAVIGNY pg. 171 noot d; ALBRECHT pg. 75; HEIMBACH pg. 689.

³⁾ Tegen ouders, patronen en hunne erfgenamen wegens handelingen van den overledene, werd de *doli exc.* niet toegelaten. L 4 § 16 de *doli. m. exc.*

⁴⁾ L 21 D de praescript (XIX. 5) „Quotiens deficit actio vel exceptio utilis actio vel exceptio est.”

L 13 § 2 de pignor. (XX. 1).

In de meeste plaatsen evenwel beteekent utilis exc. niet zulk eene toegepaste, maar eene geldige, werkzame exc., zooals b. v. in L 16 D h. t.; L 2 C. de jud.; L 5 C. de usuris (IV. 32); L 41 de min. (IV. 4); L 19 § 5 D ad SC. Vellej. (XVI. 1) ¹⁾.

De uitdrukking *directae exceptiones* komt in de Rom. regtsbronnen niet voor; deze is gevormd in navolging der *directae actiones* tegenover de *utiles*.

Volgens den *inhoud* worden zij verdeeld:

1^o. In *exc. juris s. actionis* en *facti s. intentionis*.

Deze indeeling, door de Glossatoren gemaakt, berust op eene geheele miskenning van het karakter der Rom. exceptie ²⁾. Onder eerstgenoemde begrepen zij de zoodanigen, welke 't bestaan van 't regt des eischers vooruitzetten, maar waarmede de gedaagde evenwel vrijspraak kan bewerken; daar hier 't regt van vorderen, zoo al niet ipso jure, toch ope *exceptionis* vernietigd is; dit waren dus de ware Rom. excepties. De laatstgenoemde zijn volgens hen die exc. waardoor de gedaagde beweert, dat 't regt des eischers of in 't geheel niet bestaan heeft, of later weder ipso jure opgeheven is. In dit geval is er geene obligatie, en bijgevolg geene actie; de eischer ageert de *facto tantum*. De eerste klasse noemden zij: »*exceptiones quae rem ope exceptionis perimunt*;" de andere daarentegen: »*exceptiones, quae rem ipso jure perimunt*."

Tot deze dwaling kwamen zij, gelijk wij zeiden, door miskenning van 't begrip der Rom. exceptie, alsof deze was elk middel van verdediging, dat de gedaagde tegen de actie gebruikt, zoodat *exceptio solutionis*, *acceptilationis* gelijk staan met eene exc. *doli*, *pacti* enz., behoudens enkele uit-

¹⁾ Verg. KELLER pg. 143.

²⁾ Verg. ALBRECHT § 23 v. en de daar aangehaalde schrijvers; HEIMBACH pg. 687; SAVIGNY pg. 179.

zonderingen. Evenwel, welke exc. tot elk der beide klassen behoorden, was niet beslist. Vele ware exc. werden onder de exc. facti gesteld, n.l. de exc. transactionis, renunciationis, rei venditae, judicatae, praescriptionis, compensationis, jurisjurandi, omdat op sommige plaatsen der Digesten gesproken wordt van eene weigering der actie of omdat de uitdrukking „lis finita” gebruikt wordt. Eene groote verwarring was er natuurlijk 't gevolg van, daar men aan den eenen kant 't woord exceptie te ruim opvatte, door er alle verdedigingsmiddelen van den gedaagde onder te verstaan; en aan den anderen kant 't begrip der eigenlijke Rom. exc. miskende, door bovengenoemde exc. er buiten te sluiten. Toch werd deze leer wetenschappelijk bearbeid en werden bepaalde werkingen aan elke klasse verbonden.

Zoo had vooreerst de exc. facti volgens hen de werking, dat 't proces daardoor verhinderd werd. De Glossatoren maakten dit uit eenige plaatsen ¹⁾ der Dig. en Codex op, waarin gezegd wordt dat de uit eene transactie ontspringende exceptie vóór de litis contestatie kan voorgebragt worden, en de zaak, waarover de transactie was aangegaan, als afgedaan beschouwd wordt. Maar in deze plaatsen is slechts sprake, gelijk ALBRECHT zegt, van de materiële werking der exc. rei transactae; niets komt daarin voor van eene eigenschap, alsof zij 't proces kon verhinderen. Alleen wanneer de eischer in jure dezelve had erkend, kwam de zaak niet in judicium, en werd de litis contestatie overbodig.

Op dezelfde gronden gaven zij dezelfde eigenschap aan de exc. rei judicatae, welke bovendien meermalen te gelijk met de transactie in de bronnen behandeld wordt. Nu nog een stap verder gaande, kwamen zij tot de meening, dat de aangevoerde plaatsen over transactie uitspraken, wat buiten dien in 't algemeen van alle facti exc. gegolden heeft.

¹⁾ L 10, 16 C. de transact.; L 23 § 3 D de cond. indeb.

Over dit laatste was men 't later weêr oneens, en trachtte men juist aan te geven, welke exc. 't proces konden verhinderen, totdat men eindelijk aannam, dat alle peremptorische exc. die eigenschap hebben, zoo zij namelijk terstond bewezen en erkend zijn.

Vervolgens gaven zij aan de exc. facti deze werking, dat de regter ze in acht mogt nemen, al had de gedaagde de gronden zijner exc. niet uitdrukkelijk aangebragt. Meermalen leest men in de regsbronnen, dat de regter een' gedaagde kan vrijspreken, zoo de obligatie ipso jure niet of niet meer bestaat, zonder daartoe eene exc. noodig te hebben. Ex officio ¹⁾ is hij daartoe bevoegd. »Indem man nämlich, zegt ALBRECHT ²⁾, unter exceptio immer das Vorbringen des Exceptionsgrundes von Seiten des Beklagten verstand, während die röm. Stellen eigentlich nur das Verleihen des Schutzes (dare exceptionem) durch den Prätor und das Einrücken in die Formula im Auge hatten, bezog man die Stellen lediglich auf das Vorbringen des factischen Grundes von Seiten des Beklagten, und meinte, der Richter habe bei dem ipso jure gebotenen Defensionsgründen nicht einmal dieses Vorbringen abwarten dürfen.»

Maar de beteekenis, die ALBRECHT zelf hier aan de uitdrukking »exceptio» hecht, is evenmin goed te keuren. Hetgeen hij opnoemt, zijn slechts nevenzaken, terwijl de hoofdzaak door hem wordt voorbij gezien. Exceptie is een zelfstandig regt van den gedaagde, een regt, hetwelk nevens dat van den eischer staat, en dit krachteloos maakt, maar niet vernietigt. Staat er dus in sommige plaatsen geschreven, dat eene exc. onnoodig is, dan wordt met andere woorden gezegd, dat de gedaagde een regt heeft verkregen, hetwelk dat des eischers vernietigt. De

¹⁾ SAVIGNY pg. 188.

²⁾ t. a. p. pg. 124.

regter wordt gelast vrij te spreken, si non paret; is het regt des eischers verloren, zoo heeft hij dientengevolge geene actie; 't blijkt niet, hetgeen de intentio inhoudt; ergo vrij-spraak.

Ten derde waren de exc. facti volgens hen hierin van de andere onderscheiden, dat zij tot aan 't vonnis konden worden voorgebracht, terwijl de andere klasse in initio moest worden geopponeerd. Men vond in de bronnen, dat de ware exc. in tegenstelling der civielrechtelijke verdedigingsmiddelen (ten tijde van 't formulair-proces) in initio litis moest worden aangebracht. Daarin meende men, zegt ALBRECHT, weder een verschil te vinden; evenwel had dit verkrijgen der exc. niet van de inschikkelijkheid des Praectors afgehangen, had men dezelve niet behoeven te verzoeken, maar had de regter ex officio ze kunnen nagaan, dan zou 't contestari in initio en bijgevolg 't voorbrengen van den grond der exc. in initio, ook in 't oude Romeinsche regt niet voorgekomen zijn. Gerust voegen wij hierbij, dat, hadden er geene excepties bestaan, er ook geen onderscheid aanwezig zou zijn. Dit is natuurlijk. ALBRECHT veronderstelt iets onmogelijks, waarmede wij ons niet hebben op te houden. Bovengezegd kenmerk is wel degelijk eene eigenaardigheid der civielrechtelijke verdedigingsmiddelen, maar, toegepast op de zoogenaamde exc. facti, wier aantal onbekend was, werd de regel verward.

Ten laatste, zelfs nog na 't uitspreken van 't vonnis, konden de facti exc. tegengeworpen, en daardoor zijne uitvoering verhinderd worden. Dezen regel leidde men af uit de uitdrukking: nullam esse actionem, voorkomende in plaatsen, waar sprake is van civielrechtelijke verdediging. Men paste haar namelijk toe op het *proces*, dat over eene nulla actio gevoerd was, bewerende, dat eene veroordeeling in dat geval nietig was; terwijl zij niets anders wil te kennen geven, dan dat het *regt van vorderen* niet of niet meer voorhanden is. Heeft er desniettemin eene veroordeeling

plaats gehad, dan helpt hiertegen geen ander rechtsmiddel, dan de in integrum restitutio, wanneer namelijk de gedaagde door de eene of andere wettige oorzaak van zijn recht geen gebruik heeft gemaakt.

Door deze vier kenmerken de beide klassen van elkander onderscheidende, bragten de rechtgeleerden van vroegeren tijd de volgende stellingen, eigenlijk uitsluitend toepasselijk op ware Rom. exc., ook op de exc. facti over, namelijk: reus in exceptione actor; reus exc. probare debet; qui exc. utitur, non fatetur; en nemo pluribus exc. uti prohibetur: quamvis diversae sint.

Uit 't gezegde blijkt, dat die indeeling van exc. juris en facti voortgesproten is uit eene in 't oog vallende verwarring van begrippen, zoodat men 't best doet, haar geheel en al op zijde te stellen, daar bovendien hoegenaamd geen praktisch nut er aan verbonden is.

2^o. In exc. rei en personae cohaerentes ¹⁾.

Deze zijn diegenen, welke alleen die persoon kan instellen, die ze 't eerst verworven heeft; gene daarentegen kunnen ook anderen gebruiken, die in zijne plaats ageren, zooals erfgenamen, koopers, borgen. Deze indeeling steunt op L 7 D. de exc. ²⁾.

De eerste klasse komt verreweg 't meeste voor; de tweede bij uitzondering, zooals bij 't beneficium competentiae ³⁾.

¹⁾ ZIMMERN pg. 293; SAVIGNY pg. 177; HEIMBACH pg. 688; WÄCHTER pg. 512.

²⁾ L 7 D de exc. „Exceptiones quae personae cujusque cohaerent non transeunt ad alios....”

§ 1 „Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt....”

³⁾ L 7 pr. D de exc.; L 24. 25 de re jud. (XLII. 1); § 4 Inst. de Replie. Dit benef. comp. kan evenwel ook den cessionaris tegen-
geworpen worden, zoo de debitor bewijst, dat de cessie in fraudem

bij de exc. pacti ¹⁾, wanneer de overeenkomst natuurlijk persoonlijk is.

Een dergelijk onderscheid der exc. bestaat in de beperking tegenover den persoon des eischers. Hierop hebben de uitdrukkingen »*in rem opponitur exceptio*,” »*in rem scripta est exceptio*” betrekking. Zoo wordt b.v. de exc. metus in rem geopponeerd »*si in ea re nihil metus causa factum est*”, omdat zij niet beperkt is tot den dwang van den eischer, maar elke dwang, van wien ook uitgegaan, in aanmerking wordt genomen ²⁾. De doli exc. daarentegen, ex persona actoris beschouwd, is niet in rem scripta, daar in dezelve uitdrukkelijk vermeld moet worden, wie de onregtmatische handeling heeft gedaan: »*si in ea re nihil dolo malo actoris factum est*”; maar »*ex persona ejus, qui exceptionem objicit, in rem opponitur exceptio: neque enim quaeritur adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris*” ³⁾.

Deze doli exc. is eigenlijk personae cohaerens, omdat zij uit een delict ontstaat; nogthans kan zij ook aan hen tegen-
geworpen worden, die ex lucrativa causa opgevolgd zijn, of die zich, om hun regt te staven, moeten beroepen op een' tijd, waarop hun auctor nog bezitter was; maar niet aan den kooper, of een derde, die met hem niet in zulk eene betrekking van opvolging staan ⁴⁾.

ipsius geschied is. Vgl. WINDSCHEID, »*Die Actio etc.*” pg. 183; L 34 D de proc. (III. 3).

¹⁾ L 21 § 5; L 22—26; L 32 de pactis (II. 14).

²⁾ L 4 § 33 de doli m. (XLIV. 4) ».... quod exceptio doli personam complectitur ejus, qui dolo fecit: enimvero metus causa exceptio in rem scripta sit, Si in ea re nihil metus causa factum est; ut non inspiciamus, an is, qui agit, metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocunque, non tantum ab eo, qui agit....”

³⁾ L 2 § 1 en 2 D eodem.

⁴⁾ L 4 § 27, 30, 31 D de doli m. exc.

Deze beperkte werking der exc. komt bij uitzondering voor; in den regel zijn zij onbeperkt, zoowel ten opzichte van den gedaagde, als van den eischer.

Sommigen noemen deze laatsten *reales* in tegenstelling van *personales*. Gelijk ook WÄCHTER ¹⁾ opmerkt, vind ik deze namen minder gepast, omdat zij ons ligt in de war zouden brengen, aan deze woorden dezelfde beteekenis hechtende, die zij in verband met de acties hebben. Eene *actio realis* toch (of *in rem*, zooals zij in de regtsbronnen voorkomt) wordt aldus genaamd, omdat zij voortvloeit uit onze betrekking tot eene zaak. Eene *exceptio realis* daarentegen moet beteekenen eene exc., die door en tegen een ieder kan ingesteld worden, zooals de exc. quod metus caussa factum est, zoodat van eene directe betrekking tot eene zaak hier geene sprake is. Eene *actio personalis* staat altijd in verband met eene obligatie, zoodat alleen betrokken personen de daaruit ontsprotene actie kunnen instellen, terwijl eene *exc. realis* even goed als eene *exc. personalis* uit eene obligatie kan ontspringen, en desniettemin ook door anderen, zooals een borg, kan gebruikt worden.

Wat beteekenen de uitdrukkingen *vulgaris* en *popularis exc.*? De eerste komt voor in L 3 pr. D de pop. act. (XLVII. 24), alwaar de exc. rei judicatae vulgaris genoemd wordt; de tweede in Vat. fr. § 266, waar van de exc. legis Cinciae gezegd wordt, dat haar kan instellen «quavis, quasi popularis sit hacc exc.» SCHRÖTER ²⁾ verklaart ze voor synonieme en technische uitdrukkingen. Evenwel uit de aangehaalde plaatsen blijkt, dat *vulgaris* in actieven, en

¹⁾ t. a. p. 513 noot 36; MÜHLENBRUCH, „Cession,” 3. Ausg. § 59. 60.

²⁾ SCHRÖTER, „de popul. seu vulgar. exc. ad leg. Cinciam” in „Observ.” n^o. V. pg. 97—100; ZIMMERN pg. 294; SINTENTIS pg. 314 n. 33.

popularis in passieven zin gebruikt wordt. Technisch zijn zij, m. i. ook niet, want in dit geval zouden wij ze in verband met de exc. waarschijnlijk op meer plaatsen vermeld vinden. Bovendien ULPIANUS zegt slechts „*quasi popularis sit*,” zoodat zijne bedoeling zeker geweest is, niets anders dan eene vergelijking met de *popularis actio* daar te stellen, dat namelijk, evenals deze, ook de exc. L. Cinciae door een ieder ¹⁾ kan tegengeworpen worden. Eveneens spreekt dezelfde Jurist van vulgaris exc., niet om eene technische uitdrukking te gebruiken, maar in den zin van de gewone, bekende, gebruikelijke exc. Ééne der vereischten toch der exc. rei judicatae is, dat beide processen tusschen dezelfde personen gevoerd worden; maar op dezen regel is bij de pop. actiones eene uitzondering ²⁾ gemaakt. Daarom zegt hij, dat ook hier de gewone exc. kan ingesteld worden.

3^o. In exc. in *jus conceptae* en in *factum conceptae* ³⁾:

Eigenlijk worden alle exc., als zijnde van praetorischen oorsprong, in *factum* gesteld, om welke reden zij meermalen

¹⁾ SAVIGNY pg. 177 n. w.: „selbst ohne Rücksicht auf ein Successionsverhältnisz.”

²⁾ Deze uitzondering berust hierop, dat de *actio popularis* suum *jus populi* tuetur; een ieder, op weinige uitzonderingen na, als zijnde *procurator* van 't volk, kan dezelve daarom instellen en een vonnis verkrijgen. Komt nu later een ander, dan wordt deze door de exc. uitgesloten, omdat hij, eveneens *procurator* zijnde, in deze hoedanigheid dezelfde persoon is als zijn voorganger.

Tot deze act. pop. behooren o. a. *Actio sepulchri violati*, de *termino moto*, de *effusis et dejectis*, de *albo corrupto* enz. Zij zijn meestal *poenales*.

L. 1 h. t.; L. 3 pr. § ult., 9 De sep. viol.; L. 3 pr. de term. mot.; L. 5 § 5, 13 de his q. eff.; § 1 Inst. de obl. q. q. ex del.; L. 7 pr. De jurid. KELLER pg. 399.

³⁾ Verg. HEIMBACH pg. 686; KELLER pg. 143; PUCHTA II 164; ZIMMERN pg. 291.

len exc. in factum genoemd worden ¹⁾, terwijl de uitdrukking »in jus conceptae" niet in de bronnen voorkomt, maar door nieuwere regtsgeleerden, in navolging der acties, is gegeven.

Op twee wijzen kon de regter tot 't onderzoek eener exc. gebragt worden, of dat de Praetor 't factum in de formule opnam, b.v. »si non donationis caussa mancipavit" of »promisit se daturum", of dat hij alleen verwees naar een principe, zonder 't feit afzonderlijk te noemen, b. v. »si in ea re nihil contra legem Cinciam factum est" ²⁾. Vooral bij de exceptio doli komt deze in jus conceptio menigvuldig voor, daar elke in factum exceptio als doli exc. kan gesteld worden, met deze woorden: »si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat" ³⁾. Dit »neque fiat" ziet op den tegenwoordigen dolus van den eischer, welke, wetende dat hem eene exc. zal tegengeworpen worden, nogthans zijne actie instelt ⁴⁾. De gedaagde heeft de keus, of hij zijne exc. in factum of in jus concepta wil hebben. Deze keus zal zich bepalen naar de meerdere kans van slagen, die hij uit de eene of andere conceptie verkrijgt. De exc. pacti conventi b. v. heeft in sommige gevallen niet de kracht, om de actie buiten werking te stellen, zoodat hij dan de doli exc. zal voortrekken ⁵⁾. Omgekeerd zal de doli exc. niets uitwerken, wanneer de onwetendheid des eischers ⁶⁾ of de aan

¹⁾ L 2 § 5 de doli exc.; L 1 § 4 de exc. rei vend. (XXI. 3); L 4 § 32 de doli exc.; L 20 pr. de int. in jur. (XI. 1); L 27 de const. pec. (XIII. 5); L ult. de SCto Maced. (XIV. 6); L 1 § 4 de superf. (XLIII. 18); L 9 C. de non num. pec. (IV. 30).

²⁾ Vat. fr. § 310.

³⁾ GAIUS IV. 119.

⁴⁾ L 2 § 5 D de doli exc.; L 2 § 4, 12 eodem.

⁵⁾ L 10 § 2; L 21 § 2; L 25 § 2 D de pactis (II. 14); L 4 § 8 de doli exc.

⁶⁾ L 2 § 5 de d. exc. „nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat."

den eischer verschuldigde eerbied ¹⁾ alle dolus uitsluit, zoodat de exc. alleen in factum kan gesteld worden. De meeste exc. werden op deze wijze geconcipieerd, als men van de doli exc. geen gebruik kon of wilde maken, daar 't meestal zeer moeilijk was, al die verschillende gronden onder een principe te brengen. Ja zelfs exc. legitimae werden soms in factum gesteld, waarvan de Lex Cincia ons een voorbeeld geeft.

De bewering van SAVIGNY ²⁾, dat in factum exc. diegenen zijn, welke de Praetor eerst bij een voorkomend geval ontwierp, in tegenstelling van die, welke reeds op 't edict stonden, komt ons niet juist voor. Of zij op 't edict staan of niet, doet niets ter zake. Bijna alle exc. toch zijn langzamerhand eerst door de behoefte ontstaan, en zouden dus in factum conceptae moeten zijn, gelijk ook eigenlijk 't geval is. Maar, terwijl zij daarentegen telkens door een volgend Praetor op 't edict worden geschreven, zouden zij allen evenzeer in jus conceptae zijn, zooals uit 't gezegde van SAVIGNY noodzakelijk moet volgen. Welke exc. meent hij, dat reeds op 't edict staan? En op welk edict moeten zij staan, om volgens hem in jus conceptae te kunnen zijn? Niet, omdat zij op een jus ('t edict) steunen, worden zij in jus conceptae genoemd, maar alleen, omdat zij op een principe verwijzen, zonder den feitelijken grond der exc. te ontvouwen, in tegenstelling der in factum conceptae, die 't feit zelf uiteenzetten. Hierin komen zij overeen met de in factum actiones, die evenzeer of 't principe, waaronder 't feit valt of 't feit zelf kunnen aanhalen, gelijk b.v. de actio de dolo of met uitdrukkelijke vermelding van den dolus of met aanvoering van 't feit kan geconcipieerd worden, terwijl de intentio toch in geen geval in jus concepta zal zijn. ³⁾

¹⁾ L 4 § 16 codem.

²⁾ t. a. p. pg. 170.

³⁾ L 11 § 1 D de dolo malo (IV. 3) „..... in horum persona di-

Ten laatste blijft ons nog over, de indeeling der exc. volgens de *werking* na te gaan. Daartoe worden zij verdeeld in: *exc. dilatoriae* of *temporales* en *peremptoriae* of *perpetuae*.

Dilatoriae of *temporales* ¹⁾ zijn die exc.: »*quae differunt actionem*», gelijk ULP. zegt; b.v. de *procuratoria exc.*; want hij, die zegt, dat door dezen procurator niet kan geageerd worden, ontkent niet de actie, maar wil dien persoon verwijderen. *Temporales* ²⁾ worden zij genoemd, omdat zij slechts tijdelijk door den gedaagde kunnen gebruikt worden, hetzij dit afhangt van omstandigheden, die later van zelf wegvallen (b.v. *exc. pacti de non petendo intra tempus*); hetzij 't in de magt ligt van den eischer, ze dadelijk te vermijden (b.v. *exc. procur.*). *Peremptoriae* of *perpetuae* zijn die, welke den eischer ten allen tijde tegenstaan, en altijd de actie, waarmede geageerd wordt, vernietigen, zoodat zij niet vermeden kunnen worden, b.v. de *exc. doli mali*; *pacti conventi*, de *non petenda pecunia*. Het onderscheid tusschen beide klassen is niet gelegen in de werking, welke zij op 't vonnis van den regter uitoefenen, daar beide, in de formule gevoegd en rigtig bevonden, de actie voor altijd uitsluiten, en de mogelijkheid wegnemen, om ooit later weer op nieuw te ageren, daar de *exc. rei judicatae* of *rei in iudicium deductae* dit beletten. Maar die verdeeling is van beteekenis, zoo lang de gedaagde dit middel van verdediging nog in handen heeft en de exc. nog niet in de formule is ingelascht.

Zoodra de zaak in *iudicium* gekomen is, is geen herstel mogelijk, dan in buitengewone gevallen door de in *integrum restitutio*. Op dezen regel wordt uitzondering gemaakt door

cendum est, in factum verbis temperandam actionem dandam, ut bonae fidei mentio fiat.» ZIMMERN pg. 159.

¹⁾ L 2 § 4 de exc.

²⁾ Instit. IV. 13 § 8—11.

een zeker soort van dilat. exc., die, in iudicium gebragt, toch geene vernietigende kracht verkrijgt, maar de werking der actie slechts verschuift. Deze klasse wordt gevormd door de *praescriptiones*, die zich van de andere dilat. exc. hierin onderscheiden, dat zij geene betrekking hebben op den inhoud der intentio. ZIMMERN ¹⁾ beweert, dat deze laatstgenoemde in 't geheel geene exc. zijn, omdat zij de veroordeeling toch niet verhinderen. Wordt dan hierdoor 't begrip van exc. gekarakteriseerd, dat zij de veroordeeling afwendt? Mijns inziens niet. Gelijk wij meermalen zeiden, is de exc. een zelfstandig regt van den gedaagde. Welnu, is de praescriptie in een dergelijken zin iets anders? Ik zie er waarlijk geen verschil in, of ik den eischer toevoeg: gij moogt uwe actie nog niet instellen, omdat wij overeengekomen zijn, dat gij eerst na vijf jaar zult betaald worden; of gij moogt uwe actie nog niet instellen, omdat zij nadeel zal toebrengen aan de erfenis, waarover eerst beslist moet worden. In beide voorbeelden is 't doel der exc., de werking der actie voor 't oogenblik te verhinderen. Maar is dit doel niet bereikt door de volharding des eischers, dan verdwijnt elk onderscheid tusschen peremptorische en eigenlijke dilatorische excepties, zoodat zij allen de actie vernietigen, en wel de laatsten op grond der plus petitio of op grond van 't niet in acht nemen der procesregels. Geen dezer gronden zou dezelfde werking bij de praescriptie kunnen doen wettigen; daar de regter, deze eerst nagaande en ze rigtig bevindende, de zaak in geschil verder laat rusten, zoodat van plus petitio of van niet in acht genomene procesregels niets blijkt. Er wordt alleen uitgemaakt, dat 't onderzoek van hetgeen de intentio inhoudt, schade zou toebrengen aan de res major, (in ons voorbeeld: de erfenis); noch vrijpraak noch veroordeeling volgt; de uitspraak wordt voorbehouden. Op zeer eigenaardige wijze

¹⁾ t. a. p. pg. 302.

drukt SAVIGNY ¹⁾ 't verschil tusschen deze beide soorten van dilat. exc. uit: »'t voorschrift: »si non paret... absolve" komt bij de eene soort in toepassing, bij de andere niet; daarentegen 't: »si paret... condemna" wordt door beide soorten evenzeer beperkt." Met andere woorden, als de eigenlijke dilat. exc. door den regter wordt goedgekeurd, volgt vrijspraak; in 't tegenovergesteld geval veroordeeling; maar als de praescriptio wordt goedgekeurd, volgt niet altijd geen vrijspraak, doch in 't tegenovergesteld geval wel veroordeeling, altijd verondersteld, dat de intentio zelve waarheid bevat. 't Gezegde komt zeer duidelijk uit bij de *fori praescriptio* ²⁾. Wanneer de regter bevindt, dat de magistraat in 't onderhavige geschil incompetent is, heeft hij geene werkelijke magt ontvangen; de zaak kon derhalve niet in *judicium* komen, zoodat de actie ongeschonden blijft; had hij de exc. ongegrond bevonden, zou veroordeeling gevolgd zijn. Bij rigtig bevondene *praejudicialis exceptio* wordt de uitspraak opgeschort; voor 't oogenblik noch veroordeeld noch vrijgesproken.

Bovengenoemd verschil is door eene constitutie van JUSTINIANUS afgeschaft, in zooverre ex tempore te veel was gevraagd, zoodat ook bij deze dilat. exc. de actie niet meer verloren ging, maar eene straf daarvoor in de plaats is gesteld. Maar hoe hij die exc. welke van tijd geen gewag maken? Ofschoon JUST. hiervan niet uitdrukkelijk spreekt, kunnen wij wel analogice uit § 33 *Inst. de Actionibus* opmaken, dat ook hier die oude strengheid afgeschaft is, en nooit eene actie meer verloren werd wegens 't niet in acht nemen eener dilat. exc. ³⁾.

¹⁾ t. a. p. pg. 177.

²⁾ De gedaagde is verplicht om te verschijnen, al is de magistraat incompetent, opdat deze dit beoordeele. L 2 D *si quis in j.* (II. 5); L 5 D *de judiciis* (V. 1).

³⁾ L 1 C. *de plus petit.* (III. 10); § 10 *Instit. de Except.*

Dilatoriae zijn nog de exc. litis dividuae en rei residuae ¹⁾, welke uitsluitend tot 't formulair-proces behooren; de exc. pacti conventi temporalis; de cognitioria en procuratoria ²⁾ exc., waarvan de eerste in 't Just. regi niet meer voorkomt; de exc. divisionis ³⁾; de exc. excussionis ⁴⁾.

Deze laatstgenoemde exc. wordt door sommigen ten onregte exc. *mixta* of *anomala* geheeten, alsof zij zoowel dilatorisch als peremptorisch ware. Volgens hare onmiddellijke werking is zij slechts dilatorisch; maar nieuwe omstandigheden kunnen er bijkomen, die den gedaagde eene geheel andere exc. aan de hand doen; b.v. heeft de hoofdschuldenaar dientengevolge met den eischer een pactum de non petendo gesloten, dan verkrijgen de borgen eene peremptoire exceptie. Ditzelfde kon plaats hebben bij de exc. divisionis ⁵⁾.

De uitdrukking "*temporalis exceptio*" heeft, behalve de boven aangegevene, nog eene andere beteekenis, namelijk die van exc. welke op de verjaring eener actie gegrond is, zoodat zij hier eene afzonderlijke exc. uitmaakt. Bovendien beteekent zij, volgens SAVIGNY ⁶⁾ ook eene verjaarbare exc., tegenover exc. perpetua, welke laatste uitdrukking voorkomt

¹⁾ GAJUS IV. 122.

²⁾ L 2 § 4 D de exc. De cognitores waren de oudste plaatsvervangers in 't Rom. proces, en werden met solemnele woorden in tegenwoordigheid der andere partij voor den regter door hun lastgever benoemd; de procuratores komen ten tijde van CICERO (pro Roscio Com. c. 11. 18) nog niet voor in 't proces; zij waren slechts negotiorum gestores der afwezenden. In de 1ste eeuw na Chr. kwamen zij in 't proces en QUINTILIANUS spreekt van deze exc. op meer dan eene plaats (Instit. Orat. IV. 4 § 6; VII. 1 § 19. 20). HEIMBACH pg. 766.

³⁾ L 28, 51 § 1 de fidejuss. (XLVI. 1).

⁴⁾ Nov. IV.

⁵⁾ WÄCHTER pg. 498 n. 10.

⁶⁾ pg. 175; WÄCHTER 497 n. 8.

in L 5 C. de exc. (VIII. 36). Maar in dezen zin wordt zij in de bronnen nergens gevonden.

Wat de exc. peremptoriae aangaat, deze ontleenen haren naam hieraan, »quod rem, de qua agitur, perimunt” ¹⁾. WÄCHTER ²⁾ verdeelt ze in twee soorten, waarvan de eene gerigt is tegen die »bloose Klagbaarheid” van ’t regt; d. i. zij nemen wel de actie weg, maar niet de aan deze te gronde liggende aanspraak. Wanneer de exc. gegrond bevonden wordt, kan de eischer zijne actie nooit weder instellen; maar wel nog op andere wijzen, die hem ten dienste staan, zijn regt doen gelden. B.v. ik leen aan een filiusfamilias eene zekere som, welke ik met de *condictio* later terugvorder; hij stelt daartegen zijne exc. *Sct. Maced.*, en mijne actie gaat dientengevolge verloren, maar niet de obligatorische regtsbetrekking zelve, waarin wij tot elkander stonden. ³⁾

Deze soort moet onderscheiden worden van de tweede, welke, behalve de actie, ook de regtsbetrekking zelve treft. Hij noemt deze de *perempt. exc.* in engeren en eigenlijken zin. Het bestaan van ’t regt des eischers volgens streng regtsbegrip wordt niet ontkend, veeleer toegegeven, maar door den gedaagde een ander regt daartegenover geplaatst, waardoor de aanspraak zelve, waarop de actie berust, bij uitzondering onwerkzaam gemaakt en opgeheven wordt. B. v. wanneer de gedaagde bij eene actie, voortspruitende uit eene verkooping, den gesloten koop toegeeft, maar zich hierop beroept, dat hij tot den koop gedwongen of door bedrog er toe gebragt is, wordt met de actie tevens de geheele regtsbetrekking door deze exc. *vis of doli* vernietigd.

¹⁾ Instit. IV. 13 § 9.

²⁾ t. a. p. pg. 498.

³⁾ L 9 § 4, 10, 11 D *Sct. Maced.* (XIV. 6).

L 10 »*Quia naturalis obligatio manet.*”

In den regel heeft de peremt. exc. deze werking; de andere is slechts uitzondering. SAVIGNY ¹⁾ is van eene andere meening. Te regt verwerpt hij den door POMPONIUS, MARCIANUS en ULMANUS ²⁾ gestelden regel, dat de exc., welke in *odium creditoris* zijn ingevoerd, de zwakkere werking en die, welke in *favorem debitoris* zijn, de sterkere werking hebben, daar hij in de toepassing telkens faalt. B.v. de exc. rei judicatae heeft de zwakkere werking, ³⁾ terwijl toch niemand beweren

¹⁾ t. a. p. pg. 375 v.

²⁾ L 19 pr. de Cond. indeb. (12, 6); L 40 pr. exc.; L 9 § 4 de SC. Mac. (XIV. 6); Verg. KIERULFF pg. 186.

³⁾ WÄCHTER, „*Erört.*“ III. 135 ontkent, dat de exc. rei judic. de zwakkere werking heeft. De leges 28 en 60 de cond. indeb. (XII. 6), waarop SAVIGNY zich beroept, zijn daarvoor geene bewijzen. Vooreerst in de L 28: „judex si male absolvit, et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest,” beteekent dit „sua sponte,” in weêrwil van 't vrijsprekend vonnis, in weêrwil der omstandigheid, dat hij niet gedwongen kan worden. Bleef de debitor naturaliter obligatus, zou hij in geen geval kunnen terug vorderen; nu wordt hem dit slechts geweigerd, als hij „sciens se tutum exceptione solvit.” Deze plaats past op dit bijzonder geval toe, hetgeen de lex 26 § 3 cod. in 't algemeen bepaalt.

Evenwel dat „sua sponte” beteekent in 't algemeen vrijwillige betaling; dat bewustzijn eener bijzondere omstandigheid wordt niet gevorderd. Derhalve moet er noodzakelijk eene nat. obl. aanwezig zijn, wanneer hij 't betaalde niet kan terugvorderen.

Met de L 60 II. daarentegen weet WÄCHTER zelf geen' raad; hier wordt al te duidelijk gezegd: „licet enim absolutus sit, natura tamen debitorum manere.” Neemt men, zegt hij, hier eene nat. obl. aan, zoo is zij in zoodanige weêrspraak met andere plaatsen, dat 't praktisch resultaat voor ons tot eene ontkenning dier n. o. moet voeren. Zij weêrsprekt vooreerst L 13 q. m. pignus solv.: „et si a iudice, quamvis per injuriam, absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur.” Dit zou niet 't geval zijn, als er eene n. o. bleef bestaan. Wat SAVIGNY (pg. 388 noot g) hiertegen aanvoert, dat 't pand in handen van een' derden bezitter gekomen, niet bevrijd is, en dat hier slechts

zal, dat zij odio creditoris is gegeven. Daarentegen de exc. doli of metus, welke voorzeker in odium creditoris gegeven zijn, hebben de sterkere werking.

gesproken wordt van de betrekking tusschen cred. en debit., komt ook mij voor, niet houdbaar te zijn.

Wij vereenigen ons daarentegen volkomen met de uitlegging, door SCHWANERT („*Die Naturalobligation des Röm. Rechts*,” pg. 424 v.) van deze beide plaatsen gegeven. Zijne redenering is deze: De litis-contestatio consumeert de actio; 't dari oportere maakt plaats voor 't condemnari oportere; maar, daar de L. C. in de bronnen niet met solutio gelijk, veel eer tegenover gesteld wordt, bestaat de obligatio als naturalis voort. Dit blijkt uit L 11 pr. D de pign. act. (XIII. 7); L 60 II.; L 50 § 2 D de peculio (XV. 1); L 8 § 3 D de fidej. (XLVI. 1); L 35 D de usuris (XXII. 1.) Zoo blijft ook 't pandregt, vóór de L. C. daargesteld, voortbestaan (L 28 C. de fidejuss. VIII. 41).

Wanneer nu de verus debitor vrijgesproken wordt, gaat volgens L 13 D q. m. p. solv. (XX. 6), het tot dien tijd bestaande pandregt eindelijk verloren, omdat de vrijspraak in de ontkenning der actio tevens die van 't debitum zelf inhoudt, en dus de creditor geene aanspraak op dat pand kan doen gelden, die den inhoud der absolutio weerspreekt. Evenwel blijft toch de debitor volgens L 60 II. *naturaliter* verbonden, omdat die vrijspraak niet beantwoordt aan den waren toestand van zaken. Maar deze n. o. heeft niet denzelfden omvang, dien zij pendente iudicio had. De solutio kan nog regtsgeldig plaats hebben, zoo zij namelijk gedaan is *sponte*, d. i. vrijwillig. De dwaling toch, waarin de debitor verkeerde, heeft alleen betrekking hierop, dat hij niet wist, dat de werkelijk bestaande causa solvendi niet door eene actio kon geldend gemaakt worden; maar deze error is niet voldoende voor de repetitio.

Zij, die hier slechts eene n. o. aannemen in morelen zin, dat namelijk de absolutio 't feit, dat de absolutus debitor is, niet kan opheffen, zijn daartoe gekomen door de vermeende tegenspraak, welke ontstaan moest tusschen eene n. o. in technischen zin en de betekenis der abs. als eene regterlijke beslissing. Nemen wij evenwel de n. o. niet in haren vollen omgang, dan verdwijnt die tegenspraak volkomen.

Vgl. nog KRÜGER t. a. p. pg. 175 v. en de bij SCHWANERT in menigte aangehaalde auteurs.

De Rom. Juristen kwamen tot dat resultaat, door de verschillende gevolgen van de exc. SCTi Vellej. en Maced. tot algemeenen regel te verheffen. Daarom stelt SAVIGNY een' anderen regel in zijne plaats, dat, de naturalis obligatio juris gentium zijnde, die exc., welke op 't jus civile gegrond zijn, de zwakkere werking hebben, en die, welke reeds aan 't jus gentium haren oorsprong te danken hebben, de verstoring ook der nat. oblig. met zich voeren.

Werkelijk vindt deze regel bijna zonder uitzondering op iedere exc. in 't bijzonder zijne toepassing. Zoo is de condictio uitgesloten bij de exc. SCTi Maced., rei judicatae; de exc. welke de straf wegens jus iniquum geldend maakt in gevolge I, 3 § 7 D quod q. juris (II. 2.); vervolgens bij de exc. beneficii competentiae en bij procesverjaring (L 6 § 9 de cond. ind.; L 8 § 1 ratam rem.). — De volgende daarentegen, gegrond op 't jus gentium, laten geene nat. obl. voortbestaan: de exc. pacti (L 34 § 11 de solut. XLVI 3); de exc. doli (L 65 § 1 de cond. indeb.); de exc. jurisjurandi (L 43 de cond. indeb.). Alleen de exc. SCTi Vellej. maakt eene uitzondering, want, ofschoon van positiven oorsprong, verstoort zij soms de n. o. De reden daarvan wordt in de L 2 § 11 ad SC. Vell. (XVI. 1) zelve op 't einde aangegeven: „Cum eas... ejus generis obligationibus obstringi non sit aequum.”

SAVIGNY gaat dus van 't gronddenkbeeld uit, dat de n. o. juris gentium is; maar dit wordt juist door velen ontkend. Het begrip van n. o. is ons inziens nog te weinig bepaald, dan dat wij daarop eenen regel durven gronden, terwijl aan den anderen kant de n. o. een te ruim veld voor onderzoekingen aanbiedt, dan dat wij, met het oog op ons onderwerp, ons daarmede kunnen bezighouden. Wij achten 't daarom beter met SCHWANERT (p. 452) den volgenden regel aan te nemen, dat, wanneer de grond der exc. gelijk staat met solutio of satisfactio (b.v. exc. pacti, jurisjurandi) de

obligatio geheel vernietigd wordt ¹⁾; en in 't tegenovergesteld geval, de caussa solvendi blijft bestaan, zooals b.v. bij de exc. temporis.

HOOFDSTUK IV.

De Exceptie beschouwd in betrekking tot 't Proces.

§ 1.

Wanneer moet de Exceptie voorgebragt worden?

Ten tijde der formules was 't proces in twee afdeelingen gesplitst, die scherp van elkander afgescheiden waren: in jus en judicium. De handelingen in jure dienden om 't judicium voor te bereiden. Het eene was het gebied van den Praetor; het andere van den regter. De Praetor stelde met medewerking der partijen 't geschilpunt vast en gaf dit in eene formule den regter ter beoordeeling over, die zich naar haren inhoud stiptelijk moest gedragen.

't Is dus van belang te weten, in welke afdeeling van 't proces de exc. moesten aangebragt worden; of de kennisneming daarvan tot de werkring van den Praetor of tot die van den regter behoorde. Als regel geldt, dat alleen de in jure aangebragte en in de formule opgenomene exc. door den regter in aanmerking mag genomen worden ²⁾.

¹⁾ Dit is namelijk het eindresultaat; want eigenlijk kan een pactum de non petendo geene obligatie opheffen, maar slechts in zoverre als de debitor daardoor *volkomen* bevrijd wordt; terwijl bij andere excepties hij *naturaliter* verbonden blijft.

²⁾ HEINBACH pg. 692.

omdat deze, buiten bijzondere magtiging van den magistraat, volgens civil-, niet volgens praetorisch regt 't geschilpunt kan beslechten. Daar nu alle excepties van praetorischen oorsprong zijn, moesten zij ook allen in de formule worden geplaatst.

Op dezen regel maakten, volgens ZIMMERN ¹⁾ de exc. bij b. f. judicia eene uitzondering; de Praetor gaf hier, door toevoeging der woorden »ex fide bona" aan de formule, den regter de magt, om op elke exc., door den gedaagde in judicio voorgebragt, te letten. Evenwel, gelijk wij boven reeds hebben aangetoond, konden bij een b. f. judicium eigenlijk geene exc. voorkomen; zij waren niets anders dan bloote ontkenningen der bona fides. De eischer vordert, hetgeen hem ex bona fide verschuldigd is; 't is derhalve de pligt van den regter op alles acht te slaan, wat met die goede trouw in strijd is, hetzij de gedaagde zelf er zich op beroept, hetzij 't blijkt uit de pleidooijen. Eene tweede uitzondering op den regel, dat de exc. in jure moet aangebragt worden, is volgens ZIMMERN, dat gronden voor eene exc., welke eerst na de litiscontestatie zijn ontstaan, nog in judicio geldend kunnen gemaakt worden. Maar de L 23 § 3 de cond. indeb. (XII. 6.), waarop hij zich beroept, staat m. i. zijne bewering niet. Vooreerst is de plaats door interpolatie zeer bedorven ²⁾, zoodat 't bewijs, daarop steunende, op zeer losse gronden staat; ten tweede is 't de eenige plaats, waarin dit gezegd wordt. Als men nagaat, volgens welke strenge regels 't formulair-proces werd gevoerd, en de scherpe afcheiding tusschen jus en judicium in 't oog houdt, geloof ik niet, dat de beslissing dezer quaestie twijfelachtig kan zijn.

Zoodra de regter zijne werkzaamheden had aangevangen, waren die des Praetors geëindigd. Deze overgang geschiedde

¹⁾ t. a. p. § 98.

²⁾ FUCHTA II. pg. 184 k.

door middel der litiscontestatie. De regter had zich nu met niets anders in te laten, dan met hetgeen de woorden der formule hem voorschreven: si paret N.N. A.A. dare facere oportere, — si paret rem A.A. esse; hij moest nagaan of N.N. aan A.A. verschuldigd was ten tijde der litiscontestatie. Al hetgeen hierna voorvalt ligt buiten zijn bereik ¹⁾. Of de gedaagde nog zijne schuld kwijt, 't zal hem van de veroordeeling niet verschoonen, behoudens natuurlijk de gevallen, waarin eene b. f. of arbitraria formula was gegeven.

Evenwel GAJUS ²⁾ meldt ons, dat over dit punt strijd was tusschen de beide scholen; de Sabiniani huldigden de leer, dat alle judicia absolutoria zijn; de Proculejani waren de andere meening toegedaan. Daar deze strijd onbeslist is gebleven, hebben wij eene reden te meer, om ons te houden aan de algemeene beginselen, waarop 't formulair-proces berustte. Nemen wij dit aan ten opzichte eener civielrechtelijke kwijting, zoo zal 't met des te meer recht gelden van eene slechts ope exceptionis werkende ontbinding, gelijk 't geval is met eene transactie, waarvan bovengenoemde lex gewaagt.

Evenmin werd eene uitzondering gevormd door de peremptorische exc., die volgens 't edictum perpetuum nog in judicio, doch vóór dat 't vonnis geslagen was, konden worden geopponeerd, zoo de gedaagde althans uit dwaling (per errorem) in jure er geen gebruik van had gemaakt ³⁾; maar dit geschiedde door de in integrum restitutio, welke den vóór 't aangaan van 't proces bestaanden rechtstoestand herstelde, waarop de Praetor eene nieuwe formule moest

¹⁾ WÄCHTER „*Erört.*“ II. 48.

²⁾ GAJ. IV. 114; SAVIGNY pg. 135.

³⁾ L 2 C. sent. resc. non poss. (VII. 50) „Peremptorias exceptiones omissas in initio, antequam sententia feratur, opponi posse, perpetuum Edictum manifeste declarat.”

GAJ. IV. 125; L 4 C. de exc. (VIII. 36).

geven, en de regter op nieuw de zaak moest onderzoeken. De exc. komt dus in de formule.

Ten 4de zegt ZIMMERN, zijn er exc., die men nog in judicio kan aanvoeren, daar zij zelfs nog later, namelijk tegen de judicati actio, geldend kunnen gemaakt worden. Deze zoogenaamde „*privilegirten Einreden*” zijn de exc. SCTi Vellej. en Maced., verder de exc. compensationis, vervolgens, omdat 't een voorregt is, de exc. quod facere possit en cedendarum actionum, omdat hierdoor, evenals bij de compensatie, niet weder de zaak zelve, maar andere omstandigheden, betreffende de veroordeeling als zoodanig, ter sprake worden gebragt.

Deze redenering is alles behalve logisch; omdat men exc. later tegen de judicati actio kan aanvoeren, kunnen zij a fortiori in judicio wel voorgebragt worden!

Het verband tusschen beiden kan ik onmogelijk inzien. De judicati actio is toch eene geheel nieuwe actie, welke juist steunt op de regtsbetrekking, geboren door 't vonnis, dat over de vroeger ingestelde actie geveld is. Als eene bijzonderheid wordt nu gemeld van sommige exc., dat zij ook tegen de judicati actio kunnen geopponeerd worden. Dat dit in judicio kan geschieden, wordt nergens gezegd; neen, ook hier, waar 't proces precies denzelfden loop heeft, moeten zij in jure voorgebragt worden. De bijzonderheid bestaat hierin, dat terwijl in 't algemeen tegen de judicati actio geene exc. worden toegelaten, die tegen de oorspronkelijke actie eigenlijk moesten gerigt zijn, omdat res judicata pro veritate accipitur, de exc. SCTi Maced. en Vellej. ¹⁾ van dezen regel zijn uitgezonderd. Ditzelfde heeft plaats bij de compensatie, die evenzeer tegen de judicati actio wordt toegelaten, maar daarom niet in judicio bij de voorafgaande actie kan ingesteld worden ²⁾. Niet anders is 't ook gesteld

¹⁾ L 11 D de SC. Maced. (XIV. 6).

²⁾ L 16 § 1 D de comp. (XVI. 2); I 2 C. de comp. (IV. 31).

met de exc. quod facere possit en de exc. cedendarum actionum ¹⁾).

De reden, waarom deze exc. boven andere zoo bevoorregt zijn, ligt, wat de beide eerstgenoemde aangaat, m. i. hierin, dat zij juist in 't algemeen belang gegeven zijn om vrouwen en minderjarigen te beschermen, zoodat, als zij bij de oorspronkelijke actie verzuimd zijn, deze SCTa 't voorgestelde doel niet zouden bereiken. Wat 't voorregt der drie andere exc. aangaat, dit steunt op den door ZIMMERN aangewezen grond, dat niet de zaak zelve, maar andere omstandigheden betreffende de veroordeeling ter sprake gebragt worden ²⁾.

Wij komen dus tot de slotsom, dat de boven door ons gestelde regel, dat alleen de in jure aangebragte en in de formule opgenomene exc. door den regter in aanmerking mogt genomen worden, zonder uitzondering is.

De onbillijke hardheid, die hieruit kon voortvloeijen, werd verzacht door de in integrum restitutio, welke bij de peremptorische exc. zonder caussae cognitio plaats had, maar bij de dilatorische volgens de van dat instituut bestaande regels. Dit laatste wordt door sommigen ³⁾ betwijfeld, op grond der woorden van GAJUS IV § 125: »dilatatoria vero si non fuit usus, an in integrum restituitur, quaeritur." Deze woorden, beschouwd in verband met 't begin der § 125 geven tot dien twijfel geene aanleiding. Eerst zegt GAJUS, dat 't »per errorem" niet gebruiken eener perempt. exc. reeds voldoende is, om in integrum gerestitueerd te worden; en laat er nu op volgen, dat 't in zijn' tijd twijfelachtig was, of die zelfde reden (error) bij dilat. exc. hetzelfde gevolg had.

¹⁾ L 5 pr. quod cum eo (XIV. 5); L 17 § 2 sol. matr. (XXIV. 8)
L 33 pr. de donat. (XXXIX. 5); L 41 § 2 de re jud. (XLII. 1);
L 41 § 1 de fidejuss. (XLVI. 1). Verg. PUCHTA II 172 n. x.

²⁾ VOET, L. XXIV Tit. 1. 7: „... non impugnetur per eas sententia, sed executio tantum impediatur aut restringatur."

³⁾ ZIMMERN pg. 307; HEIMBACH pg. 693.

Niemand zal toch betwijfelen, dat b. v. een minor XXV annis, die eene dilat. exc. vergeeten en daardoor nadeel geleden heeft, de in integrum restitutio kan verkrijgen ¹⁾. Het verschil tusschen beide klassen bestond hierin, dat de Praetor bij de eene zonder caussae cognitio, bij de andere met caussae cognitio dezelve gaf. Van waar dit onderscheid? Waarschijnlijk wordt de dilat. exc. minder beschermd ²⁾, omdat zij in 't algemeen bij verzuim minder nadeel kan toebrengen, daar zij slechts tijdelijk den gedaagde ten dienste staat, terwijl de eischer, als zij dadelijk te berde was gebracht, zich zeker in jure zou teruggetrokken hebben, om 't verlies zijner actie te voorkomen, zoodat 't proces tot later zou uitgesteld zijn. Ofschoon door de in integrum restitutio voorzeker de actie behouden blijft, daar alles tot den vorigen toestand wordt teruggebracht, en de eischer dus direct geene schade lijdt, is 't verlies der exc. eene straf voor den nalatigen gedaagde. Zeer wijsselijk daarentegen bepaalde 't Edictum perpetuum, dat de peremt. exc., die ten allen tijde den eischer kunnen tegengeworpen worden, en wat den uitslag aangaat, met civielrechtelijke verdedigingsmiddelen gelijk staan, ook in dit opzigt niet van deze zouden verschillen. Door vergelijking valt 't regtmatige en billijke dezer bepaling in 't oog. Is b. v. eene obligatie door betaling gekweten, en stelt de eischer desniettemin eene actie tegen mij in, dan moet de regter ex officio op de betaling letten, waaruit deze ook moge blijken. Maar hebben wij een pactum de non

¹⁾ GAIUS IV. 57: „Loquimur autem exceptis minoribus XXV annorum; nam hujus aetatis hominibus in omnibus rebus lapsis praetor succurrit.”
L. 36 de min. (IV. 4) „Minor XXV annis omissam allegationem per in integrum restitutionis auxilium repetere potest.”

²⁾ L. 12 C. de exc.: „Si quis advocatus inter exordia litis praetermissam dilatoriam praescriptionem postea voluerit exercere; et ab hujusmodi opitulatione submotus, nihilominus perseveret, atque praeposterac defensioni iustiterit: unius librae auri condemnatione multetur.”

petendo gesloten, en ageert hij nu tegen mij, dan moet ik zorgen, dat deze exc. in de formule komt of ik word onverschuldigd veroordeeld, zoodat de eischer door zijne onregmatige handeling zich aldus ten nadeele van mij zou verrijken. Dit heeft 't Ed. perp. verhoed, door altijd de in integrum restitutio hier toe te laten, totdat 't eindvonnis geveld is.

De dilat. exc. wordt somtijds nog genoemd »*translatio*» of »*constitutio translativa*», omdat de procesregels, waarop sommige exc. steunen, voor den regter ter sprake gebragt, die ze nog in aanmerking moet nemen, eene *translatio iudicii* te weeg brengen; met andere woorden, eene verandering in de formule noodzakelijk maken. Ten onregte, zegt SAVIGNY, wordt die naam aan de dilat. exc. zelve gegeven; zij draagt dien slechts in dit bijzonder geval. ZIMMERN ¹⁾ daarentegen is van een ander gevoelen, er bijvoegende, dat de perempt. exc. κατ'εξοχήν exc. genoemd wordt.

Tot dusverre aangaande 't formulair-proces. Door den ondergang van de ordo iudiciorum hield 't geven eener formule op; de beide afdelingen van 't proces, jus en iudicium, vloeiden samen; de magistraat zelf sprak regt of de in zijne plaats tredende regter, daartoe door hem met dezelfde magt bekleed ²⁾. Wat geldt nu in dit tijdvak omtrent 't in werking brengen der exc.? Wat de dilat. exc. aangaat, deze moeten »initio» geopponeerd worden ³⁾, d. i. vóór de litiscontestatie. Maar deze litiscontestatie heeft in dit tijdvak eene andere beteekenis dan onder 't formulair-proces, waarbij zij 't einde aanduidde van de handelingen in iure.

¹⁾ ZIMMERN pg. 295 n. 4; SAVIGNY pg. 176 n. t.

²⁾ BETHMAN-HOLLWEG, „*Gerichtsverfassung des sinkenden Röm. Reichs*“ § 13; PUCHTA II 261.

L 2 C. de ped. jud. (III. 3).

³⁾ L 19 C. de prob. (IV. 19) „Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero, postquam actor monstraverit, quod adseverat, oportet.“

Hier geeft zij het tijdstip te kennen waarop de eischer zijne vordering en de gedaagde zijn antwoord voor 't eerst mondeling hebben ontvouwd ¹⁾. Daarmede wordt 't proces geopend. De gedaagde moet dus in zijn antwoord zijne dilat. exc. opnemen. Verzuimt hij dit, dan zijn zij, even als vroeger, voor hem verloren, tenzij eene justa causa tot in integrum restitutio aanleiding kan geven. Maar de peremptorische exc. kan hij volgens eene constitutie van DIOCLETIANUS en MAXIMIANUS ²⁾ ten allen tijde instellen, zelfs nog na 't vellen van 't vonnis, doch dan door middel der in integrum restitutio ³⁾.

§ 2.

Het bewijs der Exceptie.

De exc. is een zelfstandig regt van den gedaagde, hetwelk gesteld wordt tegenover dat des eischers, met 't doel, om dit gedurende zekeren tijd of voor immer buiten werking te stellen. Om dit doel te bereiken, is natuurlijk een eerste vereischte, dat zijn regt gegrond is. Als de eischer 't terstond als zoodanig erkent, is hiermede aan 't geschilpunt een einde gemaakt. Maar beweert hij, dat de gedaagde

¹⁾ L 14 § 1 C. de jud. (III. 1) „Patroni autem causarum.... cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam, et contradictionem objectam.... iuramentum praestent.”

L. un. C. de litisc. (III. 9) „... Lis enim tunc contestata videtur, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit. PUGETA § 172 en 185; WIEDING t. a. p. § 13.

²⁾ L 8 C. de exc.; L 2 Sent. resc. „Peremptorias exceptiones omissas in initio antequam sententia feratur opponi posse, perpetuum edictum manifeste declarat. Quodsi aliter actum fuerit, in integrum restitutio permittitur.”

³⁾ Vgl. BETTMAN-HOLLWEG: „Handbuch des Civilprocesses” Bonn 1834. I. pg. 262 v.; WIEDING t. a. p. § 15.

dat regt niet heeft, dan moet deze de gegrondheid er van aantonen en door bewijsvoering den regter daarvan overtuigen. Dit wordt uitgedrukt door de Romeinsche grondstelling: »*reus in exc. actor est* ¹⁾." Even als de een ten opzigte zijner vordering, is de ander ten opzigte zijner exc. eischer. Beiden eischen, dat hun regt door de tegenpartij zal erkend worden. Maar de een doet dit door te vorderen, de ander door slechts af te weren. De eischer moet dus met zijn bewijs beginnen; kan hij dit niet tot volkomenheid brengen, zoo komt de beurt in 't geheel niet aan den gedaagde, maar wordt deze dadelijk vrijgesproken ²⁾), wanneer althans 't proces de litiscontestatie reeds gepasseerd is. Want als vóór dien tijd de ongegrondheid der vordering al blijkt, wordt geen vonnis geveld, maar de actie door den Praetor geweigerd (*actio denegatur*). In dat bewijs moet hij opnemen, al hetgeen kan strekken, om zijne vordering als erkend door den regter te doen aannemen, maar ook niets meer of minder. Het bewijs van 't niet-bestaan der exc. behoort daartoe voorzeker niet, daar deze geheel op zich zelve staat en juist eerst in werking treedt als de actie gegrond is ³⁾. Dit laatste 't geval zijnde, gaat de gedaagde over tot ontvrouwing en bloodlegging der feiten, waarop hij meent, dat toch de vordering aan den eischer moet ontzegd worden. Dezelfde bewijsmiddelen staan hem daartoe ten dienste, want »*agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est*" ⁴⁾. Op eene andere plaats zegt eveneens ULPIANUS: »*In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem velut intentionem implere, ut puta, si pacti conventi*

¹⁾ L 1 D de exc.

²⁾ »*Actore non probante, reus absolvitur.*" L 19 en 23 C. de probat. (IV. 19); L 9 C. de exc. (VIII. 36).

³⁾ L 19 C. de prob. (IV. 19).

⁴⁾ L 1 D de exc.

exceptione utatur, docere pactum conventum factum esse" ¹⁾).

Uit die zelfstandigheid van den gedaagde verklaart zich eene andere Rom. grondstelling, dat hij, door 't opwerpen zijner exc., niet geacht wordt 't regt des eischers te erkennen: »*Non utique existimatur confiteri de intentione adversarius, quocum agitur, quia exceptione utitur*" ²⁾). Al kan de gedaagde zijn bewijs niet tot volkomenheid brengen, is dit op zich zelf geene reden om hem te veroordeelen. De regter mag hieruit geene gevolgtrekking maken, alsof hij stilzwijgend de vordering zijner partij had erkend, daar beide regten geheel van elkander afgescheiden zijn. Door 't tegenovergestelde aan te nemen, zou men bovendien tot eene in 't oog vallende tegenstrijdigheid geraken, als namelijk de gedaagde 't bestaan van eene exc. niet kunnende bewijzen, zijne toevlugt neemt tot eene andere, die hij met goede argumenten kan staven. Na eerst erkend te hebben, zou hij dan later weér ontkennen. Dit kan onmogelijk zamen gaan.

Daarom moet de regter zoolang 't onderzoek der exc. uitstellen, totdat de eischer zelf zijn regt volkomen bewezen heeft, want »*actore non probante reus absolvitur*" ³⁾). ALBRECHT ⁴⁾) beweert, dat door den regel: »*qui excipit non fatetur*" de regter in de vrijheid zijner logische redenering beperkt is, daar toch meermalen uit de exc. ten duidelijkste zal blijken, dat de gedaagde de vordering erkent.

Hoe waar dit ook moge zijn, is de bepaling m. i. zeer gegrond en billijk. De L 9 D de exc. spreekt slechts van »*uti exc.*" en niet van haar bewijs.

In 't algemeen kan uit dat louter voorbrengen der exc.

¹⁾ L 19 pr. D de prob. (XXII. 3).

²⁾ L 9 D de exc.; L 43 pr. D de R. J.

³⁾ L 9 C. de exc.; L 23 C. de prob. HEIMBACH pg. 698.

⁴⁾ t. a. p. pg. 38.

geen argument geput worden voor 't bestaan der vordering; daar de gedaagde, zich van dit verdedigingsmiddel alleen in jure kunnende voorzien, omdat de formule hetzelfde moet inhouden, zeer voorzigtig en verstandig handelde door er zich dadelijk op te beroepen, al is hij ook zelf overtuigd, dat de eischer zal afgewezen worden, maar voor 't geval, dat hij onverhoopt gedrongen wordt zich op die wijze te verdedigen. Hiertoe zal hij vooral dikwijls de algemeene *doli exceptie* gebruiken, omdat hij daaronder elke *exc.*, die hem later nog mogt te binnen vallen, kan rangschikken. Eén van beiden kan slechts plaats hebben; of hij erkent of hij erkent niet. Erkent hij uitdrukkelijk, zoo wordt alleen de *exc.* onderzocht, gelijk blijkt uit de woorden van L. 9 C. de *exc.*: »*Si vero de hac (sc. intentione actoris) confitendo, exceptione te munitum adseveras, de hac tantum agi convenit.*» Bij niet-erkenning moeten dus zoowel de *intentio des actoris*, als de *exc.* van den reus afzonderlijk onderzocht worden. Aan eene stilzwijgende erkenning wordt geene bewijskracht toegeschreven.

't Is ook niet zeker, of hij wel van de *exc.* gebruik zal maken, daar 't geval zich kan voordoen, dat reeds op civielrechtelijke wijze de vordering door hem afgeslagen wordt. Die logische redenering van den regter zou dus meermalen falen en zeer onlogisch worden. Evenwel kan 't met de zaak dikwijls zoo gelegen zijn, dat 't buiten allen twijfel is, of in de *exc.* ligt de erkenning opgesloten, zooals in de *exc. patti de non petendo*, maar dan geloof ik ook, dat de regter spoediger door 't bewijs des eischers zal overtuigd worden. Hierin bindt hem de regel niet. Deze stelt alleen den eischer van 't bewijs niet vrij, omdat de gedaagde zijne *exc.* opwerpt, om die te gebruiken, in 't geval dat 't bewijs geleverd is ¹⁾. Maar, wanneer dit bewijs geleverd

¹⁾ WÄCHTER, „*Privatrecht*“ pg. 513.

is, wordt aan de overtuiging van den regter overgelaten.

Eene derde grondstelling is deze: dat de gedaagde te gelijk meerdere exc. kan opwerpen tegen dezelfde actie, hetgeen door PAULUS aldus uitgedrukt wordt: „*Nemo prohibetur, pluribus exceptionibus uti, quamvis diversae sint*” ¹⁾. Dit spreekt eigenlijk van zelf, maar wordt waarschijnlijk daarom hier uitdrukkelijk gezegd (’t geldt toch van alle verdedigingsmiddelen), omdat alle exc. in de formule moesten staan. Bovendien kan men te gelijk met het opwerpen eener exc. zeer goed nog den grond zelven der actie ontkennen. Eene beperking in dit opzigt zou onregtvaardig zijn. ’t Moet aan beide partijen vrijstaan, alle mogelijke middelen tegen elkander aan te voeren.

Ten laatste komt nog deze grondstelling voor, dat de gedaagde die in ’t proces wegblijft, al de tegengeworpene exc. verliest, hetgeen de nieuwere regtsgeleerden met deze woorden aangeven: „*contumax non excipit*” ²⁾. Wanneer de gedaagde niet verschijnt na de oproeping (*citatio*) ³⁾, wordt zonder hem de procedure voortgezet. In den regel zal zijne veroordeeling er ’t gevolg van zijn, daar alle tegenspraak en exc. vervallen, en de eischer alleen gehoord wordt. Maar dit is niet noodzakelijk; hij behoudt de kans om vrijgesproken te worden, „*si bonam causam habuit*” ⁴⁾. Later na afschaffing der formules is dit zoo veranderd, dat de gedaagde niet meer pro confesso gehouden wordt, maar alsof hij outkende, zoodat de eischer door een volkomen bewijs den

¹⁾ L 8 D de exc.; L 5 eod.; L 43 pr. de R. J.

²⁾ HEIMBACH pg. 697. L 53 pr. et § 1 de re jud. (XLII. 1.) „Contumax est, qui tribus Edictis propositis, vel uno pro tribus, quod vulgo peremptoriam appellatur, litteris evocatus praesentiam sui facere contemnet.”

³⁾ L 73 pr. D de jud. (V. 1).

⁴⁾ L 73 eodem.

regter moet overtuigen, en bij gebreke hiervan evenzeer vrijspraak volgt ¹⁾).

§ 3.

De werking der Exceptie.

De eischer heeft zijne vordering volkomen bewezen en verlangt van zijn' kant veroordeeling, die hem zonder twijfel zou geworden, wanneer zijn regt slechts op zich zelf werd beschouwd. Maar ook de gedaagde heeft zijne exc. voldoende gestaafd en vordert van zijn' kant vrijspraak. Hier is 't oogenblik gekomen, dat beide regten met elkander in botsing geraken. Welk van beiden zal uit dezen strijd de overwinning behalen? Het antwoord op die vraag is vervat in de beantwoording van deze andere vraag: welke is de werking der exceptie?

»Exceptio dicta est'', zegt *ULPIANUS*, »quasi quaedam exclusio, quae (inter) opponi actioni cujusque rei solet, ad excludendum id, quod in intensionem condemnationis deductum est'' ²⁾. Na al het gezegde is de verklaring dezer plaats niet moeilijk. De processuele werking der exc. is eene uitsluiting, welke tegen elke actie kan gesteld worden, om uit te sluiten, hetgeen in de intentio of in de condemnatio gebragt is. Zij stelt, even als de intentio zelve, eene voorwaarde aan de veroordeeling. Alleen de laatste woorden: »quod in — condemnationem deductum est'' vereischen eene nadere verklaring. Soms werd in de formule het bedrag der geldsom (waarin de veroordeeling altijd plaats had) volgens den aard der actie, voor den regter min of meer be-

¹⁾ L 27 § 1 de lib. caus. (XL. 12); L 6 § 3 de confessis (XLII. 2)
L 1 C. quomodo (VII. 43).

FUCHTA pg. 275; ZIMMERN pg. 410.

²⁾ L 2 pr. D de exc.

paald vastgesteld. Dit geschiedde b. v. door toevoeging der uitdrukking: »*in id quod facere potest*», of door 't bepalen van een maximum enz. Dergelijke beperkingen stonden in de *condemnatio*, zoodat dit gedeelte der formule, aldus ingekleed, werkelijk de vordering des eischers bevatte. Maar dit was ook 't geval bij elke actie, waarbij eene zaak gevorderd werd, daar dan de *condemnatio* de begrooting inhield, waartoe veroordeeld mogt worden. Met een voorbeeld willen wij trachten onze meening duidelijk te maken. Iemand stelt de *actio depositi* in, en verkrijgt daartoe van den Praetor de volgende formula in *factum concepta*, welke wij aan GAJUS ¹⁾ ontleenen: »*Judex esto. Si paret A.A. apud N.N. mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo N.N. A.A. redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex N.N. A.A. condemnato; si non paret, absolvito*». De vordering is eigenlijk de teruggave der *mensa argentea*; maar, omdat N.N. daartoe niet veroordeeld kan worden, wordt dezelve in eene geldsom omgezet. Deze begrooting staat in de *condemnatio*. Als N.N. nu eene exceptie opwerpt, b. v. »*si in ea re nihil dolo malo A.A. factum sit neque fiat*» en hij deze bewezen heeft, is hare werking en heeft zij ten gevolge, dat geëlideerd wordt »*id, quod in condemnationem deductum est*». Deze uitlegging komt m. i. 't best met de woorden der aangehaalde Lex overeen. Evenwel vele regtsgeleerden ²⁾ beschouwen haar in verband met de L. 22 pr. h. t., en komen daardoor tot de gevolgtrekking, dat er excepties worden vermeld, die de actie slechts gedeeltelijk konden afwenden. Die meening berust op eene valsche verklaring van deze plaats van PAULUS. »*Exceptio*», zegt hij, »*est conditio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem*».

¹⁾ GAJUS IV. 47.

²⁾ ZIMMERN § 141; KELLER pg. 150; ORTOLAN III § 1946; PUCHTA pg. 162 n. c; SINTENIS pg. 318; WÄCHTER pg. 500 n. 15.

Volgens hen wordt hier ten duidelijkste gesproken van eene exc., die den gedaagde gedeeltelijk van de veroordeeling bevrijdt. De voorstanders dezer meening verliezen uit 't oog, dat 't woord »exceptio» niet alleen eene processuele betekenis heeft, maar ook in materielen zin kan beschouwd worden. Overeenkomstig laatstgenoemde opvatting zeggen de Juristen: »*Exceptiones b. f. judiciis insunt*», en spreekt PAULUS hier van eene exc., »*quae minuit damnationem*». Zij komt niet in de formula, maar de eischer zelf moet in jure zijne vordering inkorten of dit den regter overlaten: terwijl bij weigering hij zijne geheele actie zal verliezen. Iemand is b. v. socius van den eischer, hij heeft dienvolge 't beneficium competentiae ¹⁾, en kan dus slechts veroordeeld worden in id, quod facere potest. Daar 't eene exceptie uitmaakt, mag de regter 't niet ex officio toepassen: maar de gedaagde moet er zich in jure op beroepen. Dit doende, staan den eischer twee wegen open; of hij moet zijne vordering in overeenstemming brengen met de middelen van den socius, of hij moet geheel en al zijne actie laten verloren gaan. Kiest hij 't eerste, dan kan hij dat weder op twee wijzen bewerkstelligen, of door zelf daartoe over te gaan, of door den regter dezelfde bevoegdheid te geven. In dit laatste geval nu komen de woorden zelve: »in id, quod facere possit» in de formule, en wel in de condemnatio te staan, maar krijgen daardoor nog in 't geheel niet 't aanzien eener exceptie in processuelen zin. Zij hebben slechts dit gemeen, dat zij niet in de gewone formule staan, doch in enkele gevallen moeten worden toegevoegd. Maar, wanneer de eischer in zijne gansche vordering volhardt, wordt de exc. quod facere possit als een negatief beding achter de intentio gezet, en heeft nu even als alle andere excepties de processuele werking van geheele uitsluiting der actie.

¹⁾ L 63 pr. § 1 et 3 D pro socio (XVII. 2).

Zooals PAULUS er van spreekt, is zij niets anders dan eene beperking in de *condemnatio*, gelijk er nog andere voorkomen, b.v. „*aduntaxat in eo, quod in rem versum est et de peculio*” ¹⁾. Gewoonlijk worden deze beperkingen ook niet exceptie genoemd, maar op andere wijzen aangeduid ²⁾. In weêrwil dezer zelfde opmerking neemt KELLER eene exc. *quod facere possit* aan, die de actie slechts gedeeltelijk afwendt, op grond dat zij in L 7 pr. h. t. uitdrukkelijk wordt vermeld; in L 22 pr. dergelijke excepties als eene bijzondere soort worden aangemerkt en in L 2 pr. de laatste woorden daarmede in verband staan. Geen dezer gronden kan de toets doorstaan. De in L 7 pr. genoemde is eene zeer gewone exc., met geene bijzondere kenmerken; maar de L 22 pr. spreekt van dezelve in materielen zin, voordat zij in *judicium* gebragt is, van den inhoud der exc., terwijl L 2 pr. geheel iets anders op 't oog heeft, n.l. zulke bepalingen in de *condemnatio*, dat deze werkelijk den inhoud bevat van de vordering des cischers.

V. SCHEURL ³⁾, die op dit punt KELLER bestrijdt, geeft van de L. 22 de ook door ons aangenomene verklaring, doch vervalt ten opzichte der plaats van ULPIANUS eveneens in eene fout, door aan te nemen, dat de Jurist behalve van eene gewone exc., in verband met de intentio, nog van eene andere *adjectio* spreekt, welke in verband met de *condemnatio* staat, maar gewoonlijk niet exceptie heet. Zonder de woorden geweld aan te doen, kunnen wij met geene

¹⁾ L 2 D de pec. (XV. 1); L 5 pr. § 1, 30 § 1, 36, 44 eodem; L 57 de judic. (V. 1); L 6 § 12 Quae in fr. (XLII. 8).

²⁾ L 16 de re jud. „Sunt qui in id quod facere possunt *conveniuntur*; L 17 eod.; L 33 pr. de donat.; of *tenentur* in L 25, 41 § 2, 52 de re jud.; of *condemnantur* in L 22 § 1, 24, 49 eod., L 51 § 1 de procur., L 173 pr. de R. J.; of *actio datur* L 2 pr., L 4 § 2 quod e. eo, qui; of *cogitur solvere* in L 18 D re jud. Verg. KELLER noot 400.

³⁾ t. a. p. pg. 186.

mogelijkheid de verklaring van v. SCHEURL daarin terug vinden. ULPIANUS gewaagt van de processuele werking der exc., en deze bestaat volgens hem hierin, dat zij o. a. uitsluit, »quod in condemnationem deductum est.” De Jurisconsult zegt in één adem: »quod in intentionem condemnationemve deductum est.” Op welken grond zijn wij bevoegd, bij de intentio iets anders aan te nemen, dan bij de condemnatio? Noch door ULPIANUS, noch door PAULUS wordt een woord gerept van bijzondere toevoegingen in de formule, die den naam van exc. zouden kunnen dragen. Van eene gedeeltelijke afwending der actie is nergens sprake. Dat PALLUS bij 't opteekenen van deze plaats zeker aan de exc. quod facere possit gedacht heeft, daaraan twijfelen wij evenmin als v. SCHEURL en KELLER; maar hij dacht aan haar in materielen zin, aan haren inhoud, niet aan de processuele exceptie. Deze staat niet in de condemnatio, noch kan zij dezelve verminderen of beperken.

KELLER zelf ziet groote bezwaren in zijne verklaring en eindigt daarom zijne redenering aldus: »Eher würde sich die Partial-Einrede bei AFRICANUS in L 17 § 2. Ad SC. Vell. (XVI. 1) als eigentliche Exceptio darstellen, nur dass die Verbindung derselben mit der dort vorliegenden Condictio certi ihre eignen Bedenken hat.” Deze genoemde Lex luidt op 't einde aldus: »si in aliquam emtionem mutua pecunia sit accepta, tunc pro parte intercessionem factam videri, et ideo creditorem partem duntaxat pecuniae a mutua petere posse; quod si totum petierit, exceptione pro parte summovetur” ¹⁾. Dit werkwoord »*summovetur*” bewijst

¹⁾ DERNBURG, »*Die Compensation nach Röm. Rechte*” pg. 207—218, welke eene veroordeeling »pro parte” aanneemt, beroept zich behalve op L 17 § 2 D ad SC. Vellej. (XVI. 1), nog op L 27 § 5 en 6 D de pactis (II. 14) en L 15 pr. D ad legem Falcidiam (XXXV. 2). Deze plaatsen kunnen mij niet overtuigen.

genoegzaam, dat hier de exc. in processuelen zin bedoeld wordt. Maar de onmogelijkheid om »*pro parte*» afgewezen te worden, hebben wij boven trachten aan te toonen. Deze plaats is dus daarmede in volkomen strijd. Hoe dit te verklaren? Wij weten daarvan geene andere uitlegging te geven, dan die van v. SCHEURL, dat namelijk de woorden »*pro parte*» later door JUSTINIANUS zijn geïnterpoleerd, om de plaats in overeenstemming te brengen met de veranderingen door hem ingevoerd. Want jure Just. kon voorzeker de exc. SCTi Vellejani in dit geval eene gedeeltelijke afwijzing der actie bewerken, daargelaten de straf, op de plus petitio gesteld ¹⁾. Tijdens 't formulair-proces was 't onmogelijk.

In elk geval, maakt de exc. de actie krachteloos en is de gedaagde voor immer gevrijwaard tegen iederen eisch, voortspruitende uit dezelfde regtsbetrekking. Want, ofschoon eene jure civili gegronde aanspraak door een praetorisch regtsmiddel niet kon vernietigd worden, zou aan den anderen kant de gedaagde weinig aan zijne exc. hebben, zoo hij toch later op nieuw kon aangevallen worden. Daar de Praetor dit niet kon verhinderen, gaf hij den gedaagde eene andere exc., gegrond op 't gevelde vonnis, de exceptio rei judicatae, welke hem van eene herhaling zijner vroegere bewijzen vrijstelde, zoodat de eischer nooit eenige hoop kon voeden, op deze wijze voldoening te erlangen. De vereischten voor dit verdedigingsmiddel waren de volgende ²⁾: 1°. Een gevelde vonnis, 2°. Dit vonnis moest 't regt van den eischer niet ipso jure opheffen hebben, 3°. Identiteit van 't object der actie, 4°. Identiteit van den regtsgrond der actie, 5°. De regtsgrond, waarop de vroeger ingestelde actie steunde, moest door den regter werkelijk onderzocht zijn, 6°. Identiteit van personen. Wanneer ééne dezer vereischten ontbrak,

¹⁾ Instit. IV. 6 § 33.

²⁾ Verg. REIMBACH pg. 772 v.; Instit. IV. 13 § 5.

kon hij de exc. niet gebruiken; alle moesten aanwezig zijn. Ook wanneer in een legitimum judicium door middel eener exc. vrijspraak gevolgd is, werkt deze niet ipso jure, maar door de exc. rei judic. Wij voegen dit laatste er daarom uitdrukkelijk bij, omdat men ligt hier iets anders kon meenen, in aanmerking nemende 't onderscheid, dat op dit punt bestond tusschen een judicium legitimum en een judicium imperio continens, daar in 't algemeen bij het eerste ¹⁾ de vrijspraak ipso jure en bij 't andere altijd door de exc. werkte. In 't Just. regt, waarin 't onderscheid tusschen die beide soorten van judicia verdwenen was, verschijnt de exc. als 't gewone regtsmiddel, om een geveld vonnis tegen latere acties ongeschonden te bewaren.

De werking van de in judicium gebragte en bewezene exc. bestaat dus in de volkomene uitsluiting van de vordering des eischers ²⁾. Maar deze werking is bij een zakelijk regt slechts relatief; want, wanneer hetzelfde tegen een of ander bezitter van 't voorwerp geheel krachteloos is, omdat deze eene exc. tot zijne verdediging heeft, zoo kan 't toch later tegen anderen zijne volle kracht met goed gevolg aanwenden. Daarom zeggen de Juristen van later tijd: *res judicata jns facit inter partes* en *res judicata tertiis neque nocet neque prodest*, welke regels met andere woorden uitgedrukt zijn in L 63 D de re jud. (XLII. 1) en L 4 C. quibus res jud. (VII. 56). Die andere moet derhalve een derde zijn; d. i. hij moet zijn regt op 't voorwerp niet afgeleid hebben van den bezitter, die 't eerst de exc. verwierf, want op dezen gaat de exc. rei cohaerens over ³⁾.

¹⁾ Alleen de in rem actiones en de in factum conceptae formulae waren uitgezonderd. GAJUS IV pg. 106--108.

²⁾ Verg. ALBRECHT pg. 39 v.

³⁾ L 28 C. de evict. (VIII. 45); L 3 pr. D de exc. rei vend. (XXI. 3) L 14 § 1 D comm. divid. (X. 3).

Verg. KIERULFF pg. 186; SENTENIS pg. 317.

Wanneer b.v. zijn auctor eene exc. had wegens gemaakte onkosten, kan hij op dezelfde wijze zich op dezen grond verdedigen. Bij persoonlijke regten daarentegen is de werking absoluut, daar die slechts tegen een bepaald persoon gericht zijn ¹⁾.

Deze geheele vernietiging der vordering ten gevolge eener exc. bleef regtens bestaan tot op den tijd van JUSTINIANUS, die hierin eene gewigtige verandering bragt door afschaffing der strenge gevolgen van de plus-petitio. De eischer zou zijne te vroeg ingestelde actie niet meer verliezen, maar tot straf den dubbelen tijd moeten afwachten, zonder de interessen in dien tijd verlopen te kunnen verkrijgen, en met betaling van alle onkosten, den gedaagde door zijn eersten eisch veroorzaakt. Dezen zachteren regel, door Keizer ZENO reeds ingevoerd voor hem, die vóór den bij de verbindtenis zelve bepaalden tijd vorderde, past JUST. ook bij de exc. toe. Van eene andere plus-petitio spreekt hij niet uitdrukkelijk. Nogthans lijdt 't wel geen twijfel, dat hij in elk geval de zelve heeft willen afschaffen; want uit § 32 Instit. IV 6. blijkt, dat zijn doel was voor den onvoorzigtigen eischer die al te harde straf te vervangen, terwijl er toch eigenlijk geen werkelijk onderscheid bestond, of iemand jure civili of jure praetorio te veel vroeg, daar hij in beide gevallen vroeger geheel werd afgewezen. Nu zal hij als straf driedubbel de toegebragte schade moeten betalen; welke schade bestond in hetgeen de gedaagde aan de executores voor sportulae te veel had gegeven ²⁾.

¹⁾ Zie boven pg. 70 en v.

²⁾ L. 1 en 2 C. de plus petit. (III. 10).
Deze sportulae komen eerst voor in de 2de helft der 5de eeuw in wetten van MAXIMIANUS en zijne opvolgers. Verg. BETHMAN-HOLLWEG: „*Gerichtsn. des s. R. R.*“ pg. 239.

HOOFDSTUK V.

De verjaring der Exceptie.

Quae ad agendum sunt temporaria, ad excipiendum sunt perpetua" is eene uitspraak der nieuwere regtsgeleerden; die dezen regel meestal onbeperkt aannemen. De voornaamste regtsgeleerden, waaronder DONELLUS en SAVIGNY huldigen dit beginsel. Ook wij, door hunne aangevoerde gronden ten volle overtuigd, aarzelen niet, ons aan hunne zijde te scharen.

Sommigen beroepen zich op de Rom. regtsbronnen zelve; anderen op algemeene gronden.

In de eerste plaats dus moet de vraag beantwoord worden, wat is daarover in de Rom. regtsbronnen zelve te vinden?

Uitdrukkelijk spreken noch de Instituten, noch de Pandecten, noch de Codex dien regel uit. Maar enkele plaatsen worden aangehaald, waarin men hem meent opgesloten te zien. Vooreerst de L 5 § 6 de doli exc., aldus luidende:

»Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est, nam haec perpetuo competit: cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure; is autem cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur.»

Alle schrijvers stemmen hierin overeen, dat, wanneer de

gedaagde zijn regt alleen door eene exc. kan geldend maken, en geene actie heeft, dit verdedigingsmiddel onverjaarbaar is, omdat, gelijk PAULUS zegt, 't niet van den gedaagde afhangt, wanneer hij aangesproken wordt, en derhalve in hem geene nalatigheid kan gestraft worden.

Dit geval komt hoogst zelden voor. Als voorbeeld diene de exc. rei judicatae. Op grond van een vrijsprekend vonnis kan de gedaagde nooit eene actie instellen, omdat 't regt van den eischer slechts ontkend wordt; hij ontleent aan dat vonnis geen positief regt ¹⁾. Wat zou hem nu deze exc. baten, zoo de eischer of zijn opvolger door wachten hem ten laatste van zijn regt kon berooven? De exc. zou geheel haar doel missen. Als tweede voorbeeld wordt gewoonlijk de exc. doli genoemd, die echter niet tot deze klasse ²⁾ behoort; zij is niet, gelijk UNTERHOLZNER ³⁾ haar noemt, een *»reines Einrederecht,* maar eene *»abgeleitete Einrede.* Deze fout heeft aanleiding gegeven tot eene andere, om uit de onverjaarbaarheid der exc. doli, argumento a contrario, tot de verjaring der andere exc. te besluiten. 't Is dus van belang, bovengenoemde lex, waarop die meening berust, nader te verklaren en duidelijk te maken: PAULUS verklaart, dat de exc. doli overjaarbaar is, omdat *»is, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur* en stelt haar tegenover de de dolo actio, die slechts binnen den korten termijn van één jaar kan ingesteld worden. Nu redeneert UNTERHOLZNER ⁴⁾ aldus: de doli actio wordt als

¹⁾ L 15 D de exc. rei jud.

²⁾ In navolging van v. SAVIGNY pg. 413, verdeelen wij alle mogelijke gevallen, waarin zich exc. kunnen voordoen, in drie klassen, te weten: 1°. Exceptie zonder actie; 2°. Exc. en actie nevens elkander; 3°. Actie zonder exceptie.

³⁾ UNTERHOLZNER: *»Verjährungslehre*”, Leipzig 1828, II § 156--161.

⁴⁾ HEINBACH is van hetzelfde gevoelen.

UNTERHOLZNER t. a. p. pg. 22.

laatste hulpmiddel gegeven en is juist uitgesloten, als de gedaagde eene exc. heeft ¹⁾. Zoo lang nu degene, die door den dolus schade lijdt, van de doli exc. hulp kan verwachten, terwijl hij eerst door 't instellen der actie het verlies werkelijk zou ondergaan; zoo lang wordt de doli actie als ongegrond beschouwd. Hieruit volgt, dat de doli exc. een „*reines Einrederecht*” is, en tot de eerste klasse behoort, en dat derhalve de exc. der tweede klasse, waarin namelijk de actio met haar concurreert, verjaarbaar is, daar de genoemde reden voor de niet-verjaring hier niet bestaat.

Evenwel deze conclusie volgt niet noodzakelijk uit het voorgaande. Hetgeen hij aanvoert omtrent de doli actio: wordt door niemand ontkend, maar daarentegen beweerd, dat de gedaagde bovendien nog eene actio in factum heeft, welke hem schadeloos stelt in zooverre de eischer weder regtelijk rijker is geworden, zoodat de doli exc. tot de tweede klasse behoort, en dientengevolge 't argument a contrario van zelf vervalt. Maar ofschoon de gedaagde zelf ageren kan, blijft 't toch ongetwijfeld waar, dat hij bij het gebruik zijner exc. geen eigen wil heeft. Dit en niets anders houden de laatste woorden van PAULUS in. De exc. is een middel van verdediging, waarvan 't gebruik natuurlijk afhangt van een aanval des eischers. Aldus uitgelegd, pleit de L 5 § 6 de doli exc. meer vóór, dan tegen onze meening. Toch moeten wij haar geheel en al op zijde stellen, want de concurrerende actio in factum was onverjaarbaar, terwijl wij in de tweede klasse 't voortbestaan eener exc. aannemen na de verjaring der actie. Hetgeen de Jurisconsult beslist: komt hierop neêr, dat de doli exc. niet beperkt moet worden tot den korten termijn (annus utilis) der doli actio.

¹⁾ L 1 § 4 de dolo malo (IV. 3) „Usque adeo, ut et Podius lib. 8 scribat, etiam si interdictum sit, quo quis experiri, vel exceptio, quae se tueri possit: cessare hoc edictum.”

Eene andere plaats, waarop men zich beroept, is de L 5 C. de exc. (VIII. 36), welke van dezen inhoud is: »Licet unde vi interdictum intra annum locum habeat, tamen exceptione perpetua succurri ei, qui per vim expulsus post retinuit possessionem, auctoritate juris manifestatur.»

Ook deze lex bewijst niets vóór noch tegen de verjaring. Want de exc. belet onregtmatige verrijking des eischers ¹⁾, maar in deze beperking is 't interdict als actie evenzeer onverjaarbaar, zoodat eene onverjaarbare actie met eene onverjaarbare exc. concurreert en dus dit geval niet tot de tweede klasse behoort ²⁾. DIOCLETIANUS beslist, dat een verdrevene, ofschoon hij 't interdictum unde vi slechts binnen één jaar kan instellen, nog eene perpetua exc. heeft, zoo hij later weér 't bezit verkreeg. Maar tegen welke actie zal deze exc. kunnen werken? Voorzeker niet tegen eene vindicatie, daar tegen deze in 't algemeen geene exc. op grond van bloot bezit wordt toegelaten. Volgens UNTERHOLZNER ³⁾ heeft de verdrijver zijn eigendom ten gevolge van 't geweld verloren, en dit verlies wordt door die exc. geldend gemaakt. Maar dit zou geene exc. zijn, doch eene outkenning van den eigendom. SAVIGNY ⁴⁾ geeft door het volgende voorbeeld eene betere verklaring.

Tusschen mij en GAJUS is strijd over den eigendom van een erf; hij verdringt mij met geweld uit 't bezit, maar later doen zich andere omstandigheden voor, die 't bezit twijfelachtig maken; GAJUS, de zaak willende doen beslissen, stelt tegen mij 't interdictum uti possidetis, om mij tot 't opwerpen eener vindicatie uit te noodigen. Tegen dit interdict heb ik de exc. violentae possessionis ⁵⁾, en deze is niet,

¹⁾ Verg. WINDSCHEID: *Actio des Röm. Civ. R.* pg. 40.

²⁾ L 1 pr. § 48; 3 § 1 de vi (XLIII. 16).

³⁾ t. a. p. pg. 24.

⁴⁾ t. a. p. pg. 434.

⁵⁾ L 1 pr. § 5 et 9 uti possid. (XLIII. 17).

volgens 't rescript, even als 't interdictum unde vi aan eene korte verjaring onderworpen. Uit deze beslissing de gevolgtrekking te maken, dat zij eene toepassing is van den regel, dat alle exc. onverjaarbaar zijn, gaat niet op, daar in dit geval DIOCLETIANUS zou moeten gedacht hebben aan 't voortbestaan der exc. na de verjaring der actie, hetgeen hier onmogelijk is, omdat de concurrerende actio in factum onverjaarbaar is.

Evenmin kan als argument aangevoerd worden de L 6 C. de exc., aldus luidende:

»Si pactum intercessit, in exceptione sine temporis praefinitione de dolo replicare potes" ¹⁾.

Wanneer een schuldenaar door bedrog den eischer tot vrijstelling van betaling heeft bewogen, door middel van een pactum, heeft deze laatste, als de gedaagde tegen zijne actie de exc. pacti stelt, de doli replicatio, welke onverjaarbaar is, omdat zij onregtmattige verrijking afweert, maar in deze beperking is, even als in 't vorige geval, de actie ook onverjaarbaar.

Verder worden nog eenige Rom. plaatsen aangehaald, die veel minder de quaestie kunnen beslissen.

1^o. L 9 § 4 de jurejur. (XII. 2), welke bepaalt, dat, wanneer een minderjarige den eed heeft opgedragen, en deze afgelegd is, maar hij vervolgens zijn regt toch door eene actie wil doen gelden, hij tegen de exc. jurisjurandi eene replicatio, op grond van in integrum restitutio heeft, ingeval de bepaalde tijd nog niet is verstreken.

Zooals SAVIGNY ²⁾ teregt opmerkt, is hier geen sprake van verjaring der exc., maar van die der in integrum restitutio. Of deze door eene actie, of eene exceptie, of eene replicatio in werking wordt gebracht, maakt geen verschil; zij is altijd verjaarbaar. »Praeterea exceptio ista, sive cognitio, statu-

¹⁾ SAVIGNY pg. 435; GLÜCK: „Erläuterung der Pand." V pg. 450.

²⁾ t. a. p. pg. 415.

tum tempus post annum XXV non debet egredi" zijn de laatste woorden der lex, die zeer duidelijk te kennen geven, dat hier alleen op de in integr. rest. moet gelet worden, en niet op de middelen, waardoor zij werkt. WEBER ¹⁾ vestigt de aandacht op het onderscheid, dat hier tusschen exc. en replicatie moet gemaakt worden, en zegt, dat daarom de replicatie verjaart, opdat zij niet zou dienen, om eene reeds verjaarde actie toch door te zetten en dat derhalve uit deze beslissing niet tot de verjaring der exc. besloten kan worden. UNTERHOLZNER ²⁾ ontkent teregt dat onderscheid tusschen exc. en replicaties, daar beiden evenzeer ter verdediging dienen, en bovendien de wet zelve er geen gewigt aan schijnt te hechten, de beide woorden door elkander gebruikende. Maar hij neemt de wet als een bewijs aan, dat de regten, ook wanneer zij ter verdediging worden gebruikt, aan de verjaring onderworpen zijn, daar hier 't geval, waarin de minderjarige eene actie instelt, en 't geval, waarin hij zich door eene replicatie verdedigt, gelijk worden gesteld. Ofschoon dit laatste waarheid bevat, is de conclusie valsch, daar die gelijkstelling juist een gevolg hiervan is, dat de in integr. rest., welke bij beiden den inhoud uitmaakt, aan verjaring onderworpen is.

^{2o} L 8 § 13 D de inoff. test. (V. 2) »Si filius exhereditatus sit in possessione hereditatis; scriptus quidem heres petet hereditatem, filius vero in modum contradictionis querelam inducat; quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret.»

Deze bepaling komt hierop neêr, dat, wanneer een onterfde zoon toevallig in 't bezit der erfenis is, en de heres scriptus de hereditatis petitio tegen hem instelt, eerstgenoemde door middel eener exc. de querela kan instellen.

¹⁾ „Beiträge zu d. Lehre von gerichtliche Klagen und Einreden” pg. 12; GLÜCK pg. 449.

²⁾ t. a. p. pg. 26.

even als hij zelf zou ageren, in geval hij niet in 't bezit was. Deze plaats spreekt alleen over 't toelaten der querela in den vorm eener exceptie, en beslist in 't geheel niet over den tijd, binnen welken deze exc. gebruikt kan worden. Derhalve ook deze plaats kan noch vóór noch tegen de verjaring aangebragt worden ¹⁾.

Hetzelfde moet gezegd worden van de L 30 § 6 D de peculio (XV. 1): »In dolo objiciendo temporis ratio habetur: fortassis enim, post tempus de dolo actionis, non patietur dolum malum objici Praetor; quoniam nec de dolo actio post statutum tempus datur.»

Men heeft zich hier laten bedriegen door de woorden, »in dolo objiciendo» en »objici». De wet spreekt van de actio de peculio tegen hem »qui dolo fecit, quo minus quod esset in pecutio» (Lex 24 eod.), en deze actie is aan dezelfde verjaring onderworpen als de doli actio, waarvan zij inderdaad eene toepassing is ²⁾.

Onmiddellijk uit Rom. plaatsen den regel te willen afleiden, berust derhalve op eene dwaling; geene enkele plaats kan daarvoor met goed gevolg aangehaald worden ³⁾. Daarom moeten wij de quaestie aan algemeene beginselen toetsen.

Van de eerste klasse, waarin de gedaagde alleen door eene exc. zijn regt kan vervolgen, hebben wij reeds gesproken. De gevoelens over deze zijn onverdeeld. Dit is niet 't geval bij de tweede klasse, wanneer namelijk de gedaagde eene exc. nevens eene actie heeft, zoodat wij de meeningen van weërskanten zullen nagaan en onderzoeken. Door een voorbeeld willen wij vooraf deze klasse ons duidelijk voor oogen stellen. In 't jaar 1844 wordt een landgoed ver-

¹⁾ SAVIGNY pg. 432 n. f; WEBER pg. 13.

²⁾ SAVIGNY pg. 432 n. f. Eveneens zegt WEBER pg. 13: »dass diese Stelle keinsweges von den Einreden des Beklagten, sondern von dem Falle, wo des doli halber geklagt ward, zu verstehen sei.»

³⁾ SENTENIS t. a. p. pg. 317 n. 39.

kocht, onder bepaling dat de traditie dadelijk en de betaling der koopprijs in 1843 zal volgen; van beide zijden blijft men in gebreke. De actio emti verjaart hier in 1871; de actio venditi in 1873. Maar gedurende dezen ganschen tijd had ook elke partij de exceptio non impleti contractus, wanneer soms de tegenpartij mogt ageren. Wordt nu de actio venditi in 1872 ingesteld, dan wordt gevraagd, of de kooper, wiens actie reeds gedurende een jaar verjaard is, toch de genoemde exc. gebruiken kan. Velen geven hierop een ontkennend antwoord, omdat zij meenen, dat de gedaagde tusschen beide regtsmiddelen de keus heeft, en door beiden hetzelfde doel bereikt, zoodat 't verlies der actie 't verlies der daarmede gelijk staande exc. ten gevolge heeft ¹⁾.

Wat de keus van den gedaagde aangaat, deze is zeer beperkt; zij bestaat slechts hierin, dat hij de actio emti kan instellen of niet; want 't hangt van hem niet af, om de exc. op te werpen. Heeft de eischer daarentegen zijne actie reeds ingesteld, dan is de gedaagde genoodzaakt de exc. te gebruiken. Gelijktijdig kunnen beiden nooit werken. Maar ook het te bereiken doel is niet hetzelfde; want door 't instellen der actie, verkrijgt hij een regt, dat hij door de actio judicati kan vervolgen; maar door 't opwerpen der exc., niet meer dan vrijspraak. Ofschoon wel is waar 't resultaat bij beiden dikwijls hetzelfde is, zijn toch de juridische werkingen zeer verschillend van elkander.

Maar er zijn twee andere wegen, die ons tot de oplossing der gestelde vraag kunnen leiden. Vooreerst 't onderzoek naar 't voortbestaan eener naturalis obligatio na de verjaring der actie; en ten tweede 't onderzoek, of 't instituut der actie-verjaring toepasselijk is op de exceptie. Neemt men eene voortdurende nat. oblig. aan, dan is de quaestie ten voordeele der niet-verjaring beslist. Maar in 't tegenover-

¹⁾ SAVIGNY pg. 419; vgl. VON LINDE t. a. p. pg. 217 noot 14 en de hier aangehaalde schrijvers.

gesteld geval kan men nog niet direct tot de verjaring besluiten, daar dit nog afhangt van 't onderzoek der tweede vraag ¹⁾. Beantwoorden wij dus in de eerste plaats de vraag: welke is de werking der actie-verjaring?

De actiones in rem geven ons in dit opzigt geene zwaarigheid; éénstemmig wordt beweerd, dat 't zakelijk regt, hetgeen haar ten gronde ligt, door de verjaring der actie niet wordt aangedaan, en te regt, want de sterkere werking der verjaring hier aannemende, zou men tot eene allervreemdste conclusie komen. Iemand heeft b.v. bona fide gedurende 30 jaren eene gestolene zaak in bezit; door verjaring kan hij den eigendom nooit verkrijgen; maar daar de vindicatio verjaard is, behoort de zaak ook niet meer aan den vorigen eigenaar; zij is dus eene res nullius en vervalt dientengevolge aan dengene, die zich er het eerst van meester maakt, die in dit geval de bezitter is ²⁾. Maar alzoó zou deze op andere wijze verkrijgen, wat hem door middel der verjaring ontzegd is ³⁾.

Wat de obligaties aangaat, van deze moeten wij de naturales obligationes eerst afzonderen, daar zij in 't geheel geene actie geven; van hare verjaring kan dus geen sprake zijn. De civiles obligationes blijven nu nog over en tot deze bepaalt zich de strijd over den invloed der verjaring van de actie op de verbindtenis.

»Obligatio,» zegt JUST. ⁴⁾ est juris vinculum, quo necessitate adstringimur, alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura. Het doel der verbindtenis is altijd, om iets van een ander te verkrijgen. Heeft deze laatste eenmaal toegestemd, om dat doel te zullen verwezenlijken, dan moet

¹⁾ SAVIGNY pg. 424.

²⁾ „Quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur” Instit. II. 1 § 12.

³⁾ SAVIGNY pg. 368.

⁴⁾ Instit. III. 13 pr.

er een middel zijn, hem later bij weigering daartoe te dwingen. Dit middel is de actie. Voorheen, toen alles afhing van bepaalde vormen en handelingen, kon men dezelve altijd gebruiken; alle acties waren perpetuae. Maar de praetorische, en later de keizerlijke wetgeving maakten daaraan een einde; de eerste door voor sommige nieuwe acties eenen zekeren tijd (meestal een jaar) te bepalen, binnen welken zij moesten ingesteld worden; de laatste door in 't algemeen vast te stellen, dat elke actie, die nog perpetua was, door verloop van 30 of 40 jaren zou te niet gaan. Men oordeelde namelijk, dat hij, die zoo langen tijd zijn regt ongebruikt had laten liggen, wel geacht kon worden, daarvan afstand te hebben gedaan. Maar dit is alleen toepasselijk op dat dwangmiddel, de actie ¹⁾. 't Is gebleken, dat hij zijne tegenpartij niet wil dwingen; niet, dat hij de verbindtenis zelve ongaarne zag nagekomen. Men kan toch moeilijk veronderstellen, dat twee personen zich verbinden, zonder een zeker doel voor oogen te hebben. Daarentegen tot het nemen van dwangmaatregelen gaat men niet ligtelijk over, vooreerst om de goede verstandhouding te bewaren, en vervolgens om de daaraan verbondene lasten. Maar aan den anderen kant is 't mogelijk, dat de tegenpartij om de eene of andere gegronde reden zijne verbindtenis niet nakomt, zoodat 't dralen van den eischer hem soms nadeelig kon worden, omdat 't bewijs later wegens verlies van stukken, 't sterven van getuigen enz. hem moeilijker zal zijn. Dit is waarschijnlijk ook eene reden, waarom THEODOSIUS II in 424, op zeer weinige uitzonderingen na, alle acties, die nog perpetuae waren aan de verjaring van 30 jaren onderwierp ²⁾. Deze nam de

¹⁾ KIERULFF pg. 211 en SENTENIS pg. 315 beweren, dat na de verjaring der actie 't regt in geen anderen vorm meer kon geldend gemaakt worden.

²⁾ Zie PUCHTA II pg. 404; L 3 C. de pr. 30 ann. (VII. 39).

actie weg, zoodat de verbindtenis opbield een juris (civilis) vinculum te zijn, daar zij één van hare beide bestanddeelen verloor, te weten: de caussa agendi. Haar ander bestanddeel, de caussa solvendi, bleef zij behouden; met andere woorden, zij is eene obligatio naturalis geworden. Deze zoogenaamde zwakkere werking der verjaring zijn wij, volgens hetgeen wij boven ¹⁾ bij de verdeeling der peremptorische exc. gezegd hebben, genoodzaakt voor de temporis exceptio aan te nemen, daar zij noch met solutio, noch met satisfactio gelijk staat. Den omvang evenwel dezer overblijvende nat. oblig. te beschrijven, kan hier geene plaats vinden ²⁾. Maar eene voortdurende nat. oblig. aannemende, volgt er noodzakelijk de onverjaarbaarheid der exc. uit. Deze zwakkere werking wordt door aanzienlijke regtsgeleerden aangenomen, maar ook voor de sterkere werking heeft 't niet aan verdedigers ontbroken ³⁾.

Dat de verjaring niet ipso jure, maar slechts ope exceptionis werkt, wordt bijna door iedereen toegegeven. DONELLUS ⁴⁾ maakt hierop eene uitzondering; hij onderscheidt de acties, die terstond door de wet zelve, welke ze heeft ingevoerd, aan eenen bepaalden tijd zijn gebonden, en de acties, die eerst later in haren duur beperkt zijn geworden; de eerste gaan ipso jure te niet; de laatste ope exceptionis. Hij beroept zich daartoe op de volgende woorden van 't edict, welke bij gene acties gewoonlijk gebruikt worden: *intra annum actionem dabo* en beslist hieruit, dat na verloop van 't jaar geene actie meer voorhanden is en dus de vroeger geldende ipso jure is opgeheven. Hierop merkt SAVIGNY ⁵⁾

¹⁾ Zie pg. 74 v.

²⁾ SCHWANERT § 22.

³⁾ Zie de verdedigers van beide meeningen genoemd bij SENTENIS pg. 294 n. 57.

⁴⁾ Lib. XVI cap. 8 § 21, 22. Lib. XXII cap. 2 § 18.

⁵⁾ t. a. p. pg. 372.

te regt aan, dat die uitdrukking niets bewijst, daar zij zoowel in 't SCt. Vellejanum als in 't SCt. Maced. voorkomt, terwijl niemand er aan twijfelt, dat 't hier eene ongeldigheid per exceptionem is ¹⁾. Maar bovendien wordt hij geheel weérlegd door de omstandigheid, dat ook bij praetorische acties de verjaring door eene „*annua exceptio*” werd geldend gemaakt ²⁾.

Als tweede middel, om genoemde strijdvraag op te lossen, gaven wij op: het onderzoek of 't instituut zelf der actie-verjaring toepasselijk is op de exc., beschouwd als een zelfstandig regt, onafhankelijk van de actie. Dit middel houdt SAVIGNY voor het beste, omdat daardoor al die verschillende meeningen over 't al of niet bestaan eener nat. oblig. worden op zijde gezet. Ons hiermede volkomen vereenigende, willen wij de gronden nagaan, waarop die verjaring berust, en onderzoeken, of die evenzeer op de exc. toepasselijk zijn.

Vooreerst wordt nalatigheid als grond opgegeven. Deze bestaat volgens UNTERHOLZNER ³⁾ ook bij de excepties, omdat, al hing 't ook niet van den gedaagde af, zijne tegenpartij tot 't instellen zijner actie te dwingen, dit hem toch niet verontschuldigt, wanneer hij nagelaten heeft, zelf zijne actie in te stellen. Maar, gelijk WEBER ⁴⁾ zegt, men kan door verjaring niet meer regt verliezen, dan men werkelijk verzuimd heeft. Als nu de wet de actie aan zekeren termijn heeft verbonden,

¹⁾ L 2 § 1 ad SC. Vell. (XVI. 1) „ne eo nomine ab his petitio, neve in cas actio detur.”

L 1 pr. de SC. Maced. (XIV. 6) „ne cui, ... actio petitioque daretur.”

²⁾ L 30 § 5 de peculio (XV. 1) „Si annua exceptione sit repulsus a venditore creditor.”

L 15 § 5 quod vi (XLIII. 24) „causa cognita annuam exceptionem remittendam.”

³⁾ t. a. p. pg. 23.

⁴⁾ t. a. p. pg. 10.

verjaart, door verloop van dezen termijn, ook alleen de actie. Had de wet tevens de exc. willen treffen; zij had 't uitdrukkelijk moeten bepalen. Nu heeft zij 't wijselijk niet gedaan, want 't ligt in den aard der zaak, dat 't onbillijk zou zijn, iemand in zijne verdediging te beperken, zoolang de mogelijkheid bestaat, dat hij aangevallen kan worden. Hij heeft slechts verzuimd, aan zijnen toestand door middel der actie zekerheid te verschaffen, terwijl de nalatigheid, waarop de actie-verjaring steunt, hierin bestaat, dat de gerechtigde nalaat 't genot van een regt te verkrijgen, dat hij gedurende dien tijd nog niet bezat ¹⁾. Een tweede grond is 't verkrijgen van regtszekerheid voor den feitelijken toestand, welke gedurende dat aantal jaren ongestoord bestaan heeft. Maar hij, die zich hier op de verjaring der exc. beroept, heeft 't rustig genot van zulk een' toestand nog in het geheel niet gehad. Vervolgens wordt de vermindering van processen als grond aangehaald; maar ook deze grond pleit juist voor de niet-verjaring der exc. Want de gedaagde liet een regtsmiddel, waardoor hij zeker zijn doel kon bereiken, en hetgeen zonder twijfel een proces na zich sleept, verjaren, om slechts een verdedigingsmiddel over te houden, waarvan het gebruik hoogst onzeker is. Eindelijk is een gewigtige grond de door lang dralen voor den gedaagde dikwijls zeer verzwaarde verdediging, waarnaar de eischer soms opzettelijk kan streven. Maar dit nadeel bestaat juist aan den kant van den gedaagde; de eischer kan daardoor geene schade lijden.

Derhalve geen enkele grond is op de exc. toepasselijk, zoodat ook van dit onderzoek ons resultaat is, dat de exc. dezer klasse onverjaarbaar zijn.

UNTERHOLZNER ²⁾ is van eene andere meening, en bestrijdt

¹⁾ SAVIGNY pg. 425.

²⁾ t. a. p. pg. 25.

in dit opzigt WEBER ¹⁾, welke beweert, dat door deze extinctieve verjaring niet zoozeer 't regt zelf, maar meer de geregtelijke vervolging door eene actie is uitgesloten; dat bijgevolg wegens deze niet opgehevene verbindtenis zoo lang eene exc. moet plaats vinden, totdat men wetten aanhaalt, die 't tegendeel verordenen. Hij voert hiertegen aan, dat, wanneer 't regt zelf, waarop de exc. steunt, door verjaring is verloren gegaan, van exc. verder geen sprake is. Dit zal wel door niemand ontkend worden.

Maar hoe, vraagt hij verder, wanneer de verjaring slechts door eene exc. (*temporalis praescriptio*) zich werkzaam toont? Ook hier vindt hij 't overeenkomstig de billijkheid en de regtsprincipes, dat de verjaring op de exc. invloed uitoefent. Het is overeenkomstig de billijkheid, omdat, wanneer volgens de *aequitas* 't beroep op een »*klagbares*» regt als geldige exc. erkend is, daarom geenszins 't beroep op een »*klaglos*» geworden regt evenzeer behoeft toegelaten te worden. Voorzeker neen; maar deze gevolgtrekking wordt ook niet gemaakt, noch beweerd, dat elk »*klaglos*» regt eene exc. geeft. Dit hangt af van de oorzaak, waardoor 't regt zijne actie verloren heeft. Is dit geschied ten gevolge van *solutio* of *satisfactio* of van verjaring van 't regt zelf, dan zal natuurlijk geene exc. meer voorkomen, omdat er geen regt voorhanden is, dat geldend kan gemaakt worden; maar is de actie door verjaring weggenomen, dan blijft er eene *naturale debitum* over; alleen 't dwangmiddel is dan verdwenen.

Verder zegt hij, is 't overeenkomstig de regtsprincipes, want in L 1 D de exc. wordt de stelling uitgedrukt: »*reus in exceptione actor.*» Evenals dus de *temporalis exceptio* tegen den eischer kan gebruikt worden, zoo moet zij ook als *replicatio* tegen den gedaagde aangewend kunnen wor-

¹⁾ t. a. p. pg. 10; Glück „*Erl.*“ V pg. 447.

den, wanneer deze zich door eene exc. op een regt beroept, waartegen eene exc. temporis staat. Wij moeten hier hetzelfde antwoord geven als boven, dat namelijk, wanneer het regt zelf verjaard is, geene exc. daarop kan gegrond worden, maar dat dit niet 't geval is, als alleen de actie is weggenomen. UNTERHOLZNER verwarde deze gevallen, die men juist zeer goed moet onderscheiden.

DONELLUS ¹⁾ houdt de onverjaarbaarheid staande, zeggende: »Adco autem verum est, peremptoriam exceptionem ad hunc modum esse perpetuam, ut talis sit, quamvis nascatur ex ea caussa, ex qua, si aliqua actio nata esset, actio esset temporalis. Exemplo est doli exceptio." En verder nog: »quid potest imputari ei, non facienti quid, qui facere id, etiam si vellet, non potuit? ²⁾

Ten laatste blijft ons nu nog over de derde klasse te beschouwen, waarin de gedaagde eene actie heeft, maar geene exc. B.v. de eigenaar van een erf wordt door bedreigingen tot verkoop van zijn landgoed gedwongen, onder beding dat hij 't eerst na verloop van een jaar zal leveren. De koper is daarna voortdurend in 't bezit van dat goed. De eigenaar heeft dus de actio quod metus caussa, maar geene exc., daar 't voor de tegenpartij noch noodzakelijk, noch mogelijk is, eene actie daarover tegen hem in te stellen. Doch na de verjaring der actie, krijgt hij toevallig 't bezit terug. Heeft hij nu de exc. metus, of is deze tegelijk met de actie verjaard? Daar wij na de verjaring der actie eene nat. obl. aannemen, is deze voldoende om die exc. te geven. Wie daarentegen de nat. obl. ontkent, moet ook de exc. weigeren, als berustende op hoegenaamd geen regt. ³⁾

¹⁾ Lib. XXII cap. 2 § 24.

²⁾ L 17 § 3 D de usuris (XXII. 1).

³⁾ SAVIGNY, pg. 428.

Deze regel, dat alle exc. onverjaarbaar zijn, is zonder uitzondering. Ten onregte heeft men de exc. non numeratae pecuniae als uitzondering aangehaald; want de termijn van twee jaren, binnen welken zij gebruikt moet worden, is niet op de exc. zelve toepasselijk, maar op 't gebruik van bewijs door geschriften. De bewijskracht der afgegevene schuldbekentenis kan na dien tijd niet meer door deze exc. worden bestreden ¹⁾. Evenzoo is de *condictio sine causa*, waarmede men 't *chirographum* kan terugvorderen, aan dienzelfden termijn gebonden. Wilde men daarom dit als eene verjaring der actie aanzien, moet men natuurlijk de *condictio* als *temporalis actio* behandelen, hetgeen onmogelijk is, daar de *condictiones* tot op *THEODOSIUS II perpetuae* waren ²⁾.

HOOFDSTUK VI.

Replicaties, Duplicaties, enz.

„*Interdum*” zegt GAIUS ³⁾ *venit, ut exceptio, quae prima facie justa videatur, inique noceat actori. Quod cum accidat, alia adiectione opus est, adjuvandi actoris gratia: quae adiectio replicatio vocatur, quia per eam replicatur atque resolvitur jus exceptionis.*” Evenals dus de exc. eene onbillijke veroordeeling afwendt, verhindert de replicatie eene onbillijke vrijspraak. Tusschen replicatie en exc. bestaat

¹⁾ SAVIGNY pg. 416.

²⁾ L 14 § 4; L 8, 9 C. de nou n. pec. (IV. 30).
Verg. UNTERHOLZNER § 160; HEIMBACH pg. 701.

³⁾ IV. 126.

dezelfde verhouding, als tusschen exc. en actie. Daarom wordt zij ook exceptio genoemd ¹⁾. ALBRECHT ²⁾ beweert, dat zij geene eigenlijke exc. waren, en alleen in de formule die gedaante aannamen, omdat 't eene eigenaardigheid der exc. was, tegenover eenen civielen rechtsgrond te staan, terwijl de replicatie tegenover een' grond van billijkheid stond. Deze bewering vervalt, zoodra men onder exc. een zelfstandig recht van den gedaagde verstaat. Hetgeen ALBRECHT als eene eigenaardigheid der exc. kenmerkt, hadden deze slechts in 't begin van haar bestaan. En dit kon ook niet anders, daar juist eene reden voor hare invoering was, de strengheid van 't civiel-recht tegen te gaan. Maar zoodra dit doel bereikt was door het groote aantal excepties, door de elkander opvolgende Praetoren in 't edict geschreven; zoodra 't edictum perpetuum 't civiel- en praetorisch-recht had gelijk gesteld; toen vorderde men de exc., gelijk de actie, als een recht; toen werd, hetgeen vroeger de billijkheid eischte, als een rechtsgrond erkend. De gronden van billijkheid, die aan de exc. het aanzijn gaven, werden langzamerhand rechtsgronden. Daarom is de exc. tegenover eene praet. actie even goed eene eigenlijke, ware exc., als die tegenover eene civiele actie. Geen ander onderscheid is tusschen beiden, dan dat de eerste van later datum zijn. Niet anders is eene replicatie tegenover eene exc. even goed eene ware exc., als eene exc. tegenover eene actie. Men kan haar op dezelfde wijze bepalen, n.l. als een zelfstandig recht van den gedaagde. Ten opzigte der exc. toch wordt de eischer gedaagde, *innum reus in except. actor.* Er moet

¹⁾ L 2 § 1 D de exc. „Replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones, et a parte actoris veniunt.”

L 22 eod. „Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio.”

²⁾ t. a. p. pg. 29 v.

derhalve eene exc. opgeworpen zijn, zal de eischer zich op die wijze kunnen verdedigen ¹⁾. De replicatio is een der drie middelen, waarop deze de werking eener exc. kan verhinderen. Evenals de gedaagde 't aan de actie te gronde liggend regt, kan de eischer 't door de exc. beweerde regt of absoluut ontkennen, of zijne latere vernietiging staande houden, of door een zelfstandig regt krachteloos maken. Gebruikt hij dit laatste middel, dan moet in de formule er noodzakelijk van gewag gemaakt worden, omdat anders de regter hetzelfde niet in aanmerking kan nemen, daar hij zonder magtiging zich niet buiten de grenzen van 't jus civile mogt begeven. Daarom plaatste de Praetor de replicatio als eene positieve voorwaarde der condemnatio in de formule, terwijl de exc. als eene negatieve voorwaarde voorafging; de woorden: „aut si” verbonden beide verdedigingsmiddelen. B.v. „si inter A.A. et N.N. non convenit ne ea pecunia peteretur, aut si postea convenit, ut eam pecuniam petere liceat.” De regter moet nu eerst nagaan, of oorspronkelijk N.N. aan A.A. verschuldigd is, en dit bewezen zijnde moet hij de veroordeeling uitspreken, ingeval er geen pactum de non petendo gesloten is, of wanneer bij 't bestaan van zulk eene overeenkomst, later een ander pactum de petendo is aangegaan.

Dezelfde opmerking, die wij boven omtrent de formulering der exc. gemaakt hebben, moeten wij ook hier maken, dat n.l., soms in de bronnen de replic. als negatief beding voorkomende, dit beschouwd moet worden als de opgave van den inhoud eener replic. en niet alsof zij aldus in de formule werd geplaatst ²⁾.

¹⁾ L. 10 C. de exc. (VIII. 36) „Non exceptionibus actores, quibus res auxilium tribuitur certis ex causis, sed replicationibus suam intentionem, si quam habeant, minuant.”

²⁾ B.v. bij GAIUS IV. 126 „si non postea convenit, ut eam pecuniam

Zij ontleent haren inhoud deels aan civiel-regt, zooals de *mandati replicatio* in L. 48 D. de *proc.* (III. 3) en *SCti Vellej.* in L. 32 § 2 ad *SC. Vell.* (XVI. 4); deels aan praetorisch regt, gelijk de *doli replic.* in L. 154 de *R. J.*; *pacti* bij *GAJUS* IV. 126.

Evenals de *exc.* werd zij oorspronkelijk van den Praetor verzocht, en later als een regt gevorderd. Zij kon terstond eene *denegatio exceptionis* ten gevolge hebben ¹⁾. Boven dien zal zij meest onnoodig zijn, wanneer de *exc.* niet in *factum* is gesteld. Zoo ligt in de algemeene *doli exc.*: »*si in ea re nihil dolo malo actoris fiat*» reeds de *replic. doli* opgesloten; want is b.v. een *pactum* door een tweede *pactum* van zijne werking beroofd, dan is de vordering des eischers niet dolose. Een ander voorbeeld geeft ons de *exc. legis Cinciae*: wanneer de actor behoort tot die personen, welke de *lex Cincia* heeft uitgezonderd, heeft hij tegen de *exc. legis Cinciae* geene *replic.* noodig, daar de regter reeds door de *exc.* last heeft gekregen, om te onderzoeken, of de schenking volgens die wet is gedaan, hetgeen in dit geval moet erkend worden. Maar is de *exc.* in *factum* geredigeerd: »*si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum*», dan heeft de regter alleen na te gaan, of er eene *donatio* is, en zou den godaagde na 't bewijs daarvan moeten vrijspreken, zoo de eischer geene replicatie daartegen stelde: »*aut si ex iis personis est quae lege Cincia excipiuntur*» ²⁾.

Volgens het gevoelen van *Labeo*, *Marcellus* en *Ulpianus* moest tegenover de *doli exc.* de *doli replic.* altijd geweigerd worden, opdat de eischer niet, in weérwil zijner bedriegelijke

petere liceret»; in L. 24 D. de *exc. rei jud.* »*ut si res iudicata non sit.*»

Verg. *Savigny* pg. 191; *Puchta* II 173.

¹⁾ L. 9 pr. de *SC. Maced.* (XIV. 6).

²⁾ *Puchta* II 173.

handelingen, door middel dezer repliek aan zijne vordering gevolg ziet geven. Men straft daarom alleen den dolus van den eischer, zonder dien van den gedaagde in aanmerking te nemen ¹⁾).

Tegenover deze replicatio kan nu de gedaagde weêr een zelfstandig regt aanvoeren, dat duplicatio genoemd werd en als een negatief beding van de veroordeeling in de formule werd geplaatst. Vervolgens kon eene triplicatio, quadruplicatio enz. telkens aan de voorafgaande clause hare werking ontnemen ²⁾). In de praktijk evenwel was dit aantal clauses niet zoo onbegrensd. De duplicatio kwam reeds tamelijk zelden voor, en of 't wel ooit tot eene quadruplicatio kwam, is zeer te betwijfelen.

Deze door ons gebruikte terminologie werd door de Romeinsche juristen niet algemeen aangenomen. De bovenstaande berust hierop, dat de actie en exc. beschouwd werden als de grondslagen van elken registrijd, zoodat eerst de volgende clauses met getallen werden aangeduid. Dan werd de eerste genoemd replicatio, de tweede duplicatio, de derde triplicatio enz. Maar in de leges 2 § 7 D de exc. en 7 § 1. 2 de curat. fur. ³⁾ wordt de plaats van duplicatio door de triplicatio ingenomen, zoodat replicatio en duplicatio dezelfde beteekenis hebben; de volgorde is dan deze: exc.,

¹⁾ L 154 de R. J.; L 4 § 13 de doli exc.

²⁾ GAIUS IV 127—129.

³⁾ L 2 § 3 D de exc. „Sed et contra replicationem solet dari triplicatio, et contra triplicationem rursus, et deinceps multiplicatur nomina: dum aut reus aut actor objicit.”

De *Vulgata* leest in plaats van „Sed et... tripl.” aldus: „Sed et contra replie. solet dari duplicatio et contra duplicationem triplicatio”, waarschijnlijk, gelijk SAVIGNY zegt, om deze plaats met de Instituten overeen te brengen.

In L 7 § 1. 2 D de cur. fur. (XXVII. 10) stemmen de Florentina en *Vulgata* overeen.

replicatio of duplicatio, triplicatio enz., terwijl de actie alleen als grondslag van 't proces werd aangenomen. Volgens de eerste wijze van zien is de triplicatio de derde stelling van den eischer (actio, replicatio, triplic.); volgens de tweede is zij de derde adjectio ¹⁾.

Overigens is al hetgeen wij van de exe. gezegd hebben, evenzeer toepasselijk op de replicaties.

¹⁾ Zie SAVIGNY § 229; PUCHTA 174; KELLER 155.

TWEEDE GEDEELTE.

NEDERLANDSCH REGT.

HOOFDSTUK I.

De Exceptie volgens het hedendaagsch burgerlijk regt.

Het resultaat, waartoe wij in ons eerste gedeelte gekomen zijn, is dit, dat de bewering van hen, die alle onderscheid tusschen het *ipso jure* en *ope exceptionis* in het Justiniaansche regt opgeheven beschouwen, geheel ongegrond is; dat dit onderscheid niet alleen in het Corpus Juris zichtbaar, maar ook door JUSTINIANUS zelf in zijne constituties in 't oog gehouden is; en eindelijk dat de exceptie wel veel van hare processuele kenmerken verloren heeft, als een noodzakelijk gevolg der veranderde procesorde, maar toch geenszins haar materieel kenmerk, hetwelk haar ten allen tijde is bijgebleven.

In dit tweede gedeelte nu willen wij, na vooraf kortelijk de geschiedenis van ons instituut na JUSTINIANUS vermeld te hebben, de exceptie beschouwen, zooals zij zich onder onze tegenwoordige wetgeving voordoet.

Gedurende de eeuwen, die ons instituut na JUSTINIANUS doorloopen heeft, is meermalen 't ware begrip van exceptie

miskend geworden. Vooral de Glossatoren hebben, door hunne opvatting der *litiscontestatio* en door hunne verdeeling van alle exceptiën in *exceptiones juris* en *facti*, tot verwarring aanleiding gegeven.

Zij leerden, dat voor de *litiscontestatio* noodig was eene verklaring van den gedaagde over de *daadzaken*, waarop de eischer zijne actie grondde ¹⁾. Deze verklaring nu kon hij afleggen door die daadzaken geheel te ontkennen, of door ze te erkennen, wanneer hij namelijk, den grond der actie toegevende, beweerde om zekere redenen toch niet gehouden te zijn aan den eisch te voldoen. Van daar hunne definitie: »*Litis contestatio est negotii principalis hinc inde apud iudicem facta narratio et secuta responsio seu negando seu confitendo*» ²⁾. Een gevolg dezer opvatting was, dat elke verdediging, welke de daadzaken onaangeroerd liet, de *litiscontestatio* voorkwam. En juist in deze verdediging zagen de Glossatoren eene exceptie ³⁾.

Met de *litiscontestatio*, een onderwerp, waarover men noch in vroeger noch in later tijd het ooit eens is kunnen worden, zullen wij ons hier niet inlaten; 't zij voldoende op te merken, dat althans de voorstelling der Glossatoren door iedereen verworpen wordt, en dat daarmede natuurlijk tevens de voor de exceptie gemaakte gevolgtrekking vervalt. Maar reeds de Glossatoren zelven konden hunne stelling niet volhouden, zooals uit de bovengenoemde indeeling der excepties blijkt ⁴⁾.

Eerst toch zeggen zij, dat de exceptie de *L. C.* voorkomt, en daarna wordt als een der onderscheidende kenmerken der *exceptiones facti* opgegeven, dat zij in elken stand van ⁴⁾

¹⁾ FABER pg. 17.

²⁾ Gl. ad. l. 14 § 1 J. de iudiciis.

³⁾ Vgl. L. unica C. de *litis contest.* (III. 9); L. 14 § 1 C. de iudiciis (III. 1).

⁴⁾ WÄCHTER „*Erört.*“ III. 74—82; ALBRECHT § 29.

geding, en derhalve ook na de L. C. kunnen worden aangevoerd. Verder zien zij in de niet-litiscontestatie het kenmerk eener exceptieve verdediging, en tevens stelt elke verdediging, die een gedaagde tegen de actie gebruikt, volgens hen eene exceptie daar.

Grooter verwarring van begrippen kan men zich moeilijk voorstellen. Hare oorzaak moet hierin gezocht worden, dat de Glossatoren, niet genoeg bekend met de bronnen, ten onrechte meenden, dat de titel der Pandecten over excepties de geheele leer der verdediging bevatte. Zoo luiden de glossen op de titels van de Codex en Instituten over de excepties aldus: »Dixit supra de jure agendi, nunc de jure defendendi." ; »Quia de armis actorum vidimus et de reorum armis videndum est" ¹⁾.

Deze zelfde opvatting werd door het Canonische regt ²⁾ en door de Duitsche Rijkswetten aangenomen en daardoor algemeen verspreid ³⁾. Men dacht er niet meer aan, zelf den historischen oorsprong van 't instituut na te gaan; de glossen werden, in de plaats der bronnen, als grondslag, als punt van uitgang beschouwd.

Geen wonder, dat wij in ons oud-Hollandsch regt, dat voor een deel uit Duitsch-Roomsche en Canonische regtsbeginselen bestond, dezelfde dwaalleer terugvinden. In de »*Manier van Procederen*" van MERULA lezen wij eerst: »eer de verweerder litiscontesteert, d. i., eer hij antwoordt ten principale, mach hy voorstellen en hem behelpen met drie manieren van exceptien, declinatoire, dilatoire ende peremtoire" ⁴⁾; en vervolgens in Cap. XIII en XIV, dat de peremtoire, welke in exceptiones

¹⁾ ALBRECHT pg. 115 noot 8.

²⁾ In het Canon. regt heet exceptie »alles Dasjenige, was der Beklagte anführen muszte und der Kläger nicht anzuführen brauchte."

Vgl. ROSZKITT »*Canonisches Recht*", Schaffhausen 1857, pg. 608.

³⁾ ALBRECHT § 27.

⁴⁾ Lib. IV, Tit. XL, Cap. I.

juris en facti verdeeld worden, kunnen worden voorgesteld zoowel vóór als na de litiscontestatie, en dat zij in 't eene geval 't proces beletten, in 't andere niet. De exceptie noemt hij »eene bewering en tegenstelling van den gedaagde tegen den eischer, tenderende of tot afwyking van den regter of tot verleng van de saake, of tot vernietiging van de Actie.” Volgens HUBER ¹⁾ is de exceptie »een middel, waardoor de gedaagde voorgeeft, dat hij niet gehouden is op den eisch te antwoorden, en verder te procederen”; hij onderscheidt haar van het antwoord, hetwelk, vereenigd met den eisch, de litiscontestatie daargestelt, en waartoe alle middelen behooren, »waardoor de gedaagde voorgeeft, dat hy behoort te worden vrygesproken, en de eischer verklaart niet ontfangbaar, hetzy ganschelyk, of ten minsten voor als noch.” Hij ziet dus ook het kenmerk der exceptie in het voorkomen der litiscontestatie, maar geeft dien naam evenzeer aan de middelen van antwoord. Zoo spreekt ook VAN ZUTPHEN ²⁾ van de exceptie: »ghy en zyt geen erfgenaam” en van die van betaling.

Niet anders was de opvatting van het oude Fransche procesregt; ten bewijze hiervan strekt de Ordonnantie van 1667 over 't proces, welke in art. 5 van den V^{den} titel de behandeling der exceptie vóór de litiscontestatie beveelt ³⁾.

De thans vigerende Code de Procédure civile bespreekt de exceptiën, zonder er eene definitie van te geven. Het woord wordt door den Franschen wetgever in zeer uitgebreide beteekenis gebruikt, daar hij er zelfs gewone incidentele verzoeken onder rangschikt, zooals de borgstelling van een vreemdeling, de oproeping tot vrijwaring, de mededeeling

¹⁾ ULR. HUBER, „*Heedensdaegse Rechts-Geleertheit*”, pg. 746 v. (Uitgave Amsterdam 1742).

²⁾ VAN ZUTPHEN, „*Practycke der Nederlandsche Rechten*”; FABER pg. 32.

³⁾ Vgl. BORNIER, „*Conférences des Ordonnances de Louis XIV^e en 2^e*” Parijs 1744; I pg. 39.

van stukken. Het gevolg dezer verzoeken is wel, dat de loop der procedure eenigzins wordt opgehouden, maar daartoe zijn zij toch niet ingesteld, terwijl de dilatoire exceptie nitsluitend ten doel heeft, een uitstel te verschaffen. Aan den anderen kant laat de Code de peremtoire excepties geheel buiten behandeling. »Il ne peut être ici question des exceptions péremptoires,” zeide FAURE in zijn rapport over dezen titel, »ces dernières appartiennent au Code Civil: ce sont celles, qui tendent à détruire ou éteindre l'action du demandeur, comme la prescription, la compensation ou le payement” ¹⁾. Volgens den Code behooren zij tot de *défenses*, tot de zoogenaamde *fins de non-recevoir*, aldus genoemd in tegenstelling der *fins de non-procéder*, die de declinatoire en dilatoire exceptiën omvatten. Beide soorten onderscheiden zich hierin van elkander, dat de eerste gerigt zijn tegen de actie zelve, en de strekking hebben, om deze te vernietigen, om den eischer zijnen eisch te doen ontzeggen, of hem niet-ontvankelijk te doen verklaren; terwijl de laatstgenoemde zich omtrent de hoofdzaak niet inlaten, maar ten doel hebben, om de zaak voor eene andere regtbank te brengen of den loop der procedure te stuiten ²⁾. De Code noemt dus exceptie elke verdediging, die de kennismeming van 't geschil verschuift. Wij zullen wel niet behoeven te zeggen, dat dit begrip geheel afwijkt van het Romeinsche, dat 't slechts een zeer klein gedeelte van de Romeinsche excepties omvat.

BONCENNE ³⁾ beweert, dat men ten onregte de tegenwoordige excepties aan het Romeinsche Regt tracht vast te knoopen »où l'on ne trouvait guère que leur nom, parce que nos mœurs judiciaires n'avaient rien qui ressemblât aux procédures et aux jugemens de l'ancienne Rome. De cette incon-

¹⁾ LOCRIÉ, „*Législation civile etc.*” t. XXI pg. 585.

²⁾ BONCENNE, „*Théorie de la Procédure civile*”, Bruxelles 1839. I pg. 24.

³⁾ t. a. p. II pg. 89.

sistente hétérogénéité sortirent de capricieuses définitions, des distinctions arbitraires, et même, suivant quelques-uns, des *exceptions anomales*." Wij kunnen hem dit in 't geheel niet toegeven; niet alleen hebben wij regt, om de exceptiën uit het Rom. regt af te leiden, maar wij zijn er zelfs toe verplicht. De exceptie is een instituut van zuiver Romeinschen oorsprong, dat zijn ontstaan te danken heeft aan dezelfde oorzaak als het formulair-proces. De grootere beschaving, de meerdere behoeften, het uitgebreider verkeer, kortom de vooruitgang gaven aanleiding tot beider instelling. In zooverre nu de exceptie in de formule een' zekeren vorm had aangenomen, kunnen beiden met elkander in verband worden gebragt. Maar deze vorm maakte niet het wezen der exceptie uit; niet daarin vindt zij hare verklaring. Die vorm was niet meer dan eene voorbijgaande inkleeding van het materiele begrip; en daarom moeten wij bij 't onderzoek naar 't wezen der exceptie beginnen haar van deze omhulsels te ontdoen, om haar vervolgens geheel zelfstandig te beschouwen, onafhankelijk van eenige procesorde. Zoo hebben wij in ons eerste gedeelte volgens het Justiniaansche regt het begrip vastgesteld, dat namelijk exceptiën die verdedigingsmiddelen van den gedaagde zijn, welke steunen op zelfstandige hem toekomende regten. Welnu, dergelijke verdedigingsmiddelen bezit natuurlijk ook het Fransche regt, maar de wetgever heeft ze niet weten te onderscheiden, omdat hij zich geen juist denkbeeld van eene exceptie gevormd had.

Evenmin zijn de Fransche commentatoren er in geslaagd eene goede definitie te geven. PIGEAU ¹⁾ o. a., die de verdedigingsmiddelen in *exceptions* en *moyens du fond* verdeelt, verstaat onder eerstgenoemde: »ces moyens, qui, sans considérer si la demande est ou a été bien fondée, sont opposés à l'effet de faire

¹⁾ PIGEAU, „Procédure civile des tribunaux de France" (Paris 1828) I. pg. 194.

exclure cette demande pour un temps ou pour toujours"; en onder middelen van den gedaagde: »ceux qu'il propose pour prouver que la demande n'est pas fondée, ou au moins, qu'elle doit être restreinte." Met uitzondering van de beide gevallen, dat de gedaagde het bestaan der vordering geheel ontkent of bewoert, dat deze moet ingekort worden, brengt hij dus elke verdediging tot exceptie. CARRÉ ¹⁾ leert hetzelfde, zeggende: »on entend en général, dans la langage du droit, par exception, tous les moyens par lesquels le défendeur, sans entrer dans la discussion de la demande, établit que le demandeur ne doit pas être admis à la poursuite."

Wat onze wetgeving aangaat, moeten wij in de eerste plaats onze aandacht vestigen op het Ontwerp van 1820, hetwelk, even als dat van 1816 door J. M. KEMPER ontworpen, in het vierde Boek een volledig stel van regtsmiddelen tot handhaving van regt bevat ²⁾. Geleijk bekend is, wilde het grootste gedeelte der Commissie, benoemd tot 't ontwerpen van een algemeen wetboek, liever een vertaalden Code Napoléon, en verwierp daarom elke stelselmatige ontwikkeling in het nieuwe ontwerp voorkomende, welke aan het fransche wetboek onbekend was. Later bij de herziening in 1832 is dat geheele vierde Boek, met uitzondering der titels over bewijs en verjaring, weggelaten, omdat men meende »deze algemeene regtsbeginselen te moeten overlaten aan de regtswetenschap en hare uitleggers" ³⁾. Dit is voor ons zeer gelukkig, omdat wij anders ten gevolge van de gegevene definitie gedwongen zouden zijn, om het begrip eener exceptie in Romeinschen zin op te geven. KEMPER toch geeft in art. 3277 deze definitie: »Wanneer er, onafhankelijk van de waarheid of onwaarheid

¹⁾ CARRÉ, *„Les lois de la Procédure civile"* (Bruxelles 1825) II pg. 77.

²⁾ Zie KEMPER, *„Verhand. en Redev."* III pg. 179—220.

³⁾ VOORDUIN, *„Geschiedenis enz."* I pg. 419.

der door den eischer voorgedragen feiten en omstandigheden en van het bestaan of bestaan hebben zijner wettige regtsvordering nogtans andere redenen zijn, waarom het geëischte niet behoort te worden toegewezen, mag de verweerder concluderen tot absolutie van de instantie." Wanneer derhalve de verweerder zich beroept b.v. op een beding aan de verbindtenis toegevoegd, hetgeen het instellen der actie vooralsnog belet ¹⁾; stelt hij eene exceptie voor, terwijl dit jure Romano eene verdediging ten principale is.

Daarom noem ik 't een geluk, dat ons tegenwoordig Wetboek van Burg. Regtsv. geene definitie geeft, omdat wij nu onafhankelijk daarvan beproeven kunnen, of de Romeinsche beginselen op ons hedendaagsch regt nog toepasselijk zijn, of de exceptie nog is een zelfstandig verdedigingsmiddel van den gedaagde, zooals SAVIGNY, die 't eerst de bestaande verwarring van denkbeelden in het licht gesteld en aan de exceptie weder hare regte plaats toegewezen heeft, het begrip vaststelt.

Onze regtsgeleerden, die meestal het Ontwerp van 1820 tot leidraad nemen, als »bevattende een kort, doch zakelijk en nauwkeurig overzicht van de leer der exceptiën" ²⁾, (maar welke, gelijk wij zagen, niet de zuivere leer is), geven ook in dezen zin hunne definities. OUDEMANN ³⁾ noemt ze: »die middelen van verdediging des verweerders, waarbij deze, zonder zich omtrent de vordering zelve uit te laten, beweert dat er reden bestaat, waarom de eischer moet worden afgewezen." DE PINTO ⁴⁾ verstaat er onder: »zoodanig middel van verdediging, waarbij afgescheiden van de door den eischer vooruitgestelde feiten en de daaruit afgeleide

¹⁾ FABER pg. 27.

²⁾ A. DE PINTO, „Handleiding tot het Wetboek van B. Regtsv." (Utrecht 1857) II pg. 289.

³⁾ A. OUDEMANN, „Burgert. Regtsoordering" (Groningen 1862) I pg. 191.

⁴⁾ f. a. p. pg. 288.

gevolgtrekkingen, eenvoudig wordt beweerd, dat de geheele actie, zoo als of waar die is ingesteld, niet vermag te worden onderzocht."

Wij voor ons meenen geene betere en kortere bepaling te kunnen geven, dan die van SAVIGNY, dat de exceptie een verdedigingsmiddel van den gedaagde is, hetwelk steunt op een zelfstandig hem toekomend regt.

Welke redenen zouden wij kunnen hebben, om aan het woord eene andere beteekenis te geven? De wet geeft geene definitie. Maar, zal men ons tegenwerpen, de wetgever heeft het Ontwerp van 1820 als rigtsnoer gebruikt en derhalve daarnaar moeten wij ons rigten. Wij antwoorden hierop, dat, als men deze stelling wil vasthouden, men op een zeer gevaarlijk standpunt geraakt; dat men dan ook in elk ander geval, zelfs soms tegen de letter der wet in, moet volgen, niet hetgeen duidelijk geschreven staat, maar wat de wetgever gedacht heeft, hetgeen bovendien zeer zelden met volkomen zekerheid kan uitgemaakt worden. Er komt bij, dat men in een ontwerp, dat nooit tot wet verheven is, de bedoeling des wetgevers niet zoeken mag. Niet naar het model, dat hij gebruikt heeft, maar naar de bestaande wet moet uitspraak gedaan worden. En tusschen beide bestaat hier een groot verschil, want naar een verkeerd model, heeft hij, wellicht onbewust, eene vrij goede wet gemaakt.

FABER¹⁾ ontkent dit, omdat in art. 160 B. Rv. gewaagd wordt van drie exceptiën, welke in ons regt geene exceptiën meer zijn in Romeinschen zin. Welke veranderingen de exceptiën van gewijsde zaak en van dading ondergaan hebben, om haar dit karakter te ontzeggen, is mij onbekend. Maar ten opzichte der exceptie van non-qualificatie moeten wij eene uitzondering op onzen regel toelaten, daar voorzeker alleen

¹⁾ l. a. p. pg. 25.

de hoedanigheid, welke de aanlegger zich toeschrijft, of waarin de verweerder gedagvaard is, de partijen met elkander in aanraking brengt. Mist ééne der partijen die hoedanigheid, dan staat hij gelijk met elken derde, die geheel vreemd is aan het geschil; en de gedaagde, dit bewerende, ontkent eigenlijk 't bestaan der regtsbetrekking zelve. Evenwel om deze uitzondering laten wij onze definitie niet los, evenmin als wij jure Romano om de exceptio non numeratae pecuniae van gevoelen veranderd zijn ¹⁾. 't Spreekt overigens van zelf, dat wij niet letten op 't spraakgebruik in de praktijk, want in dat geval zouden wij aan de definities van OUDEMAN en DE PINTO de voorkeur moeten geven, daar zowel van exceptie van beraad, als van betaling en minderjarigheid wordt gesproken.

HOOFDSTUK II.

Verdeeling der Excepties.

Volgens het Romeinsche Regt werden de exceptiën naar hare werking in twee hoofdtoorten verdeeld, namelijk in *peremptoire* en *dilatoire* ²⁾. De eerste ontnamen aan de actie alle kracht, en de laatste verschaften een tijdelijk mitstel van de werking der actie. Deze verdeeling scheen niet aan alle eischen te voldoen. Althaus latere schrijvers voegden er eene derde hoofdtoort bij, die de zoogenaamde *declinatoire* exceptiën moest bevatten; dat zijn die, welke dienen om te beweren, dat de regter, voor wien het geschil gebragt is,

¹⁾ Zie boven pg. 48 v.

²⁾ Zie boven pg. 70.

daarvan geen kennis mag nemen. Waarom men deze afzonderlijk gegroepeerd heeft, is mij niet regt duidelijk, daar zij zich in geen enkel opzigt van de dilatoire onderscheiden. Zij stellen evenzeer de beslissing der zaak uit; of dit uitdrukkelijk of stilzwijgend geschiedt, doet niets ter zake; er moet noodzakelijk eenige tijd verloopenen, vóórdat men het geschil bij eenen anderen regter heeft aanhangig gemaakt. Dit is ook het gevoel van CUIJACIUS *ad L 4 Cod. de exc.*, zeggende: »Dilatoriae sunt, quae non excludunt protinus actionem, sed differunt et impediunt, ne vim suam exercent statim; ut exceptio fori, quotiens dicitur non apud eum judicem agi, cujus ea de re jurisdictio est, et mutandum esse judicem" ¹⁾.

Ons oud regt nam die drieledige verdeeling over, gelijk blijkt uit de werken van MERULA ²⁾ en HUBER ³⁾.

Het Ontwerp van 1820 volgde hierin ons oud regt; en ons tegenwoordig Wetboek van Burg. Regtsv. behandelt evenzeer de excepties volgens gezegde verdeeling, ofschoon de dilatoire exceptiën alleen met name worden genoemd.

Van zelf doet zich nu de vraag voor, welke excepties de wetgever tot elk der drie soorten wil gebragt hebben. Maar vóórdat wij tot de beantwoording daarvan overgaan, moeten wij vooraf nog eene opmerking maken.

De 3^{de} afdeeling van den 3^{den} titel 1^{ste} Boek Wetb. van B. R. handelt, blijkens het opschrift, behalve over excepties, nog over *voorloopige verzoeken*. Wat verstaat de wet onder deze voorloopige verzoeken? Klaarblijkelijk alleen 't stellen van zekerheid door eenen vreemdeling. In 't algemeen zou men er voor kunnen houden alle provisionele of incidentele eischen, door eene der partijen hangende het geding gedaan, ter

¹⁾ VAN HAMELSVELD, Diss. „*de Exceptionibus*” (Amsterdam 1824) pg. 30.

²⁾ t. a. p. IV. 40, 1.

³⁾ V. 17 en 20.

instructie van de zaak en alvorens ten principale wordt geconcludeerd; in dezen zin opgevat is ook iedere exceptie een voorloopig verzoek. Maar de wet maakt eene onderscheiding, zoodat wij de beteekenis van voorloopig verzoek beperkter opvatten en er onder verstaan moeten die praeliminare verzoeken, welke in de oude praktijk werden onderscheiden van de eigenlijk gezegde excepties, doch waarvan hier alleen wordt behandeld de cautio judicatum solvi ¹⁾

Deze zekerheidstelling heeft volgens OUDEMAN ²⁾ wel iets van eene dilatoire exceptie, omdat een uitstel van tijd er 't gevolg van is, maar hij voegt er bij, dat zij op zich zelve toch geene exceptie is. Vele auteurs rangschikken haar onder de dilatoire exceptiën; de verwarring, die hiervan het noodzakelijk gevolg is, is door DURANTON ³⁾ zeer juist in het licht gesteld. Wel is waar wordt door de bedoelde cautie in het regtsgeding een grooter of kleiner oponthoud veroorzaakt, maar dit is niet 't object van 't verzoek; niet tot dat doel is 't ingevoerd, terwijl de dilatoire excepties geen ander oogmerk hebben, dan om een uitstel te geven aan hem, die van haar gebruik maakt. »Ainsi,” besluit DURANTON, »nous ne pouvons regarder comme exceptions dilatoires, à proprement parler, que celles qui ont non-seulement pour effet indirect, mais encore pour objet avoué, de procurer au défendeur un délai pour répondre à l'assignation, parce qu'il ne peut y répondre pour le moment, ou parce qu'il a le droit de jouir d'un terme.”

Te regt werd de zaak ook door de regtbank te Maastricht aldus beschouwd in een vonnis van 20 Oct. 1842, waarbij

¹⁾ VOET ad. tit. Dig. qui satisfacere coguntur (II. 8) n°. 1; V. D. LINDEN, „Oer de Judiciele Practyq” I pg. 157; DE PINTO pg. 296.

²⁾ t. a. p. pg. 152.

³⁾ DURANTON, aangehaald bij CARRÉ, II pg. 78.

het vragen der bedoelde zekerheid als een voorloopig verzoek werd aangemerkt ¹⁾).

De Code de Procédure behandelt de cautie in den 9^{den} titel 2^{de} Boek, tot opschrift hebbende: »des Exceptions". Maar de Fransche processualisten weten zelven niet, onder welke klasse zij behoort gerangschikt te worden.

De behandeling dezer zoogenaamde *exceptie van vreemdelingschap* valt dus buiten den kring van ons onderzoek, dat uitsluitend aan de ware excepties gewijd is.

Gaan wij nu over tot de beantwoording der boven door ons gestelde vraag en wel in de eerste plaats tot eene nadere beschouwing der *declinatoire exceptiën*.

Het Ontwerp van 1820 geeft in art. 3279 deze definitie: »Declinatoire exceptiën zijn die, welke eeniglijk zijn ingerigt om te beweren, dat de regter, voor wien de zaak gebragt is, daarvan geene kennis behoort te nemen; zonder dat uit deze bewering iets meerder, ten aanzien van het gelijk of ongelijk van de partijen in het geschil ten principale, is af te leiden." Als zoodanig worden in ons Wetboek behandeld, de exceptiën van *incompetentie*, van *litispendentie* en van *connexiteit*. Sommige regtsgeleerden, zoo als DE PINTO ²⁾ en FABER ³⁾ voegen er nog eene vierde bij: de *exceptie van nietigheid van dagvaarding*; ik geloof, ten onregte; want deze heeft toch niet ten doel, de zaak voor een' ander' regter te brengen; zij valt in 't geheel niet onder bovenstaande definitie. Veeleer heeft zij de strekking om de beslissing der zaak te verschuiven, totdat de eischer met inachtneming der vroeger verzuimde formaliteiten eene nieuwe dagvaarding zal

¹⁾ R. Bijblad, V. 220; MOLSTER, „in Amsterd. Regtspr." pg. 301.

²⁾ t. a. p. pg. 291.

³⁾ t. a. p. pg. 26.

hebben uitgebragt. *CARRÉ* ¹⁾, met vele andere Fransche schrijvers, de *peremtoire exceptiën* in twee soorten verdeelende, die *d'instance* en *de fond*, begrijpt haar onder de eerste soort. Aangezien zij evenwel voor ons regt ook de eenige exceptie is, die men tot deze soort zou kunnen brengen, daar de andere, 't verzuim van conciliatie, in ons regt verdwenen is, doet men beter, die verdeeling daarlatende, met *OUDEMAN* haar onder de *dilatoire exceptiën* te rangschikken.

De Code de Procédure geeft aan deze *declinatoire exceptiën* den algemeenen naam van *renvois*, terwijl de praktijk ze noemt *finis de non-procéder*. Vóór den Code maakte men onderscheid tusschen *renvoi* en *declinatoire exceptie*; door *renvoi* werd de regter onbevoegd verklaard en verzocht men tevens, om tot een' ander' regter verwezen te worden: door de *declinatoire exceptie* ontkende men slechts de bevoegdheid van den regter ²⁾. Maar omdat indirect ook door de *declinatoire exceptie* de zaak naar een' ander' regter werd verwezen, verwarde men in 't gebruik de beide termen; nu hebben zij dezelfde beteekenis.

De tweede soort, welke de wetgever onderscheidt, zijn de *dilatoire exceptiën*. Naar het Romeinsche regt hebben wij ze in ons eerste gedeelte reeds besproken. Zien wij nu in de eerste plaats, wat het ond-Hollandsch regt ons te haren opzigte leert.

»Alle middelen,» zegt *HUBER* ³⁾, »waardoor een gedaagde zegt, dat de eyscher zal verklaart worden *niet ontfangbaar*»

¹⁾ t. a. p. II 78; vgl. *PIGEAU* I 208.

²⁾ *JOUSSE*, „*Commentaire*”, tit. VI art. 3; *MERLIN*, vacc „*Renvoi*”.

³⁾ t. a. p. V. 20; *MERULA* IV, 40. 5 zegt: „*Dilatoire exceptiën* zijn tegenstellingen des verweerders; om de saake door verscheyden vanden te schorssen ende slepende te houden, des eyschers voornemen ende intentie te beletten ende te veragteren. Ende moeten voorgewent werden voor Litiscontestatie.

gantschelijk ofte voor alsnoch, behoort tot *Antwoordt*, ook somtijds, wanneer de gedaegde den eyscher wil hebben *afgezezt*, *zoons hij procedeert*.¹⁾ Terwijl dus de declinatoire exceptie de litiscontestatie voorkomt, wordt deze door de dilatoire exceptie geformeerd, want eisch en antwoord maken haar uit. Tot deze dilatoire middelen van antwoord brengt HUBER o. a. het beding, om niet te eischen binnen zekeren tijd of van een' zekeren persoon; de exceptie van excussie, welke in eene peremptoire verandert, wanneer de hoofdschuldenaar dientengevolge voldoet; de exceptie *quanti facere possit* volgens 't *beneficium competentiae*; het uitstel van het Hof verkregen tegen de schuldeischers, gewoonlijk *quinquenellen* genaamd. Verder noemt hij onder de middelen waardoor de eischer wordt afgeslagen, daar en zooals hij ¹⁾ *procedeert*, de bewering, dat de eischer zonder last en zonder cautio de rate of van goedkeuring *procedeert*, of geene behoorlijke qualiteit of geene bequame conclusie neemt. Al deze exceptiën moet de gedaegde *te gelijk* in zijn antwoord opgeven en de regter mag ze later niet aanvullen.

De Ordonnantie van Friesland, in 1602 door de landsvergadering vastgesteld, bepaalde ²⁾, dat, indien de regter bemerkt, dat de exceptiën niet opregt zijn, maar voorgesteld om het proces slepende te houden, hij partijen of hunne advocaten den eed van opregtheid moet afnemen en bij weigering de exceptie of het verzochte uitstel met de kosten afwijzen. Evenwel in de praktijk hield men zich aan dit laatste niet; de kosten werden of gecompenseerd of tot aan 't vonnis gereserveerd. Evenzoo was in de praktijk gewoonte, om tegen 't voorschrift der Ordonnantie, de exceptie vooraf en zonder ten principale te antwoorden, voor te stellen. Nog wilde de Ordonnantie mondelinge voordragt der

¹⁾ Vgl. L. 24 C. de procurat. (II. 13).

²⁾ HUBER V 18.

exceptiën, maar ook hieraan hield men zich niet, zoodat in de nieuwe Ordonnantie van 1723 deze bepaling achterwege werd gelaten.

De fransche wetgever liet de behandeling dezer exceptiën geheel aan de wetenschap over, slechts bepalende in art. 186 C. d. Pr. »Les exceptions dilatoires seront proposées conjointement et avant toutes défenses au fond.» Behalve met betrekking tot het regt van beraad en de oproeping tot vrijwaring, bepaalde hij verder niet, wat dilatoire exceptiën zijn. DURANTON en CARRÉ ¹⁾ gaven deze definitie: »Ces exceptions sont toutes celles, qui ont pour objet avoué de procurer au défendeur un délai pour répondre à l'assignation, parce qu'il ne peut y répondre pour le moment, ou parce qu'il a le droit de jouir d'un terme.» PIGEAU ²⁾ zegt: »Les exceptions dilatoires tendent à différer le jugement de la demande contre laquelle elles sont proposées.» Met deze definities kunnen wij ons zeer goed vereenigen. Men houde daarbij evenwel in 't oog, dat wij onder exceptie verstaan: een *zelfstandig* regt van den gedaagde. Zoo geeft b. v. eene voorwaarde gesteld bij 't aangaan eener verbindtenis geene aanleiding tot eene dilatoire exceptie, maar tot eene ontkenning van 't regt des eischers, omdat dit steunt op die verbindtenis. Is daarentegen de voorwaarde bij eene latere overeenkomst afzonderlijk gesteld, dan heeft de gedaagde eene dilatoire exceptie, want de aanspraak des eischers volgens streng regt kan hij niet ontkennen; hij zal die veeleer toegeven, maar hij grondt zich op eene latere overeenkomst, die dat regt des eischers krachteloos maakt. Deze onderscheiding wordt door ons Ontwerp van 1820 niet gemaakt, daar het in art. 3284 de volgende definitie geeft: »Dilatoire exceptiën zijn de zoodanige, waardoor beweerd wordt dat het geëischte

¹⁾ t. a. p. pg. 78, 155.

²⁾ t. a. p. pg. 194.

voor als nog niet kan worden toegewezen, hetzij omdat de tijd of de voorwaarde, waaraan de schuld verbonden is, nog niet vervuld is, hetzij omdat vooraf eenige andere procedures moeten worden begonnen of ten einde gebragt." Gelukkig, dat onze wet die leerstellige voorschriften niet heeft overgenomen en in navolging van den Code de Procédure alleen bepaald heeft, wanneer de dilatoire exceptie moet worden voorgesteld. Wij zijn nu volkomen vrij in onze ontwikkeling, en maken daarvan gebruik om, met verwerping van de heerschende leer in de praktijk, de Romeinsche grondbeginselen toe te passen.

De dilatoire exceptie dan heeft uitsluitend ten doel, om den verweerder eenig uitstel te verleen, en het onderzoek naar den ingestelden eisch tot een ander tijd te verschuiven, hetzij omdat de eischer niet volgens eene afzonderlijk geslotene overeenkomst vordert, hetzij omdat hij de termijnen of vormen, door de wet voor de procedure bepaald, niet in acht heeft genomen, hetzij omdat de gedaagde zelf gebruikt maakt van voorregten hem door de wet toegekend. B. v. de nietigheid van dagvaarding (Art. 93 R.); het regt van beraad (Art. 159 al. 2 R.); de uitwinning (Art. 1868 B. W.); en de schuldsplitsing (Art. 1874 B. W.) geven grond tot dilatoire exceptiën.

De derde soort eindelijk bevat de peremptoire exceptiën, waarover wij jure Justiniano boven uitvoerig gehandeld hebben. In ons oud regt behoorden zij tot het antwoord en vormden met den eisch de litiscontestatie. MERULA ¹⁾ noemt ze »Beveeringen, Redenen ende Bescheyd van den Verweerder, om te toonen de quade saake van den Eysscher ende by Peremptoire Middelen dooden ende te niet doen 't Gesustineerde van den selven." Hij verdeelt ze in *peremptoriae*

¹⁾ t. a. p. IV 40 cap. 13, 14.

facti, »die dadelik Perimeren ende te niet doen d'Intentie ende 't voornemen van den Eysscher:” en in *peremptoriae juris* »door welke gedoodet ende te niet gedaan werd de Actie desgeenes, dien wel van regts wegen Actie competeerd, dog niet zoodanige omme uyt kragte van dien yet te mogen eysschen.” Deze verdeeling komt overeen met die der Glossatoren. Wij zien er nevens elkander de *exceptiones solutionis*, *acceptilationis* en de *exceptiones rei judicatae*, *praescriptionis*. Deze afwijking van de zuivere leer heeft, gelijk wij reeds zeiden, tot in het Ontwerp van 1820 ¹⁾ haren invloed doen gelden, en, ware 't niet, dat onze wetgever zich van elke stelselmatige ontwikkeling onthouden had, wij zouden in ons tegenwoordig Wetboek nog die dwaalleer verkondigd zien.

In onze oude praktijk is voor die exceptiën, welke niet bij name worden voorgesteld, *de conclusie tot absolutie van de instantie* ingevoerd, welke gelijk staat met onze conclusie tot niet-ontvankelijkverklaring van den eisch. Maar meestentijds, zegt VAN DER LINDEN ²⁾, worden die exceptieve defensiën niet bij wege van exceptie voorgesteld, maar door te concluderen: »ter fine van niet ontfankelijk, en bij ordine, dat aan den Impetrant deszelfs Eisch en Conclusie ontzegt zal worden.”

De Fransche schrijvers onderscheiden de peremptoire exceptiën in *péremptoires du fond*, die de geheele vordering, en in *péremptoires de forme* ³⁾, die den ingestelden eisch doen ver-

¹⁾ Het ontwerp van 1820 verdeelde ze in drie klassen: 1^o. die de zaak in geschil, 2^o. die de qualiteit der personen, en 3^o. die den aard der ingestelde actie betreffen; en verstond onder de eerste klasse zoodanige exceptiën „waardoor beweerd wordt dat de ingeroepene oorzaak der regtsvordering is te niet gegaan” (art. 3287).

²⁾ t. a. p. I pg. 164.

³⁾ BERBIAT DE ST. PRIX, „*Cours de procédure*”, I 219; PIGEAU I 194 noemt ze: *péremptoires relatives à l'exercice de l'action*; CARRÉ II 78 *péremptoires de l'instance*.

vallen. BONGENNE ¹⁾ begrijpt het nit niet dezer verandering van naam, daar, hetgeen BERRIAT DE ST. PRIX *péremptoires de forme* noemt niets anders is dan de door den Code genoemde exceptie van nietigheid van dagvaarding of andere acte van procedure, terwijl de *péremptoires du fond* overeenkomen met de *défenses* of *fin de non-recevoir*; men zou dan ook de exceptie van onbevoegdheid tot de categorie der peremtoire excepties moeten brengen, daar de instantie evenzeer hierdoor vervalt als door de nietigheid der dagvaarding. Volgens den Code, zegt hij, bestaat er geene afzonderlijke klasse van peremtoire exceptiën meer; zij zijn met de *défenses* zamengevloeid en onderscheiden zich van deze in geen enkel opzigt. Hoe waar dit ook moge zijn voor 't Fransche regt, ons Wetboek laat die zamensmelting niet toe, daar het in art. 160 R. een bepaald tijdstip aanwijst, waarop zij moeten worden voorgesteld, in tegenstelling der andere verdedigingsmiddelen, die in elken stand van 't geding kunnen worden aangebragt ²⁾.

De afwijzing, ten gevolge eener dilatoire of peremtoire exceptie, wordt in onze praktijk eene *niet-ontvankelijkverklaring van den eisch*, en, ten gevolge eener andere verdediging, *ontzegging van den eisch* genoemd. Later, wanneer wij over de werking der exceptiën spreken, zullen wij hierop nog terugkomen.

¹⁾ t. a. p. II pg. 92.

²⁾ Vgl. V. D. HONERT, „*Handboek voor de Burgerl. Regtsc.*”, § 160.

HOOFDSTUK III.

De Exceptie beschouwd in betrekking tot het Proces.

§ 1.

Wanneer en in welke orde moeten de Exceptiën voorgesteld worden?

Goedkoop en spoedig regt zijn twee onmisbare vereischten voor eene goede procedure. De partijen hebben er belang bij, haar geschil zoo spoedig en zoo goedkoop mogelijk beslecht te zien. Om dit doel te bereiken, heeft de wetgever bepaalde tijdstippen en termijnen vastgesteld, binnen welke zij van hare middelen gebruik moeten maken, op straffe van deze te verliezen. Hieraan is o. a. deze geheele derde afdeeling, welke het onderwerp van onze beschouwing uitmaakt, hoofdzakelijk gewijd. Niet zelden gebeurde 't toch, dat exceptiën voorgesteld werden, alleen om de eindbeslissing der zaak uit te stellen ¹⁾. Ja zelfs nu nog beroept men zich dikwijls op exceptiën, welke hoegenaamd geen grond hebben, uitsluitend met het oogmerk om tijd te winnen. Dergelijke handelingen, op zich zelve natuurlijk afkeuringswaardig, kan de wetgever niet volkomen beletten; maar toch eenigzins voorkomen door het aanwijzen van een bepaalden tijd, waarop die incidentele eischen moeten worden ter sprake gebracht. 't Is derhalve van belang, naauwkeurig te weten, in welken stand van 't geding en in welke orde de verschillende exceptiën moeten voorgesteld worden ²⁾.

¹⁾ Vgl. de definitie door MERULA van de dilatoire exc. gegeven, boven pg. 132 aangehaald.

²⁾ Men vergelijke bij dit geheele tweede Gedeelte, LÉON, „De

Aangaande de declinatoire exceptiën bepaalt art. 156 B. R., dat de exceptie van onbevoegdheid uithoofde van het onderwerp des geschils *in elken stand van 't geding* zal mogen worden voorgesteld. 't Is namelijk eene zaak van publieke orde, dat de regterlijke magt hare bevoegdheid niet overschrijdt, en daaraan kan volgens art. 14 A. B. door geene handeling of overeenkomst gederogerd worden. Daarentegen moet de exceptie van onbevoegdheid uithoofde van den persoon des verweerders (art. 155), evenals die van art. 157, worden opgeworpen, *alvorens eenige andere weren van regten of eenige andere verdediging voor te dragen*, omdat de verweerder anders de bevoegdheid van den regter zoude hebben erkend en tegen deze zijne eigene daad naderhand niet moet kunnen opkomen ¹⁾. Deze bij de Memorie van Toelichting vermelde reden pleit ook tegen het gevoelen van OUDEMAN ²⁾, bewerende, dat 't den gedaagde vrijstaat, om met de exceptie van onbevoegdheid tevens de gronden ten principale subordinaat voor te dragen, zonder dat hierdoor de exceptie gedekt wordt. Die afzonderlijke voordragt en behandeling is bovendien een geschikt middel, om den verweerder van 't gebruik van ongegronde exceptiën te weêrhouden, daar hij, afgewezen zijnde, alleen de kosten van dat incident moet dragen.

Ten laatste schrijft art. 158 voor de exceptiën van litispendentie en connexiteit voor, dat het beroep daarop moet geschieden, *alvorens eenige andere weren van regten of eenige andere verdediging voor te dragen, met uitzondering alleen van de exceptie vermeld in art. 155*.

De dilatoire exceptiën moeten volgens art. 159 worden voorgesteld: gezamenlijk, vóór de exceptiën, waarvan in

regtspraak van den Hoogen Raad", „*Welboek van Burg. Regtsv.*”
1 pg. 892 v.

¹⁾ V. D. HONERT § 155.

²⁾ L. a. p. pg. 206 noot 3.

art. 160 wordt gehandeld en vóór alle antwoorden ten principale. Op dezen regel wordt uitzondering gemaakt voor de exceptie van beraad, welke afzonderlijk en vóór de andere dilatoire exceptiën kan worden aangebragt (Art. 159 al. 2); en voor de exceptie van nietigheid van dagvaarding, welke *moet* worden ingeroepen vóór alle weren en exceptiën, behalve die van onbevoegdheid des regters (Art. 93 R.).

Alle overige exceptiën, zegt art. 160, moeten met het antwoord te gelijk worden voorgesteld ¹⁾, op straffe van verwijzing in de kosten, door het niet nakomen van dit voorschrift veroorzaakt. In het eerste ontwerp las men in plaats van alle *overige*, alle *peremtoire* exceptiën. Dat men door deze verandering van redactie iets gewonnen heeft, zie ik niet in. 't Blijkt slechts, dat men van 't wezen eener exceptie zich geen goed denkbeeld kon vormen. Want men maakte die verandering, »omdat er onder de aldaar bedoelde exceptiën welligt eenige kunnen zijn, waaromtrent het betwistbaar mogt kunnen zijn of zij wel tot de eigenlijke peremtoire behooren» ²⁾. Over welke ware exceptie kan dan die twist bestaan? Mij dunkt, 't kan nooit twijfelachtig zijn, welke peremtoir is, en welke niet. Zoodra er twee regten tegenover elkander staan, waarvan het eene regt het andere voor altoos krachteloos maakt, maar niet vernietigt, is dat verdedigingsmiddel van den gedaagde eene peremtoire exceptie. B. v. A beweert, dat B hem 100 gulden schuldig is, maar B *ontkent* het, omdat hij reeds betaald heeft. Wanneer daarentegen beiden zijn overeengekomen, dat A die schuld niet zal vorderen, is 't duidelijk, dat de schuld zelve desniettemin bestaat, en dat derhalve de gedaagde haar niet *ontkennen* kan, veeleer dezelve moet toegeven; maar hij zal toch vrijspraak vorderen op grond zijner peremtoire exceptie

¹⁾ In onze oude praktijk gold dezelfde leer. Zie v. d. LINDEN 1161.

²⁾ Mem. van Toel. bij v. d. HONERT § 160.

pacti de non petendo. A, door geweld tot 't aangaan eener verbindtenis gebragt, wordt door B op grond hiervan aangesproken; A zal nu 't bestaan dier verbindtenis niet kunnen *ontkennen*, maar wel niet-ontvankelijkverklaring van den eischer vorderen op grond van gepleegd geweld. Deze voorbeelden zijn voldoende, om te doen zien, dat bij eene peremtoire exceptie de door den eischer geposeerde feiten *niet* behoeven ontkend te worden, hetgeen *noodzakelijk* moet plaats hebben bij verdedigingen ten principale.

Van dezen in art. 160 al. 1 gestelden regel, worden in al. 2 uitgezonderd :

1°. De exceptie van gewijsde zaak, hetzij door een regterlijk vonnis, hetzij door eene uitspraak van scheidsmannen.

2°. De exceptie van dading.

3°. De exceptie dat de aanlegger de hoedanigheid niet bezit, welke hij zich toeschrijft, of dat de verweerder de hoedanigheid niet bezit, in welke hij is gedagvaard.

»Deze exceptiën alléén, kunnen vóór het antwoord ten principale worden voorgesteld» (al. 3). Geene peremtoire exceptie, buiten de hier opgenoemde, kan dus afzonderlijk voorgesteld of behandeld worden, want »indien de verweerder van de bevoegdheid (om de drie genoemde exceptiën vóór het antwoord ten principale voor te stellen) geen gebruik maakt, maar deze exceptiën met zijne verdediging ten principale vereenigt, moet hij alle dezelve *gezamenlijk* voorstellen» (al. 4). Deze opvatting wordt nog nader bevestigd door de Memorie van Toelichting, waarin de regering zegt: »dat men de bevoegdheid om bij exceptiën van dezen aard te persisteren, zonder van antwoord ten principale te moeten dienen, niet gemeend heeft te moeten uitstrekken, om niet aan allerlei captieuse verdedigingen en vermenigvuldiging van processen, eene wijde deur open te zetten» ¹⁾.

¹⁾ v. d. HONERT § 160.

Maar hoe nu, indien evenwel eene dier niet genoemde exceptiën vóór het antwoord ten principale afzonderlijk wordt voorgesteld ¹⁾?

Sommigen meenen, dat dan de regter op de exceptie toch dadelijk kan beslissen en bij het gegrond bevinden daarvan, den geëxcipteerde in de kosten moet veroordeelen, in weérwil van de bepaling van Art. 160, dat de veroordeeling in de kosten als straf bedreigt voor 't niet ten principale voorstellen van alle *overige* exceptiën. Anderen beweren, dat de regter de exceptie moet aanhouden, voegen bij de hoofdzaak, bevelen dat er ten principale zal worden voortgeprocedeerd, en den excipient in alle gevallen veroordeelen in de kosten ²⁾, door het afzonderlijk voorstellen der exceptie veroorzaakt. Dit laatste gevoelen, door Mr. VAN DER LINDEN voorgestaan, nemen ook wij aan. De letter van art. 160 en de boven aangehaalde verklaring der regering sluiten m. i. de andere meening volkomen uit. Art. 160 stelt als regel, dat *alle* peremptoire exceptiën met het antwoord te gelijk moeten worden voorgesteld, *op straffe* van verwijzing in de kosten door 't niet nakomen van dit voorschrift veroorzaakt. Zonder twijfel wordt hier van andere kosten gesproken dan in art. 56 R, dat de kosten doet dragen door hem, die bij vonnis in 't ongelijk is gesteld; want anders werd in die laatste bepaling slechts herhaald, hetgeen art. 56 R. algemeen uitspreekt. 't Is eene straf, altijd aan den *excipient* opgelegd. Van dezen regel worden drie exceptiën met name uitgezonderd, welke *alléén* vóór 't antwoord ten principale kunnen worden voorgesteld, zoo als al. 3 ten overvloede er

¹⁾ Zie THEMIS 1ste Verz. IV. 217—235: „Iets over het afzonderlijk en vóór het antwoord ten principale voorstellen van exceptiën, in art. 160 W. v. B. R. niet met name genoemd”, door Mr. G. M. v. D. LINDEN, Advokaat te 's Gravenhage.

²⁾ Deze kosten worden gemaakt door 't antwoord der partij op de exceptie; door 't vonnis van voeging enz.

nog bijvoegt. Maar heeft de verweerder de drie exceptiën niet afzonderlijk voorgesteld, doch met zijn antwoord vereenigd, dan moet hij alle dezelve *gezamenlijk* voorstellen. Afzonderlijk kan hij in dat geval er zich niet meer op beroepen, tenzij hij de kosten wil betalen, die noodzakelijk door zijn verzuim gemaakt moeten worden. Derhalve, buiten de bevoegdheid aan den gedaagde in al. 2 en 3 gegeven, kan van eene afzonderlijke voorstelling der peremtoire exceptie geen sprake meer zijn, zonder dat daarmede de in al. 4 gestelde straf onafscheidelijk verbonden is.

Eene oneerlijke exceptie-makerij, zoo als DE PINTO ¹⁾ het terecht noemt, die door exceptie op exceptie te stapelen, het oordeel over de hoofdzaak ten eeuwigen dage zou trachten te voorkomen, wordt door dit art. onmogelijk gemaakt ²⁾.

Of de wetgever evenwel niet meer dan de drie genoemde exceptiën had moeten uitzonderen, is eene andere vraag. Want welke reden kan er bestaan, om niet op de exceptie van verjaring hetzelfde toe te passen? Zij kwam voor in 't Ontwerp van 1820 (Art. 3292); maar de wetgever schijnt haar over 't hoofd gezien of opzettelijk weggelaten te hebben.

Wat hiervan ook zij, nu valt de exceptie van verjaring onder den regel en niet onder de uitzonderingen ³⁾.

¹⁾ t. a. p. pg. 294.

²⁾ Zie in onzen zin OUDEMAN pg. 214 en de aldaar in noot 1 opgegevene vonnissen en arresten.

Anders VERNEDE, „*Handleiding tot de Nederl. Wetgeving*”, 4e afl. op art. 160 noot 2; arrest van den H. Raad van 21 Jan. 1842; Weekblad 257.

³⁾ DE MARTINI, „*De Nederl. Wetgen.*”, ad h. Art. 2—4 voegt bij de uitzonderingen nog de volgende exceptiën: a) die wegens nietigheid van het exploit van dagvaarding; b) die van onbevoegdheid des Regters; c) die wegens verjaring; d) die wegens ontkentenis van geregtelijke verrigtingen (Art. 263 v.). Hij vergeet dat art. 160 spreekt van alle overige d. i. alle *nog niet genoemde* exceptiën; de eerste toch is eene

Wanneer de gedaagde meerdere excepties ter zijner beschikking heeft, moet hij deze in eene zekere volgorde voorstellen, welke door de wet is aangewezen, om de processen in zoo kort mogelijken tijd ten einde te brengen. In den regel moet hij alle tegelijk met 't antwoord ten principale opwerpen, maar hierop bestaan de volgende uitzonderingen.

De eerste exceptie is altijd die van onbevoegdheid *ratione personae* ¹⁾, of *ratione materiae* ingeval van art. 157, daar beide volgens art. 155 moeten voorgesteld worden, alvorens eenige andere weren van regten of eenige andere verdediging voor te dragen.

Voor de volgende exceptie worden door verschillende schrijvers drie verschillende excepties aangegeven: sommigen nemen aan die van litispentie en connexiteit (Art. 158); anderen die van nietigheid van dagvaarding (Art. 93); weer anderen die van niet-ontvankelijkheid in appel (Art. 338) ²⁾. Van elke exceptie wordt namelijk gezegd, dat zij moet worden ingeroepen vóór alle andere weren van regten, terwijl die van onbevoegdheid *ratione personae* alleen wordt uitgezonderd, uitdrukkelijk in de art. 93 en 158, en, volgens de Memorie van Toelichting, ook in art. 338. Alle drie vinden dus hare plaats tusschen de exceptie van art. 155 en de dilatoire exceptiën. Maar de orde, waarin zij onderling elkander opvolgen, wordt niet juist aangegeven, zoodat het tot onze taak behoort, die hier te bepalen. Zien wij dan eerst, welke orde men moet volgen bij de exceptiën van art. 93 en art. 158.

Zij, die beweren, dat die van art. 158 moet voorgaan,

dilatoire, de tweede eene declinatoire, en de vierde in 't geheel geene exceptie, maar slechts eene bloote verdediging, eene ontkenning; en de derde behoort er om bovengenoemde reden evenmin toe.

¹⁾ De onbevoegdheid *ratione materiae* kan in elken stand van 't geding worden aangebragt.

²⁾ V. D. HONERT § 338.

voeren voornamelijk aan, dat men, door aan den regter de beslissing omtrent de al of niet regelmatigheid van 't exploit te vragen, uit den aard der zaak zijne bevoegdheid erkent, en steunen zich vervolgens nog op de woorden der wet, omdat art. 93 uitzondert: *die* van onbevoegdheid des regters, d. i. alle exceptiën van onbevoegdheid, waaronder dan tevens die van art. 158 moeten vallen, evenals art. 173 C. d. Pr., waaruit het is overgenomen, sprekende van *les exceptions d'incompétence*, ook die van litispentie en connexiteit omvat ¹⁾. Intusschen schijnt het bij naauwkeuriger onderzoek te blijken, dat juist het omgekeerde moet plaats hebben. Want om voor den regter te kunnen verschijnen is een eerste vereischte, dat men gedagvaard is; en aan het exploit moet niets ontbreken, althans niet hetgeen op straffe van nietigheid is voorgeschreven, want dan is het voor den gedaagde niet verbindend. Verschijnt hij niet, de regter kan geen verstek tegen hem verleenen, en moet, de nietigheid uitsprekende, den eischer in de kosten veroordeelen (Art. 92 R.), terwijl het onderwerp zelf der procedure on-aangeroerd wordt gelaten. Maar er is nog een ander middel voor hem, om datzelfde doel te bereiken, hierin bestaande, dat hij verschijnt en zelf de nietigheid van 't exploit inroept, hetgeen hij evenwel terstond moet doen, vóór zich op andere wijze te verdedigen; alleen is hem geoorloofd eerst de exceptie van incompetentie op te werpen. Dit laatste is ook in 't belang van den eischer, die nu in zijne nieuwe dagvaarding tevens den competenten regter kan aanwijzen, terwijl hij anders voor de tweede maal zou moeten worden afgewezen. Ofschoon nu wel niet door de wet gevorderd wordt, dat eene *bevoegde* regtbank in de dagvaarding is aangewezen, komt het eindresultaat toch altijd hierop neêr,

¹⁾ Dit gevoelen wordt verdedigd door OUDEMAN pg. 210 en door SCHÜLLER „*Wetboek van Burg. Regtsv.*” op art. 93 en 158.

dat de eischer bij onbevoegdverklaring van den regter eene nieuwe dagvaarding moet uitbrengen.

Deze zelfde grond bestaat niet voor de exceptiën van art. 158 R.; want hier verwijst de regter partijen naar de bevoegde regtbank of de benoemde scheidsmannen; eene nieuwe dagvaarding komt niet meer te pas. Wanneer nu eerst werd uitgemaakt, dat er litispendingie of connexiteit bestaat, daarop de verwijzing plaats had en vervolgens de nietigheid der dagvaarding werd uitgesproken, zou men, althans bij verknochtheid, of in 't geval verkeerren, dat deze tweede zaak zonder dagvaarding was aanhangig gemaakt en dus in lijnregten strijd komen met art. 1 B. R., hetwelk vordert, dat elke regtsingang met eene dagvaarding aanvaagt, of moeten aannemen, dat na eene tweede dagvaarding de regter andermaal de connexiteit dient uit te spreken. Het een zoowel als het andere is onaannemelijk.

OUDEMAN beroept zich, gelijk wij boven zeiden, tot staving zijner bewering, op het fransche artikel 173, dat spreekt van »*les exceptions d'incompétence*." Wij geven toe, dat hieronder ook de exceptiën van litispendingie en connexiteit vallen, omdat de Code alle declinatoire exceptiën onder den algemeenen naam van *renvois* begrijpt, en men 't er dus voor houden mag, dat de wetgever in art. 173 daarop doelt, te meer omdat de woorden »*exception d'incompétence*" in de artikelen 168—172 in 't geheel niet voorkomen ¹⁾. Maar deze ratio decidendi is niet op ons artikel 93 toepasselijk. Wij hebben niet zoo'n algemeene uitspraak als de Code de Procédure in art. 169; onze wet behandelt elke exceptie afzonderlijk; zij spreekt eerst in de art. 154—157 van de exceptie van *onbevoegdheid* en vervolgens in art. 158 van de *verwijzing* (*renvoi*) ter zake van litispendingie of verknochtheid. In art. 93 nu lezen wij, dat de nietigheid van 't

¹⁾ Zie DE PINTO pg. 298; CARRÉ op art. 173.

exploit moet worden ingeroepen vóór alle exceptiën, terwijl alleen die van *onbevoegdheid* des regters wordt uitgezonderd, d. i. die exceptie, welke in art. 155 genoemd wordt. Elke andere exceptie moet volgen, want aan geene andere wordt door de wet die naam gegeven. Wil men daarentegen die van art. 158 er ook onder brengen, men zou met evenveel regt b. v. de exceptie van gewijsde zaak er toe kunnen rekenen, want de regter is *onbevoegd* op nieuw van een geschil kennis te nemen, waarin reeds eene beslissing gevallen is. Tot geen van beiden geeft de wet aanleiding en daarom houd ik die volgorde voor de eenig ware, waarbij achter-eenvolgens worden voorgesteld: 1°. de exceptie van relatieve onbevoegdheid; 2°. de exceptie van nietigheid van dagvaarding; 3°. de exceptiën van litispendinge en connexiteit ¹⁾.

Wat de exceptie van art. 338 aangaat, deze moet m. i. tegelijk met die van art. 158 voorgesteld worden. Vóór die van nietigheid van 't exploit kan zij geene plaats vinden, daar gene *vóór alle exceptiën* moet voorgedragen worden, en deze slechts *vóór alle andere weren van regten*. En deze laatste woorden gebruikt de wetgever eveneens in art. 158, zoodat tusschen deze beide geen verschil van tijd kan bestaan. DE PINTO ²⁾ wil, dat zij aan *alle* exceptiën voorafga, dat zij de eerste is, welke men moet voorstellen, op grond dat hier gemist wordt de uitzondering betreffende de onbevoegdheid *ratione personae*, welke voorkomt in de art. 93 en 158. Te regt voert hij als beginsel der wet aan, dat de declinatoire exceptiën in 't algemeen moeten voorafgaan aan alle andere weren en exceptiën »vermits het voor alles, en voordat men zich met de zaak zelve inlaat,

¹⁾ Ons gevoelen wordt verdedigd door DE PINTO pg. 298, door PENNING, „Anteekeningen op verschillende artikelen van het Wb. v. B. Regtsv.” pg. 69, en in „Regtsgeleerde Adviezen” III pg. 124 v.

²⁾ t. a. p. pg. 298 v.

zeker moet zijn, wie de bevoegde regter is, om daarover te oordeelen." Hieruit volgt, dunkt mij, zeer logisch, dat derhalve de exceptie van niet-ontvankelijkheid in hooger beroep, zoo daaromtrent geene bepaling was gemaakt, evenals elke andere peremtoire exceptie aan den regel van art. 160 onderworpen zou zijn. Maar tot deze conclusie komt DE PINTO niet; hij beweert integendeel, dat deze exceptie tot de declinatoire behoort, zoowel volgens de bedoeling der wet, als naar aanleiding van art. 3279 van 't Ontwerp van 1820. Dit is onjuist; niet de *bevoegdheid* van den aangewezen regter wordt bestreden, maar het geheele *regt tot appel* wordt ontkend. Het beroep op 't Ontwerp van 1820 heeft hoegenaamd geene kracht, daar 't nergens blijkt, dat de wetgever de daarin voorkomende, in ons oog onjuiste beschouwingen der exceptie heeft overgenomen. Dat ontwerp heeft hier alleen eene historische waarde, zoodat wij 't slechts gebruiken mogen bij 't opstellen eener geschiedenis der wetgeving. De exceptie van art. 338 is dus peremtoir, maar onttrokken aan den in art. 160 al. 1 gestelden regel, welke wel in art. 353 toepasselijk is verklaard op de procedure in hooger beroep, doch natuurlijk onder de stilzwijgende voorwaarde, voor zover verre daarvan niet uitdrukkelijk is afgeweken. Dit juist heeft de wetgever hier gedaan, bepalende, dat zij moet ingesteld worden vóór alle andere weren van regten, derhalve zeker vóór de dilatoire exceptie. Maar vóór die van art. 93 kan zij om bovengenoemde reden niet voorgesteld worden; en derhalve evenmin vóór die van art. 155, welke aan de exceptie van nietigheid reeds voorafgaat, zoodat voor haar geene andere plaats overblijft, dan die, welke ook voor de exceptiën van art. 158 is vastgesteld. Zelfs al werd in de Memorie van Toelichting geen gewag gemaakt van de uitzondering der exceptie van onbevoegdheid, zouden wij toch niet van gevoelen veranderen.

Overigens zijn wij 't met DE PINTO eens, dat de woorden der duidelijke wet, zoo zij niet met de meening der regering

zijn overeen te brengen, boven deze de voorkeur verdienen. Maar hier zijn beide met elkander in volkomen overeenstemming, zoodat geene gedwongene uitlegging van het artikel noodig is. De voorstelling der exceptiën moet derhalve in deze orde geschieden: 1°. de exceptie van relatieve onbevoegdheid, 2°. de exceptie van nietigheid van dagvaarding; 3°. de exceptiën van litispendinge en connexiteit, te gelijk met die van niet-ontvankelijkheid in appel.

Hierop volgt in de 4^e plaats de exceptie van beraad (art. 159 al. 2), welke aan de overige dilatoire exceptiën mag voorafgaan. Dit ligt in den aard der zaak, want de wet verleent aan erfgenamen, weduwen en vrouwen, hetzij uit den echt, hetzij van tafel en bed, of goederen gescheiden, een' zeke- ren termijn, opdat zij ongestoord zich beraden kunnen, of zij de nalatenschap aanvaarden of van de gemeenschap afstand doen willen.

Waren zij nu gedwongen tevens andere dilatoire exceptiën voor te dragen, zoo zouden zij handelen in eene qualiteit, welke zij nog niet hebben aangenomen. v. d. HONERT ¹⁾ wil daarom deze exceptie zelf aan die van nietigheid laten voorafgaan, hetgeen echter moeilijk overeen te brengen is met het voorschrift van art. 93.

Daarop komen alle andere dilatoire exceptiën *gezamenlijk*; vervolgens de in art. 160 al. 2 drie uitgezonderde peremtoire exceptiën en eindelijk de overige peremtoire exceptiën te gelijk met het antwoord.

Deze volgorde moet de verweerder naauwgezet in 't oog houden, want door 't voorstellen eener peremtoire exceptie b. v. wordt hij geacht van alle voorgaande exceptiën te hebben afstand gedaan, zoodat hij zich daarop later niet

¹⁾ v. d. HONERT, „Formulierboek” pg. 163 noot 10; OUDEMAN pg. 211; vgl. WOŁOWSKI, „Revue de Législation et de Jurisprudence” 1851, II 191—211.

meer kan beroepen; door 't voorstellen der exceptie van litispendentie dekt hij die van nietigheid enz.

Ten slotte nog eene opmerking over den inhoud van art. 160. Dit artikel, hetwelk in den Code de Procédure niet voorkwam, heeft onze wetgever gedeeltelijk overgenomen uit het Ontwerp van 1820 ¹⁾. Met het voorschrift daarvan nu kunnen wij ons in 't geheel niet vereenigen. Welk wezenlijk praktisch verschil toch bestaat er tusschen eene peremtoire exceptie en eene verdediging ten principale? Noch wat het bewijs, noch wat het resultaat aangaat, is er eenig onderscheid tusschen beide. Er is alleen een materieel verschil voorhanden, in zooverre bij eene exceptie het bestaan van 't regt des eischers op zich zelf niet behoeft ontkend te worden, terwijl men 't bij eene verdediging ten principale wel ontkent. Maar is dat voldoende, om 't voorstellen eener peremtoire exceptie aan een' zekeren termijn te binden? Mijns inziens, niet. Bij de beraadslagingen over dit artikel zagen sommige leden in die bepaling van al. 2 „eene zeer wijze en nuttige beschikking, strekkende om eene partij, welke eene niet-ontvankelijke vordering heeft ingesteld, niet met buitengewone kosten te bezwaren” ²⁾. Maar waarom is de wetgever in dit geval den eischer zoo gunstig? Belooft deze dan niet evenzeer buitengewone (?) kosten bij eene verdediging ten principale? Welk verschil kan 't maken, of de gedaagde beweert door betaling, of door een vonnis bevrijd te zijn? Moet niet veeleer in beide gevallen de eischer geacht worden kennis te dragen van de vernietiging zijner vordering? Wanneer men vermindering van processen als doel dezer bepaling aanvoert, beweer ik dat iemand veeleer geheel en al zal teruggehouden worden eene ongegronde aanspraak te doen

¹⁾ Zie aldaar art. 3292.

²⁾ v. D. HONERT § 160.

gelden, wanneer hij de kans loopt meerdere kosten te moeten dragen, dan wanneer, zooals nu, de zaak spoedig en dus met minder kosten wordt afgedaan. Kortom, wij zien 't nut der bepaling van art. 160 niet in en zouden 't wenschelijk achten, dat zij, evenmin als in den Code de Procédure, in een toekomstend Wetboek werd opgenomen.

§ 2.

Op welke wijze moeten de Exceptiën voorgesteld en behandeld worden?

Met betrekking tot de wijze van voorstelling en behandeling moeten de exceptiën in twee soorten verdeeld worden, waarvan de eene soort diegene bevat, welke *te gelijk* met het antwoord ten principale worden voorgesteld, en de andere diegene, welke *niet* met de verdediging ten principale worden vereenigd. Die der eerste soort volgen geheel den loop der hoofdzaak en worden op dezelfde wijze en gelijk met deze onderzocht en beoordeeld. Wanneer daarentegen de exceptiën vóór het antwoord moeten of mogen worden voorgesteld, zullen zij summierlijk behandeld, op zich zelve uitgewezen en niet aangehouden of gevoegd mogen worden bij de hoofdzaak (Art. 161 R.)

Deze exceptiën moeten volgens de art. 93 en 155—159 R. voorgesteld worden: *vóór alle andere weren en exceptiën* ¹⁾, of wel: *alcorens eenige andere weren van regten of eenige andere verdediging voor te dragen* ²⁾, of eindelijk: *vóór alle antwoorden ten principale* ³⁾. Wat heeft de wetgever hiermede willen zeggen? Is het zijne bedoeling, dat de verweerder bij *afzonderlijke* conclusie de exceptie moet voordragen, zon-

¹⁾ Art. 93.

²⁾ Art. 155, 158.

³⁾ Art. 159, 161.

der dat hij tevens subordinatelijk, voor 't geval van de verwerping der exceptie, andere verdedigingsmiddelen mag aanvoeren, of dat de excipient in *dezelfde* conclusie ook ten principale mag antwoorden, zoo hij slechts met het voorstellen zijner exceptie aanvangt? B. v. wanneer in eene conclusie tot onbevoegd-verklaring tevens subordinaat op de hoofdzaak geconcludeerd wordt, is dan daardoor de exceptie gedekt? De gevoelens hierover zijn nog zeer verdeeld, zoodat wij de van beide zijden aangevoerde gronden zullen moeten nagaan.

OUDEMAN ¹⁾ beweert, dat «ofschoon eene gelijktijdige voordragt der verdediging op de hoofdzaak doelloos mag zijn, omdat daarop niet tevens kan worden regt gedaan, en zelfs eenigszins in strijd met den aard der zaak, toch die subordinate voordragt nergens verboden is,» en »dat art. 155 hierdoor niet overtreden wordt, mits de exceptie eerst en vóór de middelen ten principale worde voorgedragen» ²⁾.

VAN HALL ³⁾ gaat nog verder; hij beweert, dat art. 161 wel verbiedt het *aanhouden* en *bij de hoofdzaak voegen* der voorgestelde exceptie en de *zelfstandige beslissing* van dit regtsmiddel beveelt; maar dat dit niet belet, dat de regter *bij één en hetzelfde vonnis* eerst op zich zelve de exceptie uitwijze en dan, vermits deze verworpen is, en de hoofdzaak bereids in staat van wijzen gebragt is, ook daarop uitspraak kan doen.

Ik geloof, dat beide deze uitleggingen in strijd zijn met de wet. Vooreerst reeds het gewone spraakgebruik verzet er zich tegen. In art. 160 al. 1 wordt bevolen de perem-

¹⁾ „Opmerkingen en Mededeelingen” door OUDEMAN en DIEPHUIS, VII pg. 38.

²⁾ Aldus arrondiss.-regtb. Utrecht 21 Julij 1848 (*R. Bijblad* X 501); arrond.-regtb. te Groningen 30 Oct. 1856 (*Weekblad* 1870). Anders de kantonregter te Voorburg 11 Aug. 1847 (*R. Bijblad* X 416).

³⁾ „*R. Bijblad*” 1851 pg. 399.

toire exceptiën *te gelijk* met het antwoord voor te stellen. Dit kan men onmogelijk anders dan in dezelfde conclusie doen. Maar in al. 3 wordt de bevoegdheid gegeven drie exceptiën *vóór* het antwoord ten principale voor te stellen. Er moet derhalve een onderscheid aanwezig zijn tusschen deze beide wijzen van voorstellen. Wanneer men nu aanneemt, dat in 't laatste geval dezelfde conclusie kan dienen, mits men slechts met 't voordragen der exceptie aanvangt, zie ik hoegenaamd geen onderscheid, want 't is evenmin verboden ook in 't eerste geval de exceptie te doen voorafgaan. Maar onze tegenpartij voegt er bij, dat 't antwoord subordinatelijk moet volgen. Dit doet m. i. niets ter zake; beide verdedigingsmiddelen worden altijd te gelijk voorgedragen, of zooals al. 4 van art. 160 't nog duidelijker noemt, *vereenigd*. Wanneer dus van exceptiën gezegd wordt, dat zij moeten worden voorgesteld *vóór* het antwoord of *altorens* eenige andere weren voor te dragen, beteekent dit, dat zij met dat antwoord of andere weren niet *vereenigd* mogen worden. En hoe kan men ontkennen, dat er eene vereeniging plaats heeft, als men alles in ééne conclusie zamenvat? Bovendien deze exceptiën moeten volgens art. 161 *afzonderlijk* en *summierlijk* behandeld en op zich zelve uitgezeten worden, zonder dat zij aangehouden of bij de hoofdzaak gevoegd mogen worden. Waartoe dient dan die gelijktijdige voordragt? Men moet toch veronderstellen, dat de verweerder de zekerheid heeft, eene gegronde exceptie te hebben opgeworpen. OUDEMAN zelf noemt haar »doelloos” en »eenigszins in strijd met den aard der zaak.” En te regt, volgens VAN DER HOEVEN ¹⁾; maar is 't dan niet verkiesselijker om de woorden anders uit te leggen, dan om aan te nemen, dat de wetgever doellooze voorschriften gegeven heeft?

¹⁾ „R. Bijblad” 1851 pg. 394.

De geschiedenis der beraadslagingen bevestigt onze meening. De tweede afdeeling verlangde, bij de behandeling van art. 155, dat den verweerder de bevoegdheid werd gegeven, om tevens ten principale te antwoorden »met dien verstande nogtans, dat hij daardoor afziet van het *beroep der uitspraak* over de bevoegdheid, en dat de regter na een enkel pleidooi het geschil ten principale dadelijk kan beslissen.” Maar de regering antwoordde, dat de declinatoire exceptiën *afzonderlijk* voorgesteld en beslist moeten worden, terwijl de peremtoire exceptiën *tegelijk* met 't antwoord behooren voorgedragen te worden ¹⁾. De gelijktijdige, afschoon subsidiaire, voordragt die v. HALL wil, zou dus *afstand van 't beroep* ten gevolge moeten hebben, en ook hiervan is niets bepaald.

Het eenige artikel, dat met deze uitlegging schijnbaar strijdt, is art. 338, bepalende, dat de exceptie van niet-ontvankelijkheid in appel moet worden ingesteld vóór alle andere weren van regten, terwijl de verweerder »niet verplicht is zich, hangende dat geschil, in het geding over de zaak zelve in te laten.”

Hij is niet *verplicht*, zegt men, ergo wel *bevoegd* de exceptie met 't antwoord te vereenigen, en desniettemin wordt zij door den wetgever gerangschikt onder die, welke *vóór alle andere weren van regten* moeten worden ingesteld. Hieruit blijkt dus, meent men, dat de uitdrukking: *instellen vóór alle andere weren van regten*, den zin niet hebben kan, door ons daaraan toegekend. Ook v. D. HOEVEN ²⁾ ziet hier aan deze woorden eene andere beteekenis gehecht en erkent, dat de wetgever zichzelven in zijn spraakgebruik niet gelijk gebleven is.

Wij kunnen dat niet toegeven. Men besluit tot de bevoegdheid des verweerdens om de exceptie met het antwoord

¹⁾ v. D. HONERT § 155.

²⁾ Zie „R. Bijblad” 1851 pg. 397.

ten principale te vereenigen alleen op grond van een *argumentum a contrario*. Maar zulk een argument is altijd gevaarlijk en vooral hier. Immers de aanhef van art. 338 is op zich zelf duidelijk en in volkomen overeenstemming met art. 93 en 155—159, zoo zelfs dat er, zonder het *argumentum a contrario*, over de beteekenis dier artikelen wel geen verschil zou bestaan. Ik geloof daarom, dat wij hier het *argumentum a contrario* niet mogen gebruiken, en de slotwoorden van art. 338 alleen voor eene overbodige en onjuiste bijvoeging moeten houden. Mijns inziens beteekenen zij niets anders dan dit: De verweerder moet de exceptie van niet-ontvankelijkheid in appel vóór alles instellen, en hangende de quaestie daarover de zaak ten principale laten rusten. De woorden: »hij is niet verplicht» zijn ongelukkig gekozen, maar doen tegen de duidelijke letter van den aanhef van het artikel en van de overige bepalingen weinig of niets af ¹⁾.

Deze bij eene afzonderlijke conclusie voorgestelde exceptiën moeten *summierlijk* behandeld worden; d. i. in zaken van gewone behandeling bij eene eenvoudige akte, van procureur aan procureur te beteekenen (art. 247 R.); en in summiere zaken bij gemotiveerde conclusiën ter terechtzitting (art. 141 R.). Zoo min mogelijk moeten zij aanleiding geven tot vertraging der zaak ²⁾. Dit is evenwel in de praktijk niet altijd het geval, daar dikwerf uitstel verleend en repliek en dupliek toegelaten wordt, hetgeen in strijd is met de voorschriften van de artikelen 138 en 139 R.

Art. 161 R. is met geringe wijziging overgenomen uit den Code de Procédure (art. 172) ³⁾, waarin 't slechts

¹⁾ Ook de fransche regtsgeleerden zijn op dit punt verdeeld. Zie de schrijvers, aangehaald bij Oudemans „*Opm. en Meded.*” VI pg. 37.

²⁾ Vgl. Mem. van Toel. bij v. D. HONERT § 161.

³⁾ Zie hierover PIGEAU pg. 201 in de noot; CARRÉ op art. 172 BONCENNE II 76.

op de declinatoire exceptiën zag, terwijl 't bij ons als algemeene regel is vastgesteld.

Door de regering werd de tweede alinea van dit art. aldus toegelicht: »Heeft de verweerder van het vermogen om bij zoodanige exceptiën te persisteren, zonder tevens ten principale te antwoorden, gebruik gemaakt, dan moet de regter ook daarop op zich zelve regt doen en mag dezelve niet voegen bij de hoofdzaak of aanhouden tot de beslissing van laatstgemelde; dan zoude de regter buiten de conclusiën van partijen gaan, hetgeen in eene goede regtspleging niet behoort» ¹⁾. Hieruit maakt OUDEMAN ²⁾ de juiste gevolgtrekking, dat, indien de verweerder zijne beide verdedigingsmiddelen vereenigt, voor zooverre art. 160 dit toelaat, de exceptie *niet* op zich zelve behoeft te worden uitgewezen, zooals ook door het Hof van Noord-Brabant is aangenomen bij een arrest van 16 Junij 1840 ³⁾.

§ 3.

Het bewijs der Exceptie.

In ons eerste gedeelte ⁴⁾ wezen wij op dit hoofdbeginsel, dat de gedaagde ten opzichte zijner exceptie eischer is, dat hij *excipiendo actor* wordt. Van deze zelfde grondstelling moeten wij uitgaan, om de regels te verklaren ten opzichte van 't bewijs der exceptie in ons hedendaagsch regt. FABER ⁵⁾ ontkent, dat in ons regt de rol van excipient iets omtrent den bewijslast zou beslissen, omdat men zoowel excipieren kan door een van de door den eischer gestelde feiten te

¹⁾ V. D. HONERT § 161.

²⁾ OUDEMAN, „*Burg. Regtsv.*“ pg. 213.

³⁾ „*Weekblad van het Regt*“ n. 144.

⁴⁾ Zie boven pg. 85 v.

⁵⁾ t. a. p. pg. 46.

ontkennen, als door zelf nieuwe feiten aan te voeren. De *exceptio rei judicatae* b. v. is volgens hem geene ware exceptie meer in ons regt, omdat de met het vonnis strijdige daadzaken ontkend worden ¹⁾. Dit laatste geven wij gaarne toe, maar dan levert ook 't pactum de non petendo geene ware exceptie, omdat daardoor evenzeer de met het pactum strijdige daadzaken ontkend worden. Door de redenering van FABER komen wij tot een resultaat, dat geheel afwijkt van hetgeen wij in 't eerste hoofdstuk hebben vastgesteld. Hij zelf zegt, dat eene exceptieve verdediging daar is, wanneer de verweerder zich beroept op een eigen regt. Welnu, ontleent de gedaagde aan 't vonnis geen eigen regt? De eischer beroept zich op eene regtsbetrekking, en de verweerder ontkent niet het bestaan daarvan, maar zegt, dat hij reeds een vonnis heeft, en er derhalve niet meer over die zelfde zaak kan geprocedeerd worden. De een beroept zich dus op eene regtsbetrekking, de ander op een vonnis, waarvoor het regt des eischers moet wijken. Evenzoo steunt de *exceptio pacti* op eene afzonderlijk geslotene overeenkomst, die het regt, aan de verbindtenis ontleend, krachteloos maakt. Worden daarentegen de door den eischer gestelde feiten ontkend, dan is er sprake van verdediging ten principale, dan wordt geen zelfstandig regt te berde gebracht, door den verweerder te bewijzen, maar de eischer zal die ontkende feiten moeten bewijzen, en bij gebreke hiervan zijn proces verliezen.

De gedaagde nu, eischer zijnde ten opzichte zijner exceptie, moet de feiten bewijzen, waarop zijn regt steunt, omdat »*ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*» ²⁾. De gewone bewijsmiddelen zonder onderscheid staan hem daartoe ten dienste. Heeft hij nu voldoende gronden geleverd,

¹⁾ „Nederl. Jaarb. voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving” XI pg. 354.

²⁾ I 2 D de prob. (XXII. 3). Vgl. OPZOOMER, „Het Burg. Wetboek” op art. 1902.

om het door hem aangevoerde als waar te kunnen doen aannemen, dan heeft vervolgens de eischer weêr 't regt, de kracht dier exceptie door eene replicatie te ontzenuwen, en zoo voorts.

De eenige uitzondering op den regel, dat hij, die eene exceptie opwerpt, die bewijzen moet, is de *exceptie van non-qualificatie*. De hoedanigheid, waarin de eischer optreedt, of de gedaagde gedagvaard is, behoort tot het wezen der tusschen hen bestaande regtsbetrekking, en daarom moet de eischer, die haar bestaan beweert, haar bewijzen. De gedaagde ontkent namelijk een feit, door zijne tegenpartij gesteld, maar beroept zich niet op een zelfstandig regt. Die exceptie draagt dan ook ten onregte dien naam.

Overigens is al hetgeen wij boven omtrent 't bewijs gezegd hebben, in ons regt volkomen toepasselijk.

§ 4.

De werking der Exceptie.

De werking der exceptie is verschillend naar haren aard. Elk der drie soorten heeft hare eigenaardige werking en van daar de namen aan elk gegeven. Maar alle komen hierin overeen, dat zij de actie uitsluiten; sommige sluiten haar voor immer, andere slechts voor een' zekeren tijd uit. In 't eerste geval kan de actie nooit herhaald worden, omdat de *exceptio rei judicatae* haar altijd tegenstaat; maar in 't laatste geval blijft de actie ongeschonden, zoodat de eischer er later andermaal van gebruik kan maken.

Naar dit onderscheid worden de exceptiën in het Romeinsche regt in twee soorten verdeeld, in *peremptoire* en *dilatoire*. Van deze naauwkeurige verdeeling weken de nieuwere schrijvers af, en voegden er eene derde soort bij, die de *declinatoire* exceptiën moest bevatten. Ja zelfs de fransche schrijvers gingen nog verder en verdeelden de *peremptoire*

exceptiën in twee soorten; in *exceptions peremptoires du fond* en *exceptions peremptoires de forme*. Te regt wordt deze indeeling door BONGENNE ¹⁾ gelaakt, ofschoon wij hem de identiteit tusschen eerstgenoemde exceptiën en de gewone *défenses* niet kunnen toegeven. *Défenses* is wel de generieke naam voor alle verdedigingsmiddelen van den verweerder, maar de exceptiën maken er een onderdeel van uit, zoodat deze onder gene begrepen zijn, doch niet omgekeerd. De *exceptions peremptoires de forme* zijn niets anders dan de exceptiën *de nullité d'exploit ou d'acte de procédure* van art. 173 Code de Procédure, en deze, zagen wij boven, dat dilatoir zijn ²⁾. Het kenmerk van vernietiging der instantie bezit elke dilatoire exceptie, daar deze altijd ten gevolge heeft, dat eene nieuwe dagvaarding de zaak op nieuw aanhangig moet maken. 't Is daarom beter deze indeeling te laten varen; en wij zouden zelfs wenschen, tot die van 't Romeinsche regt terug te keeren, ware 't niet, dat de driedelige verdeeling nu eenmaal door onzen wetgever is aangenomen.

De werking nu der exceptie openbaart zich hierin, dat de eischer *niet-ontvankelijk* wordt verklaard. Deze niet-ontvankelijkverklaring heette in ons oud regt *absolutie van de instantie* ³⁾; welke benaming het Ontwerp van 1820 nog behouden had. In het fransche proces wordt de eischer evenzoo verklaard *non-recevable*, en hiernaar werden de middelen van niet-ontvankelijkheid, of juister gezegd, de peremptoire exceptiën, *finis de non-recevoir* genoemd, in tegenstelling der *finis de non-procéder*, waarmede de declinatoire exceptiën worden aangeduid. Maar al deze benamingen zijn niet ten alle tijde goed uit elkander gehouden; menigmaal heeft men de eene met de andere verward.

¹⁾ t. a. p. II. 92.

²⁾ Vgl. boven pg. 131.

³⁾ Vgl. MERULA IV. 40 c. III. 21; c. XI. 2.

Zoo luidt in onze praktijk het gewone formulier voor de conclusie van antwoord: »dat de eischer in zijnen eisch zal worden verklaard niet-ontoankelijk, immers dat hem die zal worden ontzegd.»

Nog grooter verwarring heerscht in de »*Practique Judiciaire*» ¹⁾. Na eerst de fins déclinatoires behandeld te hebben, volgt een hoofdstuk »*de exceptionum generibus*», hetwelk in de fransche vertaling van den oorspronkelijken latijnschen tekst tot opschrift heeft: »*des exceptions et défenses dilatoires et peremptoires et quand elles se peuvent cumuler ou séparément proposer: ensemble des fins de non recevoir.*» In eene aantekening daarop leest men: *Aucuns distinguent les fins dilatoires estre les fins de non recevoir, et les fins peremptoires estre les fins de non valoir; et ce outre la fin déclinoire.*

Beter onderscheidt de Ordonnantie van LODEWIJK XIV van 1667 over de procedure; deze bespreekt eerst in den vienden titel de fins de non recevoir, nullité des exploits ou autres exceptions peremptoires; vervolgens in den VI^{den} titel de fins de non procéder en ten laatste de dilatoire exceptiën ²⁾.

CARRÉ ³⁾ rangschikt onder de fins de non-recevoir, de exceptiën van non-qualificatie, gewijsde zaak, compensatie, betaling en verjaring enz. PIGEAU ⁴⁾ daarentegen noemt aldus alleen de exceptie »procédant du défaut d'intérêt et de qualité du demandeur, parce qu'elle a pour fin d'empêcher qu'on ne reçoive celui qui a formé la demande à discuter si elle est bien fondée.» BONCENNE ⁵⁾ brengt tot de fins de non-procéder ook de dilatoire exceptiën, terwijl anderen

¹⁾ »*La pratique judiciaire*» par M. PIERRE GUENOIS, Paris 1605. Ik ben 't werk zelf niet magtig kunnen worden, maar heb het bovenstaande aan FABER t. a. p. pg. 34 ontleend.

²⁾ Vgl. BORNIER t. a. p. pg. 39 v.

³⁾ t. a. p. II. pg. 79.

⁴⁾ t. a. p. I. pg. 215.

⁵⁾ t. a. p. I. pg. 24.

weér uitsluitend aan de declinatoire exceptiën dien naam geven. DALLOZ ¹⁾ zegt, dat men niet als dilatoire exceptie moet beschouwen dezulke, welke iemand tegen eene te vroeg ingestelde vordering voordraagt, en waarvan het doel is, om die vordering vooralsnog te doen verwerpen, behoudens het regt van den eischer om haar later op nieuw voor te brengen, zooals de exceptie van den schuldenaar, die vóór 't verloop van den termijn vervolgd wordt; deze zijn exceptions peremptoires de l'instance.

Uit dit alles blijkt genoegzaam, dat men, door af te wijken van de eenvoudige leer van 't Romeinsche regt, op eenen dwaalweg geraakt is; door allerlei nieuwe benamingen en nieuwe onderscheidingen verwijderde men zich hoe langer hoe meer van 't regte pad, totdat men eindelijk tusschen exceptie en verdediging ten principale geen ander, dan een formeel verschil overhield!

Maar keeren wij tot ons punt van uitgang terug. Elke exceptie, zeiden wij, natuurlijk als zij op goede gronden steunt, heeft eene niet-ontvankelijk verklaring ten gevolge. Deze uitdrukking wordt evenwel niet altijd gebruikt. Bij de exceptie toch van onbevoegdheid concludeert de verweerder tot onbevoegd-verklaring, en bij de exceptiën van litispendentie en connexiteit tot verwijzing. Maar het resultaat is in alle gevallen, dat de eischer wordt afgewezen, zonder dat daardoor zijne actie vernietigd wordt, zoodat hij haar later herhalen kan met inachtneming der gronden, waarop hij vroeger gestuit is. In 't fransche regt ²⁾ worden bij 't vonnis van onbevoegdverklaring altijd de partijen verwezen naar den competenten regter. Men heeft bij ons teregt gemeend die bepaling niet te moeten overnemen, omdat zij onnoodig is. De eischer zelf moet er voor zorgen, zijne

¹⁾ DALLOZ, „*Jurisprudence du XIX siècle*”, voce „*Exception*”, Sect. IV. Art. 1.

²⁾ Art. 168 C. de Procéd.

partij voor een' bevoegden regter te roepen. Bovendien zou zoodanige verwijzing voor den regter, naar welken verwezen is, niet verbindende zijn, indien het bloek, dat ook deze niet de bevoegde regter ware ¹⁾).

Bij de dilatoire exceptiën concludeert de verweerder tot niet-ontvankelijkverklaring van den eischer *vooralsnog*, zoodat deze na het ophouden van de oorzaak der dilatoire exceptie het geschil op nieuw aanhangig mag maken, terwijl de verweerder daarin dan alle middelen van verdediging gebruiken kan, waarvan hij bevorens geen afstand heeft gedaan ²⁾.

De peremptoire exceptiën eindelijk ontnemen aan de actie alle kracht en aan den eischer de mogelijkheid van ooit iets door haar te verkrijgen, daar de exceptio rei judicatae hem altijd in den weg blijft staan.

HOOFDSTUK IV.

De verjaring der Exceptie.

De meeste schrijvers zijn het er tegenwoordig over eens, dat de oude regtsregel »*Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*» volgens ons regt nog zijne volle kracht behouden heeft. Wij vinden er eene toepassing van in art. 1490, laatste al. B. W. aldus luidende: »De hierboven vermelde tijd voor het aanleggen der regtsvordering is niet toepasselijk op de nietigheid, bij wege van verdediging of exceptie voorgedragen, welke men steeds zal kunnen doen gelden.» Dit is 't eenige artikel, dat de verjaring

¹⁾ v. D. HONERT § 155. De verwijzing kwam ook voor in ons oud regt, zooals blijkt uit v. D. LINDEN I 162; en in het Wetboek v. 1830, art. 131.

²⁾ Vgl. art. 3285 Ontwerp 1820.

der exceptiën aanroert. Maar 't spreekt alleen van de exceptiën, wier strckking is om eene verbindtenis te doen nietig verklaren. Hoe is 't dan gesteld met die, welke geene nietigheid beoogen? Te dezer plaatse had de wetgever bezwaarlijk van haar gewag kunnen maken, daar de afdeeling, waarin ons artikel voorkomt, uitsluitend gewijd is aan de nietigheid en nietigverklaring van verbindtenissen. Maar hij had er van kunnen spreken in het IV^{de} Boek VII^{de} Titel 3^{de} Afdeeling, tot opschrift voerende: »Van de verjaring, beschouwd als een middel om van eene verplichting bevrijd te worden.»

Dit heeft hij evenwel niet gedaan; hij is den regel met stilzwijgen voorbijgegaan. 't Is nu slechts de vraag, wat zijne bedoeling was; of hij namelijk door het inlasschen van bovenstaande bepaling den regtsregel wilde beperken tot de exceptiën van nietigheid, of dat hij den regel hier alleen toepaste, zonder hem bij alle andere exceptiën te willen uitsluiten? Deze laatste opvatting komt mij voor, de meest aannemelijke te zijn. Eenen regtsregel af te schaffen, die gedurende eeuwen van kracht is geweest, kan, dunkt mij, niet anders dan bij eene uitdrukkelijke wetsbepaling geschieden. Maar met welk doel, zal men ligtelijk vragen, heeft dan de wetgever dat oorspronkelijke lid bij art. 1490 gevoegd? Noch de Code, noch de vroegere Ontwerpen, noch het Wetboek Napoleon voor Holland hadden eene dergelijke bepaling. *Non liquet*, is ons antwoord. Bij de behandeling van 't Wetboek in de Kamer lokte deze bijvoeging geene discussie uit en de Memorie van Toelichting zweeg er over. Eene gewigtige, ingrijpende verandering heeft er dus niet plaats gehad; dit moeten wij althans veronderstellen; anders begrijp ik mij niet, hoe zij onopgemerkt zou gebleven zijn.

De eenige wet, die ooit van de verjaring der exceptiën uitdrukkelijk sprak, was de Ordonnantie van FRANS I, van 't jaar 1539, welke bepaalde, dat een minderjarige, na verloop

van 10 jaren na zijne meerderjarigheid, niet meer de nietigheid kon inroepen van verbindtenissen, tijdens zijne minderjarigheid aangegaan, noch bij actie noch bij exceptie. Deze onbillijke bepaling druischte zoozeer in tegen de heerschende begrippen; men vond haar zoo strijdig met het gezond verstand, dat zij onmogelijk kon gehandhaafd worden en dientengevolge in onbruik is geraakt. De uitspraak van DUMOULIN: »*in hoc iniqua est constitutio*» is er vermaard door geworden ¹⁾. Sedert dien tijd heeft nooit eene wet er meer gewag van gemaakt, zoodat de regel altijd in toepassing is gebleven.

Onze commentatoren zijn dan ook bijna zonder onderscheid van gevoelen, dat door de meergemelde alinea van art. 1490 de regel niet wordt uitgesloten voor de aldaar niet genoemde exceptiën. Hij berust, gelijk DE PINTO ²⁾ zegt, »op de eenvoudige en natuurlijke reden, dat de exceptie, die niets anders is dan eene verdediging tegen de actie, even zoo lang moet duren als de actie zelve.» 't Ware toch eene vreemde redenering, wanneer men, toegevende, dat ik ten allen tijde mij op de *voldoening* eener schuld kan beroepen, wilde beweren, dat b. v. een *pactum de non petendo* slechts binnen zekeren tijd van kracht is. Op welken grond zou men dit onderscheid tusschen verdediging ten principale en exceptie willen verdedigen? Wordt niet door beide hetzelfde doel beoogd, geheele of gedeeltelijke bevrijding van eene verplichting?

MARCADÉ ³⁾, die voor 't fransche regt het gezag van den

¹⁾ Zie TROPLONG, »*Commentaire sur la Prescription*» pg. 457.

²⁾ DE PINTO, »*Handleiding tot het Burg. Wetb.*» (1849) pg. 513. Zie ook A. A. DE PINTO, »*Spec. de Obl. null.*» L. B. 1852.

³⁾ MARCADÉ, »*Explication du Code Napoléon*» IV pg. 658. Van hetzelfde gevoelen is DURANTON XII 549. In anderen zin TOULLIER, »*Le droit civil français*» (1848) IV pg. 208; TROPLONG t. a. p. pg. 436 en andere fransche schrijvers, aangehaald bij MARCADÉ pg. 657 noot 2.

regel ontkent, beweert, dat het principe, waaraan hij zijn ontstaan te danken heeft, vervallen is; dat namelijk jure Romano de schuldenaar in geval van *dolus* (L 5 § 6 de doli mali exc.) *het regt niet had*, om, zoolang het contract niet ten uitvoer was gebragt, *de actie in te stellen*, en alleen *bij wijze van exceptie* zich kon verdedigen, wanneer de eischer tegen hem ageerde tot voldoening van 't contract; en dat tegenwoordig de verbondene *altijd* gedurende tien jaren (Art. 1304 C. C.; bij ons vijf j.) eene actie kan instellen om de verbindtenis te doen vernietigen, en er derhalve geene reden bestaat om den duur der exceptie langer dan tien jaren te rekken.

Onze regtsgeleerde zoekt dus in eene plaats van het Romeinsche regt den oorsprong van den regel, en dit is juist verkeerd, zooals SAVIGNY ¹⁾ mijns inziens op goede gronden heeft aangetoond. In de aangehaalde L 5 § 6 zegt PAULUS niets anders, dan dat de doli exceptio niet gebonden is aan den annus utilis der doli actio; en, omdat deze exceptie met de onverjaarbare actio in *factum* samenloopt, beslist de Jurist, dat zij even zoo lang moet duren als deze, met andere woorden, dat zij eveneens onverjaarbaar is. Daarmede vervalt derhalve de gevolgtrekking, door MARCADÉ gemaakt, daar hij eene exceptie veronderstelt, welke van kracht blijft na de verjaring der actie.

Vervolgens beroept MARCADÉ zich nog op den strijd, die in de wet zou ontstaan, wanneer zij de actie tot nietigverklaring door verloop van tien jaren liet verjaren, maar tevens toestond, dat men diezelfde actie kan doen gelden bij *reconventie*, onder het masker eener exceptie, volgens den regel: *excipiendo reus sit actor*. Dit bezwaar is door de voorstanders van den regel niet voorbijgezien. Reeds HENRYS ²⁾

¹⁾ Vgl. boven pg. 98 v.

²⁾ TROPLONG t. a. p. n°. 836.

verdeelde daarom de excepties in *exceptions viscérales* en *exceptions extrinsèques*; de eerste hadden de strekking »à saper les fondemens de la demande principale”, en waren met het contract zelf verbonden; en de laatste waren de reconventionele vorderingen, die eene compensatie ten doel hadden en de actie des eischers lieten bestaan. Op deze laatste nu is de regel: »Quae temporalia” niet toepasselijk »sans quoi, gelijk TROPLONG ¹⁾ zegt, ce serait un moyen détourné de rendre les actions perpétuelles et de détruire les prescriptions établies.” Deze verdeeling der excepties is noodzakelijk voor het fransche regt, daar de Code de Procédure geene bepalingen inhoudt omtrent de reconventie: zoodat bijna alle schrijvers hierin het oude fransche regt volgen, hetwelk de reconventie alleen toelaat, indien tusschen haar en den eisch in conventie connexiteit bestaat en zij eene verdediging hiertegen oplevert. Zoo luidde o. a. art. 106 van de Coutume van Parijs van 't jaar 1580: »Reconvention n'a lieu, si elle ne dépend de l'action, et que la demande en reconvention soit la défense contre l'action premièrement intentée” ²⁾.

Voor ons regt is die indeeling onnoodig, daar de wetgever de reconventie in de art. 250 en v. R. volledig behandeld heeft. In de Mem. van Toel. geeft hij ons een goede begripsbepaling van reconventie en laat duidelijk het onderscheid uitkomen tusschen haar en compensatie, waarmede sommige fransche schrijvers haar verwarren. De hiertoe betrekkelijke woorden luiden aldus ³⁾: »Een belangrijk onderwerp der proces-orde is het vermogen van een verweerder om eisch in reconventie te doen; dit vermogen rust op het beginsel, dat een aanlegger de bevoegdheid van den rechter;

¹⁾ t. a. p. n°. 833.

²⁾ TOULLIER IV n°. 358.

³⁾ V. D. HONERT pg. 333.

welke hij zelve inroept, op zijne beurt niet kan declineren, en geeft aan den verweerder het gemak, dat hij, eene wederkeerige vordering tegen den aanlegger hebbende, dezelve *in eodem judicio* kan brengen, zonder noodig te hebben daartoe afzonderlijke dagvaardingen te bezigen en op twee plaatsen te moeten procederen; een gemak, waarin ook de aanlegger deelt, en dat aan beide partijen het voordeel aanbiedt, dat de wederzijdsche condemnatiën, indien deze hebben plaats gehad, op eene gemakkelijke wijze kunnen worden geliquideerd, en daardoor dubbele kosten van executie voorkomen; de eisch in reconventie is derhalve *geene eigenlijk gezegde compensatie*, welke eigenlijk is eene *exceptive defensie* tegen eenen eisch, terwijl de reconventie *een op zich zelven staande eisch* van den verweerder tegen den eischer is, die daarin op zijne beurt verweerder wordt" ¹⁾.

Ten laatste wordt de bewering van MARCADÉ ²⁾, dat de schuldenaar het zich zelven te wijten heeft, wanneer hij gedurende tien jaren heeft stilgezeten, voldoende weêrlegd door TROPLONG ³⁾, die het bekende gezegde aanhaalt: *«favorabiliores sunt rei quam actores»*. Hij noemt het een maatregel van voorzigtigheid van den verweerder, om de actie af te wachten en om niet de altijd gevaarlijke rol van eischer aan te nemen. »La sécurité," vraagt hij, »qu'il trouve dans le rôle de défendeur, n'est-elle pas une raison plus que suffisante pour l'empêcher d'agir? N'y a-t-il pas dans son intérêt de défendeur un obstacle puissant et décisif pour paralyser son action?" Maar om in dien lijdelyken toestand te zijn, is het noodzakelijk, dat de verweerder *de zaak bezit*, of *de vrijheid geniet*, die het contract, hetwelk men hem tegenhoudt, ten doel heeft in hem te beperken. En naar

¹⁾ Vgl. DE PINTO pg. 383 v.; OUDEMAN I 278 v.

²⁾ t. a. p. pg. 658.

³⁾ t. a. p. pg. 456.

dezen maatstaf moet de toepasselijkheid van den regel berekend worden. Met een voorbeeld, aan TROPLONG ontleend, willen wij dit duidelijk maken. Iemand is mij *f* 5000 schuldig; ik stel daarom eene actie tegen hem in, maar hij vertoont eene quitantie, die ik hem gegeven heb. Ik beweere nu, dat hij die door bedrog verkregen heeft en eisch er de nietigheid van; doch de ander beroept zich op de verjaring van tien jaren (Art. 1304 C. C.); geldt dan de regel: »Quae temporalia»? Zonder twijfel, neen; ik bezit niet de qualiteit van schuldeischer; *ik* wil juist den bestaanden toestand veranderen en stel *daarom* een' vermoonden eisch van nietigheid in.

Onder onze Nederlandsche commentatoren, die de verjaring der exceptie bespreken, moeten wij, behalve DE PINTO; ook DIEPHUIS ¹⁾ aanhalen. Hij beperkt den regel tot die exceptiën, welke gegrond zijn »op eene bevoegdheid, waar tegen geene bepaalde verplichting der tegenpartij overstaat. Is de exceptie daarentegen gegrond op eene verplichting der tegenpartij, waarvan deze door verjaring bevrijd is, zoo is de exceptie zelve met de verplichting vervallen, even als eene regtsvordering dit zou zijn." Voor deze onderscheiding grondt hij zich op de woorden, die aan 't hoofd staan der 3^{de} afd. van den 7^{den} titel 4^{de} boek Burg. Wetb.; aldus luidende: »Van de verjaring beschouwd als een middel om van eene *verplichting* bevrijd te worden."

Evenwel art. 2004 B. W. spreekt alleen van regtsvorderingen en daaronder kunnen onmogelijk exceptiën begrepen zijn. En wat het woord »*verplichting*» aangaat, dit staat vooreerst in 't opschrift en ten tweede blijkt het m. i. voldoende uit de artikelen, waaruit de afdeeling bestaat, dat de wetgever alleen 't oog heeft gehad op de verplichting, welke tot eene actie aanleiding geeft. Bovendien zou het gevoelen

¹⁾ DIEPHUIS, „*Het Ned. Burg. Regt.*” IX 368.

van DIEPHUIS eene groote onbillijkheid te weeg brengen, daar b.v. wanneer de actio emti twee jaren vroeger verjaart dan de actio venditi, de verkooper den prijs zou kunnen verkrijgen, zonder dat de kooper de gekochte zaak kon magtig worden.

Van ons gevoelen is ASSER ¹⁾, zeggende: »'t verdient wijders opmerking, dat bij 't laatste lid van voormeld art. 1490 *stellig* is bepaald, dat de tijd, voor de regtsvordering voorgeschreven, niet toepasselijk is op de exceptiën, en zulks op grond van den regtsregel: »Quae temporalia.”

Volkomen vereenigen wij ons met deze woorden van TROPLONG ²⁾: »Si l'exception était exposée à périr, tandis que l'action reste toujours menaçante, il n'y aurait plus de justice pour le défendeur!”

HOOFDSTUK V.

Over eenige Exceptiën in 't bijzonder.

§ 1.

Exceptie van onbevoegdheid.

»Die voor eenen regter geroepen is, welke onbevoegd is om van het geschil kennis te nemen, zal mogen vorderen dat de regter zich onbevoegd verklare:” aldus luidt art.

¹⁾ ASSER, „*Het Ned. Burg. Wetb. vergeleken met het Wetb. Napoleon*” pg. 506. Vgl. H. R. WARMOLTS, Diss. „*de juris regula: quae temporalia etc.*” (Gron. 1851).

²⁾ t. a. p. n°. 828.

154 W. v. B. R., met eenige wijziging uit den Code de Procédure (Art. 168) overgenomen. Het bevat de bevestiging van een beginsel, dat in elken goed geordenden staat gehuldigd behoort te worden, daar het de burgers tegen allerlei willekeur beschermt.

In 't Romeinsche regt vinden wij verscheidene plaatsen, welke de bevoegdheid des regters omschrijven. Om een regts-geldig vonnis te verkrijgen, moest de regter *competent* zijn, d. i. de magt hebben om regt te spreken over die soort van zaken in 't algemeen, en over 't aanhangig geschil in 't bijzonder, zoowel ten opzichte der zaak zelve, als van de personen, tusschen wie daarover strijd was, en van de plaats, waar regt gesproken moest worden.

Vooreerst hij moest de magt hebben om regt te spreken over die soort van zaken in 't algemeen: niet elke magistraat toch had de jurisdictie; in den beginne waren alleen de Romeinsche Praetoren daarmede bekleed; maar later na uitbreiding van den Staat werd zij insgelijks uitgeoefend door Duumviri, Quatuorviri, Aediles, den Dictator, de Praefecti juri dicundo in de Italiaansche steden; door de Praesides provinciarum in de provinciën. Onder de Keizers kwamen er nog bijzondere magistraten bij ter kennisneming van geschillen over fideicommissen, de voogdij en fiscale zaken; voor Italië de Consulares, de Juridici en de Keizer zelf en zijne beambten ¹⁾. Vervolgens moest de met deze magt bekleede magistraat bevoegd zijn ten opzichte der zaak in geschil zelve; zoo mogt een Praetor tutelarior of fideicommissarius geene andere zaken beslechten, dan betreffende de voogdij of een fideicommiss; een Praetor urbanus of peregrinus geen regt spreken over criminele zaken, welke aan de Quacstores parricidii waren opgedragen ²⁾. Ten opzichte der

¹⁾ Zie KELLER t. a. p. § 2.

²⁾ L 2 § 16, 23, 27, 28, 32 D de origine juris (I. 2).

personen was eveneens zijne magt beperkt; b.v. de Praetor peregrinus sprak regt tusschen peregrini of cives en peregrini; de Praetor urbanus alleen tusschen cives; de Praeses provinciae *in suae provinciae homines tantum imperium habet*" ¹⁾. Wat de plaats aangaat, waar regt gesproken moest worden, aan elken magistraat was zijn gebied aangewezen, waarbuiten hij geene jurisdictie meer had; b.v. de Praeses prov. had de provincie tot regtsgebied; de municipaal-magistraat de stad; onder de Keizers was de Praefectus urbi eveneens beperkt binnen de grenzen van Rome ²⁾.

Ontbrak één der genoemde vereischten, dan was de regter incompetent; zijne uitspraak had geen kracht van gewijsde ³⁾; zij stond gelijk met die van elk bijzonder persoon ⁴⁾. Het ontbreken van ééne der drie laatste vereischten kon evenwel verholpen worden door de toestemming van partijen ⁵⁾. Zoo konden de municipaal-magistraten, beperkt in hunne regtspraak binnen eene zekere som, bij goedvinden der partijen van geschillen van meer beteekenis kennis nemen ⁶⁾; de procurator des Keizers b. v. buiten fiscale zaken gaan ⁷⁾. Was de magistraat ten opzichte der plaats incompetent, dan kon evenzeer de overeenkomst van partijen hem competent maken; hetzij door de litiscontestatie (niet reeds door 't verschijnen van partijen voor den magistraat ⁸⁾), hetzij door

¹⁾ I 3 D de off. praesidis (I. 18).

²⁾ L ult. D de off. praef. urb. (I. 12); L ult. D de jurisdict. (II. 1).

³⁾ I 3 C. de jurisd. (III. 13).

⁴⁾ L 1 C. de jurisd.; L 3 D de off. praef.; L 1 C. de ped. jud. (III. 3).

⁵⁾ De partijen moeten weten, dat de regter anders incompetent zou zijn. Vgl. L 15 D de jurisd.; L 2 pr. D de judiciis (V. 1).

⁶⁾ L 28 D ad munic. (L. 1).

⁷⁾ L 1 C. de jurisdict. (III. 13).

⁸⁾ L 18 D de jurisd. (II. 1); L 29 C. de pactis (II. 3) spreekt van 't geval, dat van de praescriptio fori bij 't contract zelf afstand wordt gedaan. L. 33 D de judiciis.

Vgl. PUCHTA § 152 n. p.

de stipulatio iudicio sisti, of door aanwijzing der plaats, waar aan de verbindtenis moest voldaan worden. Deze willekeurige regtsplaats werd *forum prorogatum* genoemd en is door de *Lex Julia iudiciorum* bevestigd ¹⁾. Maar wat, als in 't laatst geval de debitor zich op die plaats niet liet vinden, noch in dat district goederen had, waarop de missio in bona kon uitgesproken worden? Dan kreeg de creditor eene utilis actio, om tegen den gedaagde aan zijn *forum domicilii* of *originis* te ageren ²⁾. Door dit *forum domicilii* werd in den regel de competentie van den magistraat bepaald. Maar daarnevens was nog een ander *forum originis*, dat evenwel bij de jurisdictie der Praesides prov. wegviel, omdat niemand door geboorte burger eener provincie werd. Daarom was de bevoegdheid des Rom. Praectors zoo uitgebreid, dewijl allen in den Romeinschen staat door geboorte *cives Romani* waren ³⁾; maar evenzoo was iemand door geboorte *civis* van een *municipium* ⁴⁾.

Wanneer partijen daaromtrent niet waren overeengekomen, besliste 't forum van den reus, van waar de regel: *actor rei forum sequi debet* ⁵⁾. Dit forum werd, gelijk wij zeiden, op verschillende wijzen aangegeven; maar nu gingen de Rom. Juristen nog verder en namen, onafhankelijk van eenige overeenkomst, aan, dat daar, waar de vervulling der verbindtenis moest plaats hebben, deze ook in regten kon

¹⁾ L 1, 2 pr. § 1 D de iud. (V. 1).

²⁾ L 1 D de eo quod certo loco (XIII. 4).

³⁾ L 33 D ad munic. (L. 1) „Roma communis nostra patria est.” Alleen de legati hadden 't jus revocandi domum.

⁴⁾ L 190 D de v. s. (L. 16); L 29 D ad manie.; L 7 C. de incolis (X. 39) „Cives quidem origo, manumissio, allectio vel adoptio; incolae vero ... domicilium facit.”

⁵⁾ Vat. fr. 325, 326; L 2 C. de jurisdict. (III. 13); L 3, 4 C. ubi causa status agi debeat (III. 22).

gevorderd worden. Aldus kon tegen iemand geageerd worden ter plaatse, waar de rechtsbetrekking geboren, of de verbindtonis aangegaan was ¹⁾, zoo het althans de bedoeling van partijen was, dat daar ook de vervulling zou geschieden (*forum contractus*) ²⁾.

Het *forum rei sitae* is eerst van later datum; in *Vat. fr.* § 326 wordt het nog uitdrukkelijk verworpen; de l. 3 C. *ubi in rem actio* (III 19) van 't jaar 385 gewaagt er het eerst van ³⁾.

Wanneer nu iemand voor een' incompetenten regter gedaagd was, moest hij desniettemin verschijnen, en alsdan de *fori praescriptio* voordragen, opdat uitgemaakt kon worden, of zij op goede gronden steunde. ⁴⁾. Wanneer nog na de *litiscontestatie* het *forum* van den gedaagde b.v. door verandering van woonplaats, verlegd was, deed dit niets meer ter zake, daar 't *forum* tijdens de *in jus vocatio* alleen in aanmerking werd genomen ⁵⁾; de exceptie werd dan geweigerd. Zoo ook wanneer de gedaagde haar niet in *principio litis* had voorgesteld ⁶⁾.

In ons eerste gedeelte hebben wij bereids aangeleond, dat deze *praescriptio fori* eene ware Rom. exceptie was, zoodat wij nu volstaan kunnen met daarnaar te verwijzen.

Wat ons oud regt aangaat ⁷⁾, dit volgt hoofdzakelijk de regels van 't Rom. regt. Als grondstelling wordt ook daar aangenomen, dat de eischer de regtbank van den verweerder

¹⁾ L 19, 65 D de judic. (V. 1).

²⁾ L 19 § 2 D cod.

³⁾ Vgl. BETHMAN-HOLLWEG, „Versuche“ pg. 54 v. PUCHTA § 152.

⁴⁾ L 2 pr. D si quis in jus voc. (II. 5); L 5 D de judic. (V. 1).

⁵⁾ L 19 pr. D de jurid. (II. 1); L 7 D de judic.; L 4 § 1 C. de in jus voc. (II. 2).

⁶⁾ L 13 C. de exc. (VIII. 36).

⁷⁾ Zie hierover HUBER IV 22, 23, 24.

MERULA IV 40 cap. 2, 3.

moet volgen. Deze regtbank is of die der woonplaats, of die der ligging van 't goed, of die, waar 't contract gesloten is. Het onderscheid tusschen *cives* en *incolae* is weggevallen; allen komen voor dezelfde regtbank, even als de zoogenaamde *aankomelingen*, die zich slechts tijdelijk ergens ophouden, maar dan om zaken, die zij daar ter plaatse hebben verrigt. De getrouwde vrouw wordt gerekend hare woonplaats bij haren man te hebben, al is zij ook van hem (niet op gezag van den regter) gescheiden. Alle inwoners eener stad of grietenij kunnen voor de regtbank aldaar ter eerster instantie geroepen worden in allerhande zaken, uitgenomen die aan de hooge Regering en het Hof eigen zijn, zonder dat zij tegen hunnen wil voor het Hof terstond kunnen worden betrokken, met uitzondering van zoodanige personen, dien een bijzonder privilegie van regtbank gegeven is, zooals de krijgslieden door geheel Friesland, en de Professoren en studenten binnen Franeker, die voor de regtbank der steden, waar zij woonden, niet tegen hun wil kunnen worden geroepen; de krijgslieden en studenten ook niet voor 't Hof, maar wel de Professoren. Van deze *particuliere* woonplaats met betrekking tot eene stad of grietenij, is onderscheiden de *generale* woonplaats, welke verstaan wordt van zulke personen, die ter eerster instantie ook voor 't Hof kunnen worden getrokken, als onderdanen der provincie. De wet heeft dit ingevoerd, opdat de mindere man veilig tegen magtige personen zou kunnen procederen, daar deze in de steden doorgaans te veel vermogen hebben.

Ten tweede wordt een forum daargesteld door de ligging van 't goed, als namelijk de actie tegen 't goed zelf gericht is. De eischer heeft dan de keus om dit forum of 't forum domicilii te kiezen, tenzij hij *missio in bona* verzoekt, hetgeen hij moet doen ter plaatse, waar 't goed gelegen is. Dezelfde keus heeft hij bij *possessoire* middelen, behalve bij *maintenu*; verder bij gemengde acties. Of de goe-

deren roerend of onroerend zijn, doet niets ter zake. De gedaagde, al woont hij ook in een ander gebied, moet zich naar 't verlangen van den eischer schikken ¹⁾.

Ten derde wordt 't forum gevestigd door de plaats, waar een contract gesloten is, of die door partijen voor de vervulling der verbindtenis is aangewezen. Maar de eischer kan in dit geval zijne tegenpartij ook ter woonplaats van deze dagvaarden, en moet zelfs daartoe overgaan, zoo de gedaagde ter plaatse van 't contract niet verschijnt, noch goederen in dat district heeft ²⁾.

Ons tegenwoordig Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering behandelt de exceptie van onbevoegdheid in de art. 154—157. Onze wet onderscheidt hier twee soorten van onbevoegdheid: eene absolute en relatieve, of zooals zij 't minder juist uitdrukt, eene uit hoofde van 't onderwerp des geschils en eene uit hoofde van den persoon des verweerders; maar geeft niet op, in welke gevallen de eene of andere soort van onbevoegdheid aanwezig is. Dit laat zij aan de wetenschap over, zoodat het de plicht des wetsuitleggers is, de verspreide bepalingen daaromtrent bij elkander te zoeken ³⁾. Dit onderzoek is van groot praktisch belang, omdat de wet aan beide soorten verschillende gevolgen knoopt, want »ingeval de regter onbevoegd is uit hoofde van den persoon des verweerders, is deze gehouden deze zijne exceptie en de conclusie daartoe strekkende voor te stellen, alvorens eenige andere weren van regten of eenige andere verdediging voor te dragen» ⁴⁾; terwijl daarentegen »in geval de regter onbevoegd mogt zijn uit hoofde van het onderwerp des geschils, de exceptie van

¹⁾ Zie HUBER IV 23.

²⁾ Zie HUBER IV 24.

³⁾ Vgl. FOKKER, „Onderzoek naar de beginselen van toepassing der art. 155 en 156 W. v. B. R.” in „N. Jaarboeken” VIII 449—478.

⁴⁾ Art. 155 R.

onbevoegdheid in elken stand des gedings zal mogen worden voorgesteld, en indien zij niet wordt voorgesteld, de regter ambtshalve gehouden is zich onbevoegd te verklaren" ¹⁾.
Laten wij dan in de eerste plaats de onbevoegdheid *ratione materiae* nader beschouwen.

De onbevoegdheid uit hoofde van het onderwerp des geschils is, volgens de Memorie van Toelichting, aanwezig: »indien het onderwerp in het geheel niet tot de bevoegdheid der regterlijke magt, of wel tot eene exceptionele regtsmagt behoort" ²⁾. Deze verklaring stelt ons de volgende twee vragen ter beantwoording: 1°. Welke onderwerpen behooren in 't geheel niet tot de bevoegdheid der regterlijke magt? 2°. Welke onderwerpen behooren tot eene exceptionele regtsmagt?

Het antwoord wordt gegeven door de Wet op de R. O. en het beleid der Justitie, welke de bevoegdheid der verschillende regtsmagten omschrijft en bepaalt.

Zoo zegt art. 2, dat »de kennisneming en beslissing van alle geschillen over eigendom, of daaruit voortspruitende regten, over schuldvorderingen of burgerlijke regten, en de toepassing van alle soort van wettig bepaalde straffen; bij uitsluiting opgedragen zijn aan de regterlijke magt"; *argumento a contrario* dus zijn alle hier niet opgenoemde onderwerpen uitgesloten. Op de andere vraag vinden wij het antwoord vooreerst in art. 1, hetwelk aan de gewone regterlijke magt onttrekt »bepaalde onderwerpen bij de Grondwet of bij andere wettelijke bepalingen aan bijzondere kollegiën toegekend"; vervolgens in art. 53, dat aan de kennisneming der arrondissements-regtbanken die persoonlijke, zakelijke en gemengde regtsvorderingen ontnemt, welke bij de wet verklaard zijn tot de bevoegdheid van den

¹⁾ Art. 156 R.

²⁾ Vgl. v. D. HONERT § 156; DE PINTO pg. 316.

kantonregter of van de provinciale hoven en den hoogen raad te behooren. Zoo zijn de provinciale hoven en de hooge raad met exceptionele regtsmagt bekleed in de gevallen, bij de art. 65, 66, 87, 88 en 89 opgenoemd, omdat zij in deze gevallen bij uitzondering in eersten aanleg uitspraak doen, met uitsluiting van andere collegiën. Maar behalve in de wet op de R. O. wordt nog in de art. 273, 435 en 846 B. R., en art. 901 W. v. K. een bepaalde regter aangewezen, die alléén de magt heeft van die onderwerpen kennis te nemen.

Is nu de gedaagde voor een ratione materiae incompeten-ten regter geroepen, dan zal hij, volgens art. 156 R., de exceptie van onbevoegdheid in elken stand van 't geding mogen voorstellen, en indien hij haar niet voorstelt, is de regter ambtshalve gehouden zich onbevoegd te verklaren. Deze onbevoegdheid is eene zaak van openbare orde en in 't algemeen belang vastgesteld, zoodat noch stilzwijgend noch uitdrukkelijk daarvan kan afstand gedaan worden ¹⁾. Van hier ook de bepaling, dat zij in elken stand van 't geding zal kunnen worden voorgesteld, tot zelfs voor 't eerst in cassatie. Over dit laatste zijn 't alle schrijvers eens ²⁾. 't Vindt zijnen grond hierin, dat de eerste regter de wet, welke hem verplicht ambtshalve de onbevoegdheid uit te spreken, wanneer de verweerder zelf de exceptie niet opwerpt, geschonden heeft; dat dus de hoogere regter dit vervolgens had behooren te doen, en 't nalatende, zich evenzeer aan wetsovertreding schuldig maakt ³⁾.

¹⁾ Art. 14 A. B.; L 45 D de R. J. „Privatorum consentio juri publico non derogat.” Vgl. MEIJER, „*Instit. Judic.*” IV pg. 352; VERNEDE, Art. 156 noot 2.

²⁾ DE PINTO pg. 316. MERLIN, „*Rép.*” in voce „*incompétence*” n°. 2 en „*Que de dr.*”, in voce „*biens nationaux*” § 1. CARRÉ Qu. 722, 1513. HERBIAT ST. PRIX, „*Cours de proc. civ.*” 159.

³⁾ Zie Arrest H. R. 10 Januarij 1845; *Weekblad* n°. 570.

Op den regel, dat een *ratione materiae* incompetent regter nooit competent kan worden, laat de wet twee uitzonderingen toe; de eene in art. 43 R. O., bepalende: dat »in alle geschillen, welke voor dading of compromis vatbaar zijn, en in welke partijen zich voor eenen kantonregter te hunner keuze, doch binnen het arrondissement, aanmelden, en zijne beslissing inroepen, deze van derzelver geschil zal moeten kennis nemen, welke ook de aard van het geschil en de waarde van het betwiste voorwerp zij»; de andere in art. 157 R., aldus luidende: »Indien een geding, hetwelk tot de kennisneming behoort van den kantonregter, bij de arrondissements-regtbank is aanhangig gemaakt, en de gedaagde de exceptie van onbevoegdheid niet, overeenkomstig artikel 155 hierboven, heeft voorgesteld; zal de arrondissements-regtbank, als gewone regter, de zaak aan zich behouden en daarin in het hoogste ressort regt spreken." Dit is 't eenige voorbeeld van stilzwijgende *prorogatie van regtsmagt*, want zij geschiedt in den regel alleen uitdrukkelijk ¹⁾. Stelt derhalve de gedaagde zelf de exceptie niet voor, dan mag de regter haar niet ambtshalve uitspreken, maar zij wordt door dat stilzwijgen gedekt, evenals de onbevoegdheid *ratione personae*. De woorden »overeenkomstig art. 155" beteekenen niets anders, dan dat deze exceptie op dezelfde wijze en met hetzelfde gevolg moet opgeworpen worden als de daargenoemde; met andere woorden: de gedaagde moet haar voorstellen »alvorens eenige andere weren van regten of eenige andere verdediging voor te dragen", op straffe van haar te verliczen ²⁾.

¹⁾ Zie art. 329 R.

²⁾ Sommigen willen ten onrechte naar art. 154 verwezen hebben. Vgl. LIFMAN, „*Wetb. van B. R. vergeleken enz.*” pg. 79; THEMIS II pg. 375; daartegen OUDEMAN pg. 202 noot 5; VERNEDE op art. 157 noot 2.

Mr. POTTER VAN LOON levert een betoog ¹⁾, om aan te toonen, dat art. 157 niet *alleen* slaat op onbevoegdheid *ratione personae*, maar ook op die *ratione materiae*. Hoe deze rechtsgeleerde hier van eene onbevoegdheid *ratione personae* kan spreken, is mij onbegrijpelijk, daar van deze slechts sprake kan zijn tusschen verschillende regtbanken of verschillende kantongerechten onderling en niet tusschen eene regtbank en een kantongerecht. Maar bovendien wordt hij geheel woërlegd door de beraadslagingen, waarbij door de zevende afdeling der Tweede Kamer gevraagd was: of de bepaling van art. 157 ook zoude kunnen worden uitgestrekt tot zaken, waarin de arrondissements-regtbanken waren onbevoegd, *ratione materiae*? Ingeval eener toestemmende beantwoording, zoude bij de bepaling van art. 156, moeten worden bijgevoegd: *behoudens de uitzondering bij de volgende bepaling gemaakt*. Doch de regering heeft deze bijvoeging noodeloos geoordeeld, omdat de uitzondering op den algemeenen regel dadelijk bij het eerstvolgende artikel is vastgesteld ²⁾. Ook het provinciaal gerechtshof van Friesland heeft, bij arrest van 4 Maart 1840, op gelijke conclusiën van het openbaar ministerie gewezen, eveneens geoordeeld ³⁾.

Heeft nu de regter, hetzij op voordragt van den gedaagde, hetzij op de conclusiën van het O. M., hetzij ambtshalve zich onbevoegd verklaard, in welken stand van 't geding dit ook moge plaats hebben, dan zal de eischer tevens in de kosten veroordeeld worden, volgens art. 56 R. VERNEDE ⁴⁾ meent daarentegen, dat deze gecompenseerd moeten worden, behalve in 't geval, dat de gedaagde de exceptie voorstelt

¹⁾ „R. Bijblad” III 57—59.

²⁾ V. D. HONERT § 157.

³⁾ „Weekbl.” 137; FOKKER t. a. p. pg. 455; OUDEMANN § 79; DE PINTO § 135.

⁴⁾ Op art. 156 noot 5.

vóór eenige andere verdediging. CARRÉ ¹⁾ beweert zelfs, dat de gedaagde, omdat hij, de exceptie opwerpende, de procedure dadelijk zou verhinderd hebben, al de kosten moet dragen, zooals het hof van Rennes bij een arrest van 26 December 1842 had aangenomen.

Wij voegen ons liever aan de zijde van DE PINTO ²⁾ en OUDEMAN ³⁾, die de kosten ten laste van den oorspronkelijken eischer brengen, vooreerst omdat de gedaagde volgens de uitdrukkelijke woorden van art. 156 het regt heeft, in elken stand van 't geding de exceptie voor te stellen, zonder dat daarbij aan den regel van art. 56 R. gederogeerd wordt, en vervolgens omdat de eischer het aan zich zelven te wijten heeft, dat hij zijne tegenpartij voor een' onbevoegden regter gedaagd heeft; 't was zijn pligt om daarvoor te zorgen.

Wij zagen dus, dat een *ratione materiae incompetente* regter absoluut onbevoegd is; dat zijne onbevoegdheid door geen stilzwijgen, door geen vonnis kan gedekt worden, omdat het algemeen er belang bij heeft, dat in de verdeeling der regtsmagt in verschillende takken geene stoornis worde gebragt. Maar deze grond en zijne gevolgen vallen weg bij de onbevoegdheid *ratione personae*, zooals uit de nadere ontwikkeling daarvan blijken zal.

De onbevoegdheid uithoofde van den persoon des verweerders is aanwezig, wanneer de verweerder niet is geroepen voor den hem, als zoodanig, bij de wet toegekenden regter ⁴⁾. De hierop steunende exceptie betreft alleen de bevoegdheid des regters met betrekking tot den persoon of tot de bijzondere in proces gebragte zaak en niet het regtsgebied van den regter als regter in het algemeen ⁵⁾.

¹⁾ Op art. 170.

²⁾ t. a. p. pg. 317.

³⁾ t. a. p. pg. 202.

⁴⁾ FOKKER t. a. p. pg. 458 v.

⁵⁾ V. D. HONERT § 155.

Willen wij derhalve weten, in welke gevallen deze relatieve incompetentie zich voordoet, dan moeten wij niet onze toevlugt nemen tot de wet op de R. O., maar tot de burgerlijke wetten, die voor elke bijzondere omstandigheid den bepaalden regter van de eene of andere tak van regtsmagt aanwijzen. Aldus vinden wij in de artikelen 97, 98, 126 en 134 R. in 't algemeen, en in de artikelen 121, 262, 266, 490, 523, 549, 1241 B. W.; 567, 757, 766 K.; 74, 265, 267, 377, 389, 456, 477, 495, 496, 611, 645, 647, 652, 726, 734, 738, 741, 764, 767, 782, 784, 802, 884 R. in 't bijzonder, voor de daar vermelde gevallen, het forum rei aangewezen. Het belang der partijen is bij die bepalingen als hoofdbeginsel aangenomen, en wel in de eerste plaats dat van den verweerder volgens de Romeinsche stelling: *actor sequitur forum rei*; maar dit is niet het eenige; daar bij sommige actiën het *forum rei sitae* moet gekozen worden. Om deze reden is de naam onbevoegdheid *ratione personae* minder geschikt, en ware 't beter geweest hier van *relatieve* onbevoegdheid te spreken ¹⁾.

Eenzoo is het af te keuren, dat men de *absolute* onbevoegdheid incompetentie *ratione materiae* noemt, want b.v. volgens de art. 65 n^o. 1 en 87 R. O. is het forum eener provincie, van den Koning of van de Leden van het Koninklijk Huis, en van den Staat als verweerder in persoonlijke regtsvoordringen het provinciaal gerechtshof en de H. Raad; elke andere tak der regtsmagt is uitgesloten en absoluut onbevoegd om de zaak aan zich te trekken, (ofschoon eigenlijk de persoon des verweerders den regter hier incompetent maakt), omdat het de openbare orde geldt, waarbij een ieder belang heeft, dat zij ongeschonden blijve.

De relatieve onbevoegdheid wordt gedekt, wanneer de

¹⁾ Zie art. 3280 Ontw. 1820; art. 169 en 170 C. de Procéd. Vgl. DE PINTO t. a. p. pg. 314.

verweerder niet in *limine litis* zich er op beroept, omdat hij dan geacht wordt met het gekozen forum genoeg te nemen en van zijn regt te hebben afstand gedaan. Ambtshalve mag de regter zich in dit geval nooit incompetent verklaren, omdat het algemeen belang er niets mede te maken heeft, of partijen hier of daar 't geschil laten uitwijzen, zoo slechts de regter *ratione materiae* bevoegd is.

Sommigen trekken dit voor enkele gevallen in twijfel, bewerende, dat de overtreding der voorschriften van de artikelen 167, 262, 490 en 523 B. W.; 738, 804, 884 R.; en 766 K., welke allen spreken van de regtbank van de woonplaats, eene absolute onbevoegdheid van de ten onregte geadiëerde regtbank te weeg brengt ¹⁾, omdat de wetgever hier van den algemeenen regel is afgeweken, door met uitsluiting van alle anderen, een' bepaalden regter aan te wijzen, die alleen van de zaak mag kennis nemen, zooals b.v. in art. 490 B. W. geschied is ²⁾. Hier toch, zegt men, duiden vooreerst de woorden »moeten worden ingediend» volkomen aan, dat de wetgever geen' anderen regter duldt, terwijl hij juist dien der woonplaats van den eurandus kiest, omdat deze tot de kennisneming 't best in staat is; vervolgens is het eene zaak van openbare orde, welke de wetgever daarom aan de algemeene bepaling van art. 126 R. onttrekt, terwijl volgens de tegenovergestelde meening de in art. 490 B. W. voorkomende aanwijzing geheel overbodig zou zijn, als reeds volgende uit den regel »actor sequitur forum rei», in art. 126 R. vervat.

Te regt voert FOKKER hiertegen aan, dat het woordje »moeten» op zich zelf van geen kracht is, daar het toch van

¹⁾ FOKKER t. a. p. pg. 465.

²⁾ Dit gevoelen wordt verdedigd in »Opm. en Meded.» van DIRPHUIS en OUDEMAN I pg. 97—101.

even gebiedende beteekenis is als 't woordje »zal'', voorkomende in art. 126 R. Bovendien ook in art. 98 R. staat geschreven »de dagvaarding *moet* geschieden voor den regter van het kanton, waarin het goed gelegen is enz.", terwijl toch niemand zal twijfelen, dat de regter van een ander kanton slechts relatief incompetent is.

En wat den laatsten grond aangaat, zegt FOKKER, deze schijnt geheel onjuist, want art. 126 R. spreekt wel van persoonlijke, zakelijke of gemengde regtsvorderingen, maar daaronder kan onmogelijk gebragt worden de bepaling van art. 490 B. W., waarbij eene onder curatele-stelling verzocht wordt. De wetgever was dus genoodzaakt hier afzonderlijk het forum aan te wijzen.

Evenzoo moest hij 't doen in al die gevallen, waarin van geene persoonlijke, zakelijke of gemengde regtsvordering sprake is, maar waarvoor tot het aanvangen eener regtsvordering een regterlijk verlof tot dagvaarding vereischt wordt. Elk ander dan de aangewezen regter, zal dan den verzoeker niet-ontvankelijk behooren te verklaren. Maar meestal zal hier zelfs in 't geheel geen geschil aanwezig zijn, zoodat men met geene mogelijkheid kan spreken van onbevoegdheid uit hoofde van 't onderwerp des geschils of uit hoofde van den persoon des verweerders ¹⁾.

Alleen art. 354 R. baart nog eene moeilijkheid, die wij uit den weg moeten ruimen. Het bepaalt, waar een vonnis, in hooger beroep gewezen, zal worden ten uitvoer gelegd, maar voegt er op 't einde op: »behoudens de gevallen van vordering tot nietigverklaring van gijzeling, in zaken van

¹⁾ Vgl. art. 68, 71, 167, 169, 188, 293, 479, 519, 523, 536, 546, 989, 1070, 1103, 1124, 1173 B. W.; 23, 83, 84, 765, 892, 902 K.

art. 431, 481, 624, 639, 642, 643, 658, 712, 713, 735, 804, 841, 877 R. FOKKER pg. 470. LÉON pg. 893.

gedwongene onteigening en andere, in welke de wet *regts magt opdraagt*." In welken zin moeten deze woorden *regts magt opdraagt* verstaan worden? In den zin, dat de wet een' regter aanwijst *met uitsluiting van of bij voorkeur boven* een anderen? Wij nemen met FOKKER ¹⁾ 't laatste aan. Immers art. 644 R., hetwelk de bepaling inhoudt, dat de vordering tot nietigverklaring van- of tot ontslag uit de gijzeling, behoort te geschieden voor de regtbank van 't arrondissement, alwaar de eischer in gijzeling is gesteld, maakte daardoor elke andere regtbank relatief onbevoegd; maar dit forum is geheel in 't belang van den gegijzelde gekozen, opdat de zaak zoo spoedig mogelijk zou kunnen beslist worden. Derhalve staat het hem vrij van dit voorrecht afstand te doen, en de schuldeischers te roepen voor een' ander' regter, welke evenwel ten opzichte van de gedaagden bevoegd moet zijn, tenzij ook deze zich onderwerpen. In alle gevallen kan de regter zich niet ambtshalve incompetent verklaren, want noch een exceptionele regter, noch een bijzondere tak der regterlijke magt is met uitsluiting van anderen aangewezen. Op dezelfde wijze schijnt ook DE PINO ²⁾ die woorden op te vatten; althans zijn gekozen voorbeeld art. 495 R., dat voor geregtelijke verkoop van onroerende goederen het forum rei sitae aanwijst, geeft ons reden dit te vermoeden. Niet in 't belang van 't algemeen, maar in 't belang van partijen is dat forum gekozen; en niets belet dus, zoo de verweerder er genocgen mede neemt, den verkoop door een' ander' regter te doen geschieden.

Resumerende is ons resultaat: dat de toepasselijkheid van art. 155 R. beoordeeld moet worden naar de burgerlijke wetten, welke de betrekking regelen tusschen de geregten van denzelfden naam en rang; en die van art. 156 R.

¹⁾ t. a. p. pg. 473.

²⁾ t. a. p. pg. 498.

in den regel naar de Wet op de R. O., terwijl slechts bij uitzondering nog sommige artikelen der burgerlijke wetten, namelijk de art. 273, 435, 846 R. en 901 K. in 't belang der publieke orde de betrekking aanwijzen tusschen de verschillende takken der regtsmagt.

Die nu voor eenen regter geroepen is, welke onbevoegd is om van het geschil kennis te nemen, zal mogen vorderen dat de regter zich onbevoegd verklare, zonder dat deze hem naar eenen anderen bepaalden regter verwijst. Deze verwijzing, voorkomende in art. 131 van het Wetboek van 1830 en in art. 168 C. de Proc. heeft men bij de herziening weggelaten »omdat men begrepen heeft, dat die bijvoeging onnoodig was; het is genoeg dat de regter zich onbevoegd verklare; bij welken regter de zaak daarna zal moeten worden gebracht gaat eigenlijk den onbevoegden regter niet aan, en hij kan het ook niet altijd weten, waarbij komt, dat zoodanige verwijzing voor den regter, naar welken verwezen is, niet verbindende zou zijn, indien het bleek dat ook deze niet de bevoegde regter was" ¹⁾.

Maar wanneer moet de gedaagde de exceptie voorstellen? Die van art. 155 en 157, alvorens eenige andere weren van regten of eenige andere verdediging voor te dragen. Hij moet haar geheel afzonderlijk voorstellen, en met geene andere verdediging hoegenaamd laten gepaard gaan »omdat hij anders de bevoegdheid van den regter zoude hebben erkend, en tegen deze zijne eigene daad naderhand niet moet kunnen opkomen" ²⁾. Doch verschijnt de verweerder niet en laat hij verstek gaan, dan moet de regter over de zaak ten principale oordeelen, want ambtshalve mag hij deze relatieve incompetentie niet uitspreken ³⁾.

¹⁾ Memorie van Toelichting bij v. d. HONERT § 155.

²⁾ Mem. v. Toel. bij v. d. HONERT § 155. Zie art. 169 Proc.

³⁾ »*Opm. en Meded.*» I pg. 98. VERNEDE op art. 155 noot 2. OUDEMAN § 78.

Alleen wanneer zij, die eenen minderjarige, krankzinnige of anderen vertegenwoordigen, welke zelve niet in regten kunnen optreden, verzuimen de exceptie op te werpen, kan dit nog door het Openbaar Ministerie ambtshalve geschieden ¹⁾. Hoe, wanneer de gedaagde later tegen het vonnis in verzet komt, kan hij dan nog de exceptie gebruiken? Ja, volgens een vonnis van de Arr.-Regtbank te Amsterdam van 1 Augustus 1839 ²⁾, omdat hij door zijne niet-verschijning niet geacht kan worden de competentie van den regter te hebben erkend. De exceptie wordt niet gedekt dan door 't vooraf voorstellen van andere middelen van verdediging. Dat volgens DE PINTO ³⁾ ingeval van niet-verschijning van den gedaagde, zelfs de regter zich ambtshalve onbevoegd kan verklaren, komt mij niet aannemelijk voor, daar de wet hier in tegenstelling van art. 156 uitdrukkelijk eene verklaring van den verweerder zelven vordert, die ook de gegrondheid van zijn beweren zal moeten bewijzen ⁴⁾.

De absolute onbevoegdheid daarentegen kan in elken stand van 't geding, tot zelfs in cassatie, worden geldend gemaakt en 't is de pligt van den regter bij nalatigheid van den verweerder die ambtshalve uit te spreken.

Ten laatste nog deze opmerking: bij de beraadslagingen werd door de eerste afdeling gevraagd, of 't niet goed zoude zijn evenals bij art. 158 bij art. 155 uitdrukkelijk melding te maken van 't geval, dat door scheidsmannen de zaak moet worden beslist, omdat volgens de Memorie van Toelichting onder artikel 154 ook behoort de incompetentie op grond daarvan. Maar de regering antwoordde hierop, dat dit onnoodig was, omdat art. 154 alle redenen van onbevoegdheid insluit. In de bij art. 158 vermelde be-

¹⁾ MARTINI ad h. A. 3; VERNEDE op art. 155 noot 3.

²⁾ „Regtsgeel. Bijblad IV 808, 809.

³⁾ t. a. p. pg. 314.

⁴⁾ VERNEDE op art. 154 noot 3; Vonnis Rotterdam 17 Febr. 1840.

paling moest er van scheidsmannen afzonderlijk melding worden gemaakt, omdat aldaar gesproken wordt van het renvooi aan *den bevoegden regter*, onder welke benaming scheidsmannen niet waren begrepen ¹⁾.

De uit den aard der zaak bevoegde regter kan dus door overeenkomst van partijen geheel uitgesloten worden ²⁾. Evenwel een eigenlijk *forum contractus*, zooals dit bij de Romeinen bestond, hebben wij niet; men moet bij ons bij de overeenkomst eene zekere woonplaats of een' bepaalden regter aanwijzen, uitsluitend met het doel, dat daar de geschillen, uit die overeenkomst voortvloeiende, beslist worden; terwijl volgens 't Romeinsche regt het voldoende was, bij de verbindtenis eene zekere plaats voor de vervulling aangewezen te hebben, om ook daar gedagvaard te kunnen worden ³⁾. Alleen in 't belang des handels is onze wetgever van den regel afgeweken, zooals blijkt uit art. 314 R. laatste alinea, aldus luidende: »De eischer kan ter zijner keuze dagvaarden: voor den regter, binnen wiens rechtsgebied de betaling had moeten geschieden.»

Wanneer wij deze ontwikkeling onzer exceptie van onbevoegdheid met de Romeinsche *praescriptio fori* vergelijken, worden wij eene zeer groote overeenkomst gewaar. Zoo is die tweeledige verdeeling in relatieve en absolute onbevoegdheid ook *jure Romano* zichtbaar, al wordt zij daar niet met zoovele woorden vermeld. B.v. een municipaal-magistraat is relatief onbevoegd om boven eene zekere som regt te spreken, want partijen kunnen bij overeenkomst hem over eene grootere som laten beslissen; evenzoo kan de *procurator* des Keizers zich in andere dan fiscale zaken mengen; een *Praetor fideicommissarius* daarentegen is absoluut onbevoegd

¹⁾ V. D. HONERT § 155.

²⁾ OUDEMAN § 78.

³⁾ L 19 pr. § 1 et ult. D de judic. (V. 1); L 20, 45 eod.

ten opzichte van geschillen over voogdij of huwelijks-aan-
gelegenheden ¹⁾. Wat verder den tijd, om de exceptie voor
te stellen, en het bewijs aangaat, deze zijn in beide regten
op dezelfde wijze geregeld.

§ 2.

Exceptiën van aanhangig geding en van verknoctheid.

Deze beide exceptiën van aanhangig geding en van ver-
knoctheid, of, zooals zij gewoonlijk in 't gebruik genoemd
worden, van *litispendentie* en *connexiteit*, onderscheiden zich
voornamelijk hierin van elkander, dat de eerste gevorderd
wordt op grond dat dezelfde identieke zaak bij twee verschil-
lende regters is aanhangig gemaakt, terwijl voor de laatst-
genoemde slechts verwantschap tusschen twee geschillen
vereischt wordt. Het doel, dat met beide exceptiën beoogd
wordt, is het voorkomen van noodeloze onkosten en vooral
van tegenstrijdige beslissingen, die twee regterlijke collegiën
ligt omtrent dezelfde zaak zouden kunnen geven.

Hetzelfde beginsel vinden wij reeds in het Romeinsche
Regt gehuldigd. De voornaamste plaatsen, die daarover
handelen, zijn: L 30 D de jud. (V. 4) »Ubi acceptum est
semel judicium, ibi et finem accipere debet»; L 5 C. arbitr.
tut. (V. 51) »Omnes tutores, seu heredes eorum qui ad-
ministraverunt tutelam, ad eundem judicem ire debere,
jampridem constitutum est»; L 10 C. de jud. (III. 4):
»Nulli prorsus audientia praebeatur, qui causae continen-
tiam dividet, et ex beneficii praerogativa id quod in uno
eodemque judicio poterat terminari, apud diversos judices
voluerit ventilare»; L 2 D de quibus rebus ad eundem jud.
(XI. 2) »Cum ex pluribus tutoribus unus, quod caeteri non

¹⁾ VAN HAMELSVELD t. a. p. pg. 96.

sint idonei, convenitur, postulante eo, omnes ad eundem judicem mittuntur: et hoc rescriptis Principum continetur" ¹⁾.

Omtrent ons oud regt vinden wij bij HUBER ²⁾ met name alleen gewag gemaakt van de exceptie van *litispendentie*, die de gedaagde in twee gevallen kan gebruiken. Vooreerst, wanneer hij na de litiscontestatie (d. i. na zijn antwoord op den eisch zijner tegenpartij) voor een' tweeden regter geroepen is, wegens dezelfde zaak, kan hij haar opwerpen, zeggende ongehouden te zijn, om op dezen nieuwen eisch te antwoorden, omdat dezelfde zaak reeds voor een gerecht ahangig is. Vervolgens komt zij nog te pas, wanneer voor een en hetzelfde gerecht iemand eene zaak op nieuw wil aanvangen, waarover reeds geprocedeerd wordt, tenzij het proces onder het gerecht mogt geraakt zijn, in welk geval de exceptie niets uitwerkt. De exceptie van *connexiteit* of *verknogtheid* wordt door hem niet aldus genoemd, maar hij spreekt van *zamenhang van zaken* ³⁾, die niet goed gescheiden kunnen worden en daarom voor denzelfden regter moeten worden gebracht; en van *versecheidenheid van jurisdictiën* ⁴⁾, zooals b. v. wanneer er meerdere erfgenamen van een' oorspronkelijken schuldenaar, of wanneer meerdere personen van den beginne af aan eene zaak deelachtig zijn, dan moeten zij allen, verschillende jurisdictiën hebbende, voor het Hof gedagvaard worden. Maar deze verschillende jurisdictiën moeten allen in Friesland zijn; want of ééne der partijen in eene andere provincie woont, dat geeft daar geene verandering van regtsmagt.

Gelijk wij zoo even zeiden, heeft onze wetgever de Romeinsche beginselen aangenomen en in art. 158 R. nedergelegd. Het artikel omvat de beide exceptiën, bepalende,

¹⁾ Vgl. MERLIN, „*Rép.*” in voce „*Connexité*” § 1.

²⁾ t. a. p. V. 17. 12. Vgl. MERULA t. a. p. XL. 3. 21.

³⁾ t. a. p. IV. 29.

⁴⁾ t. a. p. IV. 28.

dat de verwijzing mag gevraagd worden, in de eerste plaats, wegens litispendentie, d. i. »in zaken, welke reeds te voren door eene dagvaarding voor eenen anderen regter zijn aanhangig gemaakt tusschen dezelfde personen en over hetzelfde onderwerp, of welke reeds door dezelfde personen en over hetzelfde onderwerp aan scheidsmannen zijn opgedragen en voor dezelve aanhangig zijn»; en in de tweede plaats wegens connexiteit, d. i. »ingeval het geschil aan eene zaak verknocht is, die reeds voor eenen anderen regter of scheidsmannen aanhangig is." Vergelijken wij deze bepaling met art. 171 C. de Proc., dan valt de grootere volledigheid van ons artikel in 't oog. Want hierbij is bepaald, wanneer eene zaak geacht moet worden, aanhangig te zijn gemaakt, hetgeen vóór dien tijd een zeer betwist punt was. Men stelde daarom het tijdstip der dagvaarding vast, omdat, volgens de Memorie van Toelichting, bij deze acte ook reeds de eisch gedaan wordt. En verder is in ons artikel te regt melding gemaakt van scheidsmannen, voor welke bijvoeging dezelfde reden bestaat als voor gewone regters ¹⁾. Maar toch in weêrwil dezer gewigtige veranderingen heeft ons artikel tot veelvuldige vragen aanleiding gegeven, die op verschillende wijzen worden beantwoord. De voornaamste laten wij hier volgen.

Vooreerst: is de vraag, of er tusschen twee gedingen verknochtheid bestaat; eene quaestio facti of eene quaestio juris? Bij vier arresten van 15 October 1841 en bij een ander arrest van 15 April 1842 ²⁾ besliste de hooge raad, dat 't eene quaestio juris is. VERNEDÉ ³⁾ is van hetzelfde gevoelen. Maar DE PINTO ⁴⁾ betwijfelt de juistheid daarvan.

¹⁾ V. D. HONERT § 158.

²⁾ Zie deze arresten aangehaald bij V. D. HONERT, B. R. II 329—350; III 332—363.

³⁾ Op art. 158 noot 5; MARTINI ad h. A.

⁴⁾ t. a. p. pg. 319.

op grond dat de wet nergens eene definitie van verknochtheid geeft en dat de beantwoording der vraag meestal afhangt van de feitelijke omstandigheden. Dit laatste kan voorzeker niet ontkend worden; en die omstandigheden zelve zijn niet vatbaar voor een nader onderzoek in cassatie; zij worden als bewezen aangenomen. Maar nu rijst de vraag op, of op grond dier omstandigheden een zoodanig naauw verband tusschen beide gedingen bestaat, dat hunne gelijktijdige behandeling niet mag geweigerd worden? En dit is zonder twijfel eene quaestio juris. Dat de wet geene definitie geeft, doet niets ter zake, want de wetgever heeft zich daarvan zooveel mogelijk onthouden, en slechts bij uitzondering dezelve toegelaten.

Ten tweede: welke vereischten moet eene zaak hebben, opdat op grond daarvan hetzij wegens litispendingie, hetzij wegens connexiteit de verwijzing kan gevraagd worden? Voor litispendingie, zegt de wet, moeten beide zaken tusschen dezelfde personen en over hetzelfde onderwerp aanhangig zijn; maar voor connexiteit vordert zij diezelfde vereischten niet; verknochtheid, verwantschap tusschen beide gedingen is voldoende. Evenwel, zooals de PINTO ¹⁾ opmerkt, niet iedere soort van verknochtheid kan tot die verwijzing aanleiding geven, zij moet van dien aard zijn, dat, gelijk het provinciaal gerechtshof van Gelderland het uitdrukte, »de beslissing van de eene zaak als van zelve de beslissing van de andere zaak met zich brengt, of hierop van onmisbaren invloed is, of ook, dat de beide regtsvorderingen bij één en hetzelfde vonnis *kunnen en moeten* beslist worden” ²⁾. Het Romeinsche regt geeft ons van zoodanige verwantschap een voorbeeld in L 5 C. arbitr. tut., bepalende, dat, wanneer

¹⁾ t. a. p. pg. 318.

²⁾ Arrest 13 Januarij 1841 en arrest H. Raad van 15 October 1841, dat den eisch tot cassatie tegen genoemd arrest verwierp. OUDEMANS pg. 204; MARTINI art. 158 aanm. 2.

meerdere tutores ééne voogdij hebben bestierd, of wanneer bij 't overlijden van den voogd, meerdere erfgenamen hem opvolgen, deze allen bij geschil voor denzelfden regter moeten geroepen worden, opdat deze onderzoeken, tot hoeveel elk veroordeeld moet worden. Een ander voorbeeld vindt men in art. 1241 al. 1 B. W. In de meeste gevallen zal dat naauw verband tusschen twee geschillen wel bestaan bij de zulke welke tusschen dezelfde partijen gevoerd worden, maar een bepaald vereischte is het niet. Toch houdt *CARRÉ* ¹⁾ dit voor noodig, overeenkomstig een arrest van 't Hof van Parijs van 31 Augustus 1808, hetwelk besliste, dat, wanneer meerdere eischen door verschillende personen, welke onderscheidene belangen hebben, gedaan worden, maar tegen denzelfden persoon, voor dezelfde regtbank en over dezelfde quaestie, de verweerder niet ontvankelijk is in zijnen eisch tot vereeniging dezer gedingen. Ik zie niet in, waarom de regter die verschillende belangen niet in 't oog kan houden en waartoe die herhaalde behandeling der hoofdquaestie zal dienen? Noodeloos tijdverlies en noodeloze kosten moeten van die herhaling het gevolg zijn. En bovendien kan daardoor zeer ligt gebeuren, wat men ook door de bepaling van art. 158 (en art. 171 Pr.) heeft willen voorkomen, namelijk eene tegenstrijdige beslissing in het hoofdgeschil.

Eene nadere overweging verdient nog de vraag, geopperd in *Regtsgeleerde Adviezen* I pg. 131: of hij, die in regten wordt aangesproken door een' voogd quâ talis, gerechtigd is, dien voogd tegen te werpen de exceptie van verwijzing ter zake van verknochtheid, wanneer het geding, waarnaar verwezen zou worden, tusschen den gedaagde en eenen derde, voor scheidsmannen aanhangig is?

Dat deze exceptie kan worden toegelaten, ofschoon de

¹⁾ ad. art. 171.

beide gedingen *niet* tusschen dezelfde partijen gevoerd worden, is aangenomen door een vonnis van de Arrondissements-Rechtbank te Rotterdam van 14 October 1840, bevestigd door een arrest van 't Hof van Holland van 19 Mei 1841, en door een vonnis van de Arrondissements-Rechtbank te Arnhem van 22 Mei 1840, op dit punt bevestigd bij een arrest van 't Hof van Gelderland van 13 Januarij 1841 ¹⁾. Maar in bovengemeld tijdschrift wordt de gestelde vraag ontkennend beantwoord ²⁾ op de volgende gronden: 1°. dat 't nergens blijkt, dat onze wetgever de naar het fransche regt bestaande gelijkheid van vereischten heeft willen opheffen; 2°. dat hij in het tegenovergesteld geval beide exceptiën niet te gelijk in hetzelfde artikel behandeld zou hebben; 3°. dat, wanneer derhalve het aanwezig zijn derzelfde partijen bij connexiteit een vereischte is, er nog veel minder verwijzing kan plaats hebben, als het geding, waarnaar zou moeten worden verwezen, voor scheidsmannen gevoerd wordt, en als hij, dien men wil zien verwezen, in zijne hoedanigheid als voogd procedeert; 4°. dat scheidsmannen exceptionele regters zijn, wier bevoegdheid en verplichting om regt te spreken beperkt is binnen de grenzen van den aan hen door partijen opgedragen en door hen aangenomen last; 5°. dat dus eene uitdrukkelijke wetsbepaling noodig is, om hunne bevoegdheid verder uit te breiden, zooals in art. 158 R. vervat is voor litispudentie en connexiteit van twee gedingen tusschen dezelfde personen; en 6°. dat art. 465 B. W. den voogd verbiidt, zonder bepaald verlot van den regter, eene zaak aan de beslissing van arbiters op te dragen, terwijl een vonnis van verwijzing geenszins kan gelijk staan met de beschikking der rechtbank, welke verlot geeft om te compromitteren. De kracht dezer argumenten is aan zoovele bedenkingen

¹⁾ V. D. HONERT, B. R. II 344; III 356.

²⁾ Eveneens door VERNEDE op art. 158 noot 8.

onderhevig, dat wij niet aarzelen tot eene tegenovergestelde slotsom te komen.

Wat den eersten grond aangaat, deze vervalt geheel, door op te merken, dat ook naar het fransche regt geene gelijkheid van vereischten bestond. Art. 171 C. de Pr. vordert slechts in het eene geval: »une demande pour le même objet», en in 't andere geval: »une contestation connexe à une cause déjà pendante.» Wel is waar nam de fransche jurisprudentie aan, dat ook in 't laatste geval de beide gedingen tusschen dezelfde partijen moesten aanhangig zijn, zooals blijkt uit het boven aangehaald arrest van 't Hof van Parijs; maar de jurisprudentie is de wet niet; deze zegt er niets van. Daarom meen ik regt te hebben tot de bewering, dat, na het bewijs van 't bestaan van een zoo naauw verband tusschen twee geschillen, dat hare gelijktijdige oplossing door denzelfden regter, zonder gevaar voor het belang van partijen, geschieden kan, de regter die verwijzing niet mag weigeren. Identiteit van partijen wordt niet gevorderd; maar zij is noodzakelijk bij litispendentie, ook al had de wet 't bij ons niet uitdrukkelijk er bij gevoegd, omdat hier in *alle* opzigten beide gedingen dezelfde moeten zijn. Uit de gelijktijdige behandeling der beide gronden van verwijzing in hetzelfde artikel kan tegen deze opvatting geen argument geput worden. Want, waarom behandelt de wetgever ze gelijkelijk? Omdat, volgens de Memorie van Toelichting ¹⁾, de samenhang of verknochtheid van het geschil met eene regthangige zaak overeenkomstig de bekende regtsbeginselen met litispendentie gelijk staat, d. i. in zover verre als zoo wel op grond van de eene als van de andere verwijzing kan gevraagd worden. Verder kan die gelijkstelling niet getrokken worden. Het onderscheid, dat de schrijver van meer genoemd stuk vervolgens maakt:

¹⁾ V. D. HONERT § 158.

tusschen regters en scheidsmannen, wordt juist door ons artikel geheel weggenomen. In dit bijzondere geval staan zij volkomen gelijk. De wet breidt hier de bevoegdheid der scheidsmannen, wier regtspraak overigens binnen de grenzen van hunnen last beperkt is, hier uitdrukkelijk uit en wel in 't voordeel van partijen zelve, omdat anders althans ééne partij genoodzaakt zou zijn, over hetzelfde onderwerp tweemaal te procederen. En ten laatste, art. 465 B. W. brengt geene verandering te weeg; dit spreekt van *vrijwillige* opdragt der beslissing eener zaak aan scheidsmannen, en daarvoor heeft de wetgever wijselijk in 't belang der minderjarigen het verlot van de regtbank gevorderd. Maar hiervan is nu geen sprake; de *regtbank* geeft hun 't geschil in handen, doch niet dan na onderzoek van zaken; de regter zal moeten nagaan, of er tusschen beide gedingen zulk een groote graad van verwantschap bestaat, dat op dien grond de verwijzing kan toegestaan worden, en bij dit onderzoek het voorschrift van art. 451 B. W. moeten volgen.

Ten derde geeft ons art. 158 R. aanleiding tot deze vraag: kan de verwijzing ook worden gevraagd, indien de verknochte zaak aanhangig is bij *denzelfden* regter? Neen, als men zich aan de woorden der wet vastklemmt; tweemaal wordt er van eenen *anderen* regter gesproken. In dezen zin werd beslist door den Hoogen Raad bij een arrest van 15 April 1842, vernietigende een arrest van het Hof van Holland van 19 Mei 1844 ¹⁾, hetwelk een vonnis der Arr.-Regtbank te Rotterdam van 14 October 1840 had bevestigd. Bij dit laatste was nanelijk uitgemaakt: »dat het niets ter zake afdoet, of de beide regtsgedingen (tusschen welke de verknochtheid bestaat) al dan niet voor dezelfde regtbank aanhangig zijn" ²⁾.

¹⁾ „Weekblad v. h. Regt" 190; „R. in Nederl." III pg. 96.

²⁾ V. D. HONERT, B. R. III 77; OUDEMAN pg. 205; DE PINTO pg. 320, VERNEDE art. 158 noot 3; MARTINI pg. 1319; CARRÉ op art. 171.

Dit bevestigende antwoord werd ook nog gegeven door twee vonnissen van de Arr.-Regtbank te Amsterdam van 8 November 1842 ¹⁾ en van 3 Maart 1858 ²⁾ en door een vonnis van de Arr.-Regtbank te 's Gravenhage van 28 Maart 1845 ³⁾. Maar deze laatstgenoemde vonnissen spreken niet van verwijzing, maar van *voeging* der beide regtsgedingen, alsof dit iets anders ware. Met DE PINTO zie ik er slechts een verschil van woorden in; de zaak blijft dezelfde; want men beroept zich ook bij deze voeging alleen op art. 158 R. Ook ik antwoord bevestigend; mij dunkt, de analogie spreekt hier te stork, dan dat wij aan de woorden van het artikel mogen blijven hangen; er is hoegenaamd geene reden, om hier niet hetzelfde aan te nemen als bij verschillende regters. Al hetgeen de wetgever in 't eene geval heeft willen voorkomen, bestaat in 't andere geval evenzeer en in dezelfde mate. Zoo heeft ook de Hooge Raad bij een later arrest van 25 April 1856 ⁴⁾ aangenomen, dat dit artikel de verwijzing naar denzelfden regter niet verbiedt, dat door de verwijzing art. 158 niet wordt geschonden ⁵⁾. Zij is dus gelukkig van hare vroegere leer teruggekomen en heeft die der algemeene jurisprudentie omhelsd.

Ten vierde: kan de verwijzing gevraagd worden, wanneer de zaak bij eenen *vreemden* regter aanhangig is? Onder de fransche wetgeving was 't een betwist punt. Ik vereenig mij met het gevoelen van hen, die een ontkennend antwoord geven. Art. 431 R. toch bepaalt, dat, behalve in de gevallen, uitdrukkelijk bij de wet vermeld, geene vonnissen door vreemde regters of regtbanken gewezen binnen het

¹⁾ „R. Bijblad” V 253.

²⁾ „R. Bijblad” 1859 pg. 136.

³⁾ „Weekblad” 589.

⁴⁾ „Weekblad” 1746. Zie ook nog Overijssel, 28 November 1844 („Weekblad” 2686.)

⁵⁾ Vgl. DE PINTO pg. 320.

koningrijk kunnen ten uitvoer gelegd worden en dat de gedingen op nieuw bij den Nederlandschen regter moeten worden behandeld en afgedaan. De exceptie van gewijsde zaak kan in dit geval niet opgeworpen worden, omdat het vreemde vonnis als niet bestaande wordt aangemerkt. Maar evenmin kan men dan 't aanhangig zijn van een geding bij den vreemden regter in aanmerking nemen ¹⁾.

Ten vijfde: wanneer en hoe lang wordt eene zaak geacht regthangig te zijn? Zoodra de dagvaarding gedaan is, wordt het geding regthangig en blijft dit, totdat de zaak in staat van gewijsde is overgegaan, d. i. totdat geen regtsmiddel meer mogelijk is, om het vonnis aan te vallen. Aldus besliste het Hof van Holland bij een arrest van 19 Mei 1841 en de Arr.-Regtbank van Amsterdam bij twee vonnissen van 7 Maart en 8 Julij 1843 ²⁾; het eerste op grond, dat op 't ingestelde beroep in cassatie nog niet beslist, en de laatste op grond, dat het gewezen vonnis nog voor appel vatbaar was ³⁾.

Ten laatste: waar moet de verwijzing gevraagd worden? Art. 158 zegt: bij den regter, waar dezelfde of de verknochte zaak het laatst aanhangig is gemaakt; tenzij, voegt OUDEMAN ⁴⁾ er bij, de regter, bij wien de verknochte zaak reeds is gebracht, onbevoegd mogt zijn uit hoofde van het onderwerp des geschils. Waartoe deze bijvoeging dient, begrijp ik niet. De tweede regter behoeft niet na te gaan, of zijn collega bevoegd is; dit gaat hem niet aan. Alleen heeft hij te onderzoeken of de zaak reeds aanhangig is, met andere woorden, of de dagvaarding al geschied is. Bij wien

¹⁾ VERNEDE op art. 158 noot 9; OUDEMAN pg. 204.

Vgl. vonnis van de Arr.-Regtb. te Amsterdam van 30 October 1850; „Weekblad” 1185.

²⁾ „R. Bijblad” V 448; VI 87.

³⁾ Vgl. VERNEDE Art. 158 noot 4.

⁴⁾ t. a. p. pg. 205.

zou anders de verwijzing moeten gevraagd worden? Eene andere vraag is, of eene zaak geacht kan worden nog aanhangig te zijn, wanneer de regter zich onbevoegd verklaard heeft, en van deze beslissing nog geen hooger beroep is ingesteld. Deze moet ontkennend beantwoord worden, en daarom zal de tweede regter in dit geval de gevraagde verwijzing niet toestaan ¹⁾.

§ 3.

Exceptie van nietigheid van dagvaarding.

In het oudste Romeinsche regt was het de eischer zelf, die den gedaagde voor den magistraat moest brengen, zonder dat deze daartoe zijne hulp verleende. Was de gedaagde weigerachtig om te volgen, dan mogt de eischer, na oproeping van getuigen, hem zelfs met geweld (*oborto collo*) naar de regtplaats slepen ²⁾. Hier eerst ontvouwde de eischer zijne vordering en voerde de gedaagde zijne gronden daartegen aan; en was 't geschil voor eene dadelijke beslissing vatbaar, dan werd terstond aan de zaak een einde gemaakt, terwijl in 't tegenovergesteld geval de partijen naar een judex of arbiter of naar de centumviri verwezen werden. Onder 't formulair-systeem bleef deze in jus vocatio in principe bestaan; maar in plaats van die gewelddadige wegvoering, kwam nu de Praetor tusschen beiden; hij gaf den eischer verlof om bij weigering zijner tegenpartij, van deze een pand te nemen of hij sprak eene geldboete tegen haar uit. Tevens kwam langzamerhand het gebruik in zwang

¹⁾ VERNEDE op art. 158 noot 4; zie een vonnis van de Arr.-Regth. te Amsterdam van 8 Dec. 1843; „*R. Bijblad*” VI 337. Wanneer de exceptie van litispudentie verworpen wordt, kan hieruit een jurisdictiegeschil ontstaan, waarover zie de art. 274—276 R.

²⁾ Vgl. Lex XII Tab. I, 1. 2.

om bij de in jus vocatio den gedaagde mondeling mede te deelen, waarom hij gedagvaard werd (*actionis denuntiatio* ¹⁾). CONSTANTIJN ²⁾ maakte deze vrijwillige mededeeling tot eene verplichting en bepaalde daarbij, dat de denuntiatio bij den magistraat zou geschieden, die op zijne beurt weér door middel van een viator of executor haar aan den gedaagde moest bekend maken ³⁾.

Van deze *actionis denuntiatio* vinden wij in het Justinianeische regt geen melding meer gemaakt. De *libellus conventionis* heeft hare plaats ingenomen. Deze libellus nu was eene acte, die de vordering des eischers bevatte, en door dezen aan den regter werd overgegeven, om vervolgens aan den gedaagde ter hand te worden gesteld door een beambte, die tevens van den regter mondeling of schriftelijk bevel kreeg, om den gedaagde tegen een' bepaalden dag in regten te roepen ⁴⁾.

Deze moest daarop de cautio judicio sisti stellen en bij gebreke daarvan den beambte dadelijk volgen, om tot dien dag in verzekerde bewaring gehouden te worden. De termijn, welke tusschen de dagvaarding en de behandeling der zaak voor den regter moest verlopen, is door JUSTINIANUS op twintig dagen vastgesteld, terwijl voorheen tien dagen voldoende waren. Ter nakoming van dit voorschrift werd nog vastgesteld, dat de gedaagde onder de acte moest schrijven, op welken dag hem deze was aangeboden. Maar hij kon nog eenig uitstel verzoeken vooral om getuigen en bewijsstukken voor te brengen ⁵⁾.

¹⁾ L 7 D de inoff. test. (V 2); L 20 § 11 D de hered. pet. (V 3).

²⁾ L 2 C. Th. de denunt. vel edit. rescr. (II 4).

WIEDING § 19.

³⁾ FUCHTA § 184.

⁴⁾ § 24 Inst. de act.; L 3 C. de praescript. 30 ann. (VII 39); L 3 C. de ann. exc. (VII 40); Nov. 53 c. 3; Nov. 112 c. 2.

⁵⁾ Deze dilaciones worden genoemd: legales (b.v. wegens feestdagen),

In ons oud regt was 't geven van een libel afgescheiden van de citatie. Elke regtspleging begon namelijk met eene citatie, tenzij de partij van zelf compareerde en bereid was den eisch aan te hooren. Als partijen niet kunnen overeenkomen, maar »oppositie valt, zoo moet de Eysscher dienen van libel ende ook dadelyk leeveren". De advokaten evenwel waren gewoon eerst te dienen, d. i. te verklaren dat zy een schriftuur zouden leveren op zekeren tijd. Dit libel was een schriftuur, inhoudende de intentie des Eysschers, en bestond, behalve de voorrede en eenige aanhangsels uit drie gedeelten, te weten: 1 de uiteenzetting der vordering, 2 het daarop passende regt, en 3 de conclusie. De voorrede bevatte de namen en qualiteiten van den eischer en gedaagde en den naam van het geregt of van den commissaris. De aanhangsels hielden eenige clausulen in, welke, ofschoon door de Ordonnantie niet gevorderd, men in de praktijk gewoon was er bij te voegen, zooals: cum expensis; salvo jure addendi et detrahendi; verzoekende, dat mij op de allerbequamste manier regt ende justicie mach worden gegunt; implorato nobili Judicis officio. ¹⁾

Dit libel komt dus geheel overeen met onze conclusie van eisch. Maar afgezonderd daarvan bezitten wij nog eene andere schriftelijke acte, die on de dagvaarding en de libellus conventionis van de Romeinen bevat. Zij dient om op wettige wijze aan den gedaagde kennis te geven van de vordering, die de eischer tegen hem instelt, en om hem tegen een bepaalden dag voor den regter te roepen, ten einde zich op die vordering te verweren.

Deze dagvaarding nu, zooals die acte genoemd wordt, moet aan een aantal vereischten voldoen, welke de wet

conventionales en judiciales. Vgl. L 4 C de dilat. (III 11); § 2 Instit. de offic. jud. (IV 17); L 2 C. ut intra cert. temp. (IX 45); L 36 D de judiciis (V 1). WIEDING, pg. 341 v., 385.

¹⁾ Vgl. Huber V 1 en 5.

meestal op straffe van nietigheid heeft voorgeschreven. Al hetgeen de artikelen 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 10, 11, 12, 14, 15 en 16 B. Rv. bepalen, moet worden in acht genomen, zoo men niet de kans wil hebben het exploit nietig te hooren verklaren (Art. 92). Want bij niet nakoming dier voorschriften moet de regter, wanneer de gedaagde niet verschijnt, ex officio de nietigheid uitspreken¹⁾, en wanneer hij wel verschijnt, zoo deze de exceptie inroept vóór alle waren en exceptiën, behalve die van onbevoegdheid des regters. Slechts ééne uitzondering op dezen regel wordt door art. 94 toegelaten, bepalende, dat, wanneer het verzuim of de overtreding van dien aard wordt bevonden, dat de gedaagde daardoor in zijne verdediging niet is benadeeld, en alzoo geen belang heeft zich van de nietigheid te bedienen, de regter de exceptie kan verwerpen. Al die vereischten zijn in 't belang van den gedaagde voorgeschreven, opdat deze zou weten, waarom, door wien, wanneer en waar hij gedagvaard wordt.

Maar onder de in art. 92 opgenoemde artikelen vinden wij geen gewag gemaakt van de art. 6, 9 en 13. Wat is hiervan 't gevolg?

De niet-opneming van art. 6 schijnt ten gevolge te hebben dat het voorschrift van al. 1 niet op straffe van nietigheid moet worden in acht genomen; maar al. 2 valt reeds onder art. 4 n°. 1, en is bijgevolg in art. 92 opgenomen.

Art. 9 daarentegen is blijkbaar vergeten; want waarom zou de wetgever alleen 't in acht nemen van dien termijn uitgezonderd hebben, terwijl hij alle andere termijnen op straffe van nietigheid voorschrijft? De oorzaak van dit verzuim is ook gemakkelijk na te gaan. In het Wetboek van 1830 kwam 't art. niet voor; eerst bij de herziening heeft men het er ingelascht, maar nu vergeten het reeds bestaande

¹⁾ BONCENNE II 87; DE PINTO § 78.

art. 92 dienovereenkomstig te wijzigen. De gevolgen van dit verzuim zijn, dat, wanneer de personen, bedoeld in art. 9, op eene te korte dagvaarding niet verschijnen, geen verstek tegen hen kan worden verleend (Art. 76 B. Rv.), terwijl, zoo zij wel verschijnen, zij niet ontvankelijk zijn in hun beroep op de exceptie van nietigheid van dagvaarding. De regter is alleen bevoegd, volgens art. 94 al. 2 aanvulling der onvolledigheid te vorderen. Het voorschrift van art. 90 is zoo gebiedend, dat geene afwijking geoorloofd is. Evenwel de praktijk neemt nog eene zoogenaamde *substantiële nietigheid* aan, volgens den regel: *actus consistere non potest sine substantia*; dat namelijk al wat tot 't wezen eener acte behoort, al heeft de wet 't niet uitdrukkelijk gezegd, toch op straffe van nietigheid moet worden in acht genomen¹⁾. Maar ook hieronder valt 't voorschrift van art. 9 niet²⁾.

Wat ten laatste art. 13 aangaat, is 't duidelijk dat de hier opgenoemde vereischten tot 't wezen der acte behooren, die dus buiten haar niet kan bestaan, zoodat bij 't onthreken van ééne der vereischten de nietigheid moet uitgesproken worden.

Tot de voorschriften, welke op straffe van nietigheid bij de dagvaarding moeten in acht genomen worden, behoort

¹⁾ Dit beginsel hebben wij overgenomen van de fransche schrijver: „D'ailleurs”, zegt LAVIELLE, in „*Etudes sur la Procédure Civile*” Paris 1862, pg. 149, „comme le dit tres-bien M. CARRÉ, ajoute MERLIN, l'article 1030 n'est relatif qu'à des contraventions, à des dispositions législatives concernant les formalités des actes, et ne peut recevoir son application dans le cas d'une loi expressément prohibitive”. „Ce qu'avait dit CARRÉ avant MERLIN, PIGEAU l'avait dit avant CARRÉ, et plusieurs autres l'ont répété après l'un et l'autre”.

Vgl. TOULIER IV 498—519; MERLIN, „*Repert.*” voce „Nullités”, Berriat-St.-Prix pg. 139.

²⁾ Ons gevoelen wordt verdedigd door NIENHUIS in „*R. Bijblad*” VI 31; ASSEER aldaar pg. 93; OUDEMAN pg. 122. Zie daarentegen BOAS in „*R. Bijblad*” VI 143 v.; DE PINTO pg. 186; VERNEDE op art. 92, noot 2.

o. a. het voorschrift van art. 7, bepalende, dat de gewone termijn van dagvaarding voor den kantonregter van ten minste vijf dagen, en voor de arrondissements-regtbank en het hof ¹⁾ van ten minste acht dagen is, voor degenen, die in het koninkrijk wonen of hun verblijf houden; terwijl in spoed vereischende zaken de kantonregter op mondeling verzoek van den eischer, en de president van het hof of de regtbank bij een op het request gegeven bevelschrift kunnen toestaan, om die termijnen te verkorten.

Bij de beraadslagingen hierover is door de eerste afdeling gevraagd, of niet behoorde bepaald te worden, wat men verstaat door korteren termijn? Hierop werd van wege de regering geantwoord, dat dit ondoelmatig zou zijn, omdat 't vaststellen van dien termijn van omstandigheden kan afhangen, en het alzoo aan den regter moet worden overgelaten, om naar die omstandigheden te beschikken ²⁾. 't Is derhalve den kantonregter en den president overgelaten, om de ruimte van dien korteren termijn vast te stellen, zonder dat zij hierin eenigzins beperkt zijn. De gedaagde evenwel kan daartegen zijne bezwaren voordragen, beweerende, dat de zaak niet zulk eene spoed vereischt. Oordeelt nu de regtbank eveneens zoo, dan kan zij, gebruik makende van art. 137 § 3 in fine, den gedaagde eenig uitspel verleenen, maar nooit 't exploit zelf nietig verklaren, zooals door het Hof van Zuid-Holland bij twee arresten van 30 Julij 1842 ³⁾ en van 19 Junij 1844 ⁴⁾ is aangenomen ⁵⁾.

¹⁾ Onder de algemeene benaming *hoven*, zonder bijvoeging van *provinciale*, moet ook de hooge raad begrepen worden. Vgl. v. D. HONERT § 7.

²⁾ v. D. HONERT, § 7.

³⁾ „*R. Bijblad*” IV 865.

⁴⁾ „*Weekbl.*” 507.

In anderen zin besliste de Arr. R. te Amsterdam bij vonnis 19 Aug. 1852; „*R. Bijblad*” 1852 pg. 629.

⁵⁾ Zie OUBEMAN pg. 28; DE PINTO pg. 54 v.; CARRÉ op art. 72.

Deze bevoegdheid, om de termijnen te verkorten, strekt zich niet uit tot de zoogenaamde verlengde termijnen van art. 8, 9 en 10 ¹⁾, hetgeen blijkt uit het antwoord der regering op eene vraag der tweede afdeeling, of 't niet beter ware het laatste lid van art. 7 achter art. 10 te plaatsen: »dat de verlangde verplaatsing dezer bepaling niet kon worden toegegeven, omdat de dagvaardingen daar bij bedoeld, *voor geene verkorting van termijnen vatbaar zijn* ²⁾.

De eenige uitzondering op onzen regel bevat art. 14, bepalende dat, wanneer iemand, buiten het koninkrijk woonachtig, binnen het koninkrijk persoonlijk vertoeft of voor eene bepaalde zaak woonplaats gekozen heeft, de termijnen voor ingezetenen vastgesteld zullen gelden.

De termijnen zijn in art. 304 R voor zaken van koophandel aanmerkelijk verkort, zoodat dan zelfs van uur tot uur kan gedagvaard worden ³⁾. Maar, wanneer de gedaagde (ingezetene) eene woonplaats gekozen heeft, wordt dan volgens deze of volgens de werkelijke woonplaats de termijn berekend? Mij dunkt, volgens de werkelijke woonplaats, want de termijnen zijn ingesteld, opdat de gedaagde tijd

Daarentegen MARTINI ad art. 7; arrest van 't H. Gerechtshof te 's Hage 16 April 1817 bij VAN HAMPELVELD „*Verz. van Gewijsden*” (1814) II 206—209. BONCENNE I 236.

¹⁾ Aldus het arrest van Z. Holland v. 30 Julij 1842; DE PINTO p. 51; VERNEDE op art. 7.

²⁾ V. D. HONERT § 9.

³⁾ 't Ware hoogst wenschelijk, dat in 't algemeen de termijnen, naar afstanden berekend, aanmerkelijk verkort werden, daar de dagelijks toenemende verbetering der middelen van vervoer de verplaatsing binnen uiterst geringen tijd doet geschieden. Zie hierover een opstel van Mr. M. H. GODEFROI in „*Magazijn v. Handelsregt*” van DE VRIES en MOLSTER V afd. II pg. 3, over de fransche wet van 3 Mei 1862 tot verkorting van termijnen in burgerlijke zaken en in die van koophandel. Vgl. LAVIELLE ch. III, en GODEFROI, in „*Themis*” 2e Verz. X bl. 50 en volg.

zou hebben om zijne verdediging gereed te maken en om zich ter plaatse te begeven, alwaar hij gedagvaard is. Deze verplaatsing nu kan door de keuze eener woonplaats moeilijk weggedacht worden. Art. 11 bepaalt wel 't tegendeel voor personen, buiten 't koninkrijk woonachtig, doch deze bepaling moet niet, zooals OUDEMAN zegt, buiten hare grenzen worden uitgestrekt tot ingezetenen ¹⁾.

Behalve de in art. 92 genoemde voorschriften moeten nog die van art. 133 al. 1 en van art. 439 al. 4 B. Rv. op straffe van nietigheid worden in acht genomen. Heeft de eischer er slechts één verzuimd, dan verkrijgt de gedaagde eene exceptie, om, behoudens het geval bij art. 94 voorzien, het exploit te doen nietig verklaren.

VOET ²⁾ ontkent, dat ditzelfde jure Romano kon plaats hebben; was er een gebrek in de in jus vocatio, de gedaagde behoefde niet te verschijnen; maar kwam hij daarentegen toch vrijwillig, dan werd de gebrekkige citatie eo ipso van kracht, zooals volgens hem blijkt uit de L 1 § 1 D de feriis (II 12) „sed si praetor aut per ignorantiam, vel socordiam evocare eos perseveraverit, hique sponte venerint; si quidem sententiam dixerit praesentibus illis, et sponte litigantibus sententia valebit, tametsi non recte fecerit, qui eos evocaverit". Maar hij ziet over 't hoofd, dat, behalve de tegenwoordigheid van den gedaagde nog gevorderd wordt, dat hij *sponte* litigeert en dit kan niet van hem gezegd worden, zoo hij gedwongen is, de exceptio vitiosae vocationis, die hij wilde voorstellen, achterwege te laten, en zich dadelijk ten principale te verdedigen ³⁾.

Ook in ons oud regt geloofden vele regtsgeleerden, dat alle fouten, in eene citatie begaan, worden gedekt door de verschijning van den gedaagde, want, daar de citatie ner-

¹⁾ OUDEMAN pg. 27. Anders BONCENNE I 254; „R. Bijblad" VIII 734.

²⁾ L. 11 T. IV de in jus vocando n^o. 14. Vgl. BONCENNE II 86.

³⁾ v. HAMELSVELD, pg. 111.

gens anders toe strekt, dan om den gedaagde te doen compareren, zoo volgt hieruit, dat, als hij gecompareerd is, hij even goed antwoorden moet, alsof er in 't geheel geene citatie gedaan was en hij evenwel verscheen. Maar HUBER ¹⁾ zegt, dat men dit alleen moet verstaan van zulke fouten, die den vorm van citatie betreffen, en niet van zaken, die ook tegen het libel en den eisch kunnen worden geopponeerd.

Dit beginsel heeft onze wetgever in art 94 overgenomen, in afwijking van het fransche regt, dat in art. 1029 C. de Pr. den regel: *la forme emporte le fond* onbeperkt aanneemt. Maar ook onder de fransche wetgeving neemt men dien regel niet zoo absoluut op, daarnevens een' anderen plaatsende, welke in de oud-fransche regtspleging gold: *nullité sans griefs n'opère pas*.

PIGEAU ²⁾ verklaart zich een groot voorstander van eerstgenoemde grondstelling, wanneer zij namelijk zonder overdrijving wordt toegepast. Hij wil alleen dan de nietigheid niet uitgesproken hebben, »toutes les fois qu'il est visible que c'est la malignité ou la mauvaise foi qui a motivé le refus de répondre, et non l'impossibilité, qui est le seul motif que les lois supposent à celui, qui argumente d'une nullité».

Maar eene andere vraag is, of men onder de fransche wet wel eenige beperking kan toelaten. M. i. niet; art. 1029 C. de Pr. zegt duidelijk genoeg: »*Aucune des nullités... n'est comminatoire*», zonder tot eenige uitzondering aanleiding te kunnen geven.

Van deze exceptie van nietigheid van dagvaarding, welke steunt op 't ontbreken van één of meer van de in art. 92, 13, 133 al. 1 en 439 al. 4 B. Rv. opgenomde vereischten,

¹⁾ t. a. p. V 1. 28.

²⁾ t. a. p. pg. 208 v.

vinden wij in de Romeinsche wetten niet uitdrukkelijk gewag gemaakt. Alleen de aangehaalde L 1 § 1 D de feriis doet ons haar bestaan vermoeden. Wat hiervan ook zij, dit is zeker, dat zij eene exceptie in den Romeinschen zin van 't woord is. Zij vormt een zelfstandig regt van den gedaagde, dat het regt des eischers op zich zelf ongeschonden laat, maar het effect daarvan voor het oogenblik stuit; de eischer wordt dan, volgens het gebruikelijke formulier, verklaard niet ontvankelijk *voor alsnog*.

Op welk oogenblik in 't proces zij moet worden voorgesteld, hebben wij boven ¹⁾ reeds vermeld, namelijk nog vóór de exceptiën van art. 158. Art. 93 bevat dus eene uitzondering op den regel, dat de dilatoire exceptiën eerst na die van art. 158 moeten worden ingeroepen. Bovendien vordert art. 159 de gelijktijdige voordragt van alle dilatoire exceptiën, terwijl men zich op de nietigheid van 't exploit afzonderlijk, *vóór alle exceptiën* moet beroepen, zooals o. a. beslist is door de regtbanken van Leeuwarden en Nijmegen, door de eerste bij een vonnis van 1 Maart 1842, door de laatste bij een vonnis van 7 Maart 1843 ²⁾.

§ 4.

Exceptie van beraad.

Het Rom. regt zij weêr ons punt van uitgang, en wel in de eerste plaats voor onze beschouwing van 't regt van be raad, dat de erfgenamen hebben bij 't aanvaarden eener erfenis.

Oorspronkelijk waren de erfgenamen volgens de wet aan geen tijd gebonden, binnen welken zij zich moesten verklaren. Maar de Romeinen waren gewoon in hun testament een' zekeren termijn (meestal van honderd dagen) te stellen,

¹⁾ Zie pg. 140 en 144 v.

²⁾ „Weekbl.” 319, 391.

op deze wijze: »Heres Titius esto, cernitoque in C. diebus proximis, quibus scies poterisque; quodni ita creveris exheres esto'', of »Maevius heres esto'' ¹⁾. Was deze *cretio* vergeten, of in 't geheel geen testament gemaakt, dan kon de erfgenaam zoo lang zich beraden als hij verkoos. Evenwel eene onbepaalde uitoefening van dit recht moest natuurlijk de aanspraken van schuldeischers, legatarissen, kortom van allen, die bij 't aanvaarden der erfenis belang hebben, in 't oog loopend verkorten. Maar aan den anderen kant ware 't even onbillijk geweest den erfgenaam oogenblikkelijk tot eene verklaring te noodzaken. Deze twee uitersten vermeed de Praetor, door in zijn edict te zetten, dat de erfgenaam, door de belanghebbenden gedrongen, een uitstel kon vragen, om zich te beraden: »Si tempus ad deliberandum petierit, dabo'' ²⁾. Deze termijn was ten minste van honderd dagen ³⁾. JUSTINIANUS stelde hem vast op negen maanden, wanneer de magistraat, en op een jaar, wanneer de Keizer hem gaf ⁴⁾. Na verloop van dezen tijd moest hij zich verklaren, terwijl hij, in gebreke blijvende, geacht werd de erfenis aanvaard of verworpen te hebben, al naar mate schuldeischers en legatarissen of erfgenamen ab intestato en bij plaatsvervulling hem drongen ⁵⁾. JUSTINIANUS veranderde dit in eene constitutie, vervat in L. 22 C. de jure delib. (VI 30), bepalende, dat alle erfgenamen konden kiezen tusschen het beneficium inventarii en het beneficium deliberandi; dat zij door de keuze van 't eerste ⁶⁾ geacht werden de erfenis te aanvaarden, maar dan

¹⁾ Vgl. PUCHTA III pg. 257.

²⁾ L. 1 § 1 D de j. del. (XXVIII. 8); L. 5, 6 pr. D de interr. in jure fac. (XI. 1). Vgl. Gaj. II 163—172; Instit. II 19. §. 6.

³⁾ L. 2 D de j. delib.

⁴⁾ L. 22 § 13 C. d. j. delib. (VI 30).

⁵⁾ L. 69 D de adq. vel omitt. hered. (XXIX. 2); L. 22 § 14 C. de jure delib.

⁶⁾ Deze keuze blijkt, wanneer zij binnen dertig dagen met het inven-

slechts jegens de schuldeischers tot het beloop van haar bedragen gehouden waren; terwijl het tweede hun het regt gaf om na verloop van dien tijd de erfenis te verwerpen, terwijl zij bij aanvaarding alle schulden moesten voldoen ¹⁾.

In ons oud regt gold hetzelfde, behalve dat hier geene bloote verklaring voldoende was, maar de beneficia van het Hof moesten verzocht worden ²⁾.

Volgens ons tegenwoordig regt heeft de erfgenaam een tijdvak van vier maanden, te rekenen van de verklaring, afgelegd ter griffie van de regtbank van het arrondissement, binnen hetwelk de erfenis is opengevallen, ten einde den boedel te doen beschrijven en zich te beraden. Deze termijn kan echter uit hoofde van dringende redenen verlengd worden (art. 1071 B. W.). Gedurende dien tijd kan geene regterlijke veroordeeling tegen hem worden verkregen en blijft de uitvoering van de vonnissen, die ten laste van den overledene zijn uitgesproken, opgeschort (art. 1072 B. W.). Na verloop van den termijn bij art. 1071 bepaald, kan de erfgenaam worden genoodzaakt de nalatenschap te verwerpen of haar te aanvaarden, hetzij zonder, hetzij onder het voorregt van boedelbeschrijving (art. 1076 B. W.).

Zelfs na verloop van den termijn, behoudt de erfgenaam het vermogen om den boedel te doen beschrijven, en hem onder het voorregt van boedelbeschrijving te aanvaarden, tenzij hij zich als zuiver erfgenaam hebbe gedragen (art. 1076 B. W.) ³⁾.

Gedurende dezen tijd nu heeft de erfgenaam eene dilatoire

tariseren begonnen zijn. Binnen de volgende zestig dagen moest het afgeloopen zijn. L 22 § 2 C. eod.

¹⁾ Tot zekerheid voor de schuldeischers moesten zij toch een inventaris maken. L 22 § 14 C. eod. Instit. II 19. 6; PUCHTA § 314.

²⁾ Zie hierover HUBER II 25.

³⁾ Vgl. DE PINTO „*Burg. Wetb.*” pg. 365 v.; DIEPHUIS „*Handb. v. h. Ned. Burg. Regt.*” pg. 252 v.

exceptie, welke hij volgens art. 159 al. 2 B. Rv. vóór alle andere dilatoire exceptiën kan opwerpen, met het gevolg, dat de eischer moet verklaard worden *niet-ontvankelijk voor als-nog*. OUDEMAN ¹⁾ beweert, dat er alleen van eene *schorsing* van 't geding sprake kan zijn, omdat de art. 1072 B. W. en art. 159 al. 2 B. Rv. vooronderstellen, dat het den belanghebbenden niet verboden is den erfgenaam in regten te roepen. Wat dit argument bewijst, begrijp ik niet. 't Is toch ook niet *verboden* iemand in regten te roepen, die eene andere dilatoire exceptie heeft, en in dit geval zal de eischer niet-ontvankelijk verklaard worden, en in 't eerste geval niet? Een van beide kan slechts waar zijn; of het regt van beraad geeft geen grond voor eene exceptie, of de exceptie van beraad heeft, even als elke andere exceptie eene niet-ontvankelijk verklaring ten gevolge. Er is m. i. geen ander geval mogelijk. De Code civil geeft in art. 795 (art. 174 C. de Pr.) eenen termijn van drie maanden voor de boedelbeschrijving en nog veertig dagen voor het regt van beraad, maar laat dezen termijn loopen van de opening der erfenis ²⁾.

Doch behalve van erfgenamen, spreekt art. 159 al. 2 B. Rv. nog in de tweede plaats van den termijn van beraad voor weduwen en vrouwen, hetzij uit den echt, hetzij van tafel en bed, of goederen gescheiden.

Dit regt om van de gemeenschap afstand te doen is een oud-Hollandsch regt. De vrouw moest namelijk vóór de lijkbaar van haren man gaan, in hare dagelijksche

¹⁾ t. a. p. pg. 207. Zie in denzelfden zin een vonnis van de arr. regtb. te Amsterdam van 8 Febr. 1843 (*Weekbl.* 383); en een vonnis van de arr. regtb. te Utrecht van 23 April 1845 (*Regtsg. Bijblad* VII 638 v.); „*Opm. en Meded.*” II 212.

²⁾ Vgl. ASSER „*Het Ned. Burg. Wetb. vergel. enz.*” pg. 370 v.; BONGENNE II 88 v.; WOŁOWSKI „*Revue de Législation*” Parijs 1851, II 191—211.

kleederen gehuld, na vooraf de slentels van het huis op de kist gelegd, of tegen dezelve gestooten te hebben (*boedelstoot*). Dit was het teeken, dat zij van alles afstand deed, uitgenomen van de kleederen, waarin zij de lijkbaar voorging.¹⁾

Volgens het Ontwerp van 1820, art. 256 moest zij daar toe vóór de begrafenis van haren man eene authentieke acte uitbrengen.

De Code stelt in art. 1457 dezen termijn veel langer en wel op drie maanden en veertig dagen na den dood van den man.

Onze wetgever heeft zeer juist noch den al te korten termijn van ons oud regt, noch den al te langen termijn van den Code overgenomen; maar den voldoende termijn vastgesteld van ééne maand na de ontbinding der gemeenschap²⁾.

Gedurende den tijd nu, dat de in art. 159 al. 2 genoemde personen in termen van beraad zijn, kunnen zij elke actie, de erfenis of de gemeenschap betreffende, vooralsnog doen afwijzen, zonder dat zij genoodzaakt zijn, deze exceptie met andere dilatoire exceptiën gezamenlijk voor te stellen.

¹⁾ Vgl. DE GROOT „*Inleiding enz.*” XI 18; „*Regtsgeel. Bijdr.*” IX 151—155.

²⁾ Zie verder over dit regt van afstand: DIEPHUIS I § 43; DE PINTO pg. 94; BONCENNE II 94—108; ASSER pg. 96 v.

STELLINGEN.

I.

Exceptio, formulae inserta, nunquam eo valet, ut condemnationem minuat, sed tantum, ut rei absolutionem inducat.

II.

Exceptio nititur jure, quod reus actioni actoris opponit.

III.

Et jure Romano et jure nostro valet regula: „Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.”

IV.

Hij, die de *venia aetatis* verkregen heeft, mag uitersteren wil zijn.

V.

Interessen van interessen kunnen niet vooruit bedorven worden.

VI.

De Nederlandsche vrouw, met een' Nederlander gehuwd, wordt, als deze staande het huwelijk ophoudt Nederlander te zijn, ook zelve vreemdelinge.

VII.

Compensatie vernietigt den schuld niet, maar geeft eene exceptie aan den schuldenaar.

VIII.

Het verzet tegen de rangregeling in een *faillissement* moet gericht worden tegen den curator.

IX.

De wissel aan de order van den trekker is terstond een ware wissel.

X.

Tegen de praesumtie van art. 135 W. v. K. is tegenbewijs toegelaten.

XI.

Peremtoire exceptiën vernietigen de actie, niet de verbindtenis.

XII.

Art. 38 2° R. O. geeft den kantonregter niet de bevoegdheid, om regt te spreken over vorderingen, die meer dan f 200 bedragen.

XIII.

Zij, die volgens de wet geene getuigenis onder eede mogen afleggen, maar op de teregtzitting eene valsche verklaring geven, zijn niet strafbaar volgens art. 361 C. P.

XIV.

't Ware te wenschen, dat in art. 415. C. P. de woorden: „*tegen regt en billijkheid*”, in het onmiddelijk voorgaande artikel voorkomende, ook ten behoeve der werklieden, als vereischte der strafbaarheid voor de daar voorkomende feiten, herhaald worden.

XV.

Ten onregte beweert Mr. v. HUGENPOTH (*Kloosters in Nederland*), dat de wet van 18 Germinal an X door het laatste artikel der wet van 10 September 1853 (Sitz. n°. 102) niet geheel is afgeschaft.

XVI.

De gemeentebesturen gaan hunne bevoegdheid te buiten, als zij de dronkenschap als misdrijf strafbaar stellen.

XVII.

Schoolpligtigheid is af te keuren.

XVIII.

Goed ingerigte arbeidersvereenigingen behooren tot de voortreffelijkste middelen, niet slechts tot voorkoming van armoede, maar ook tot zedelijke en verstandelijke ontwikkeling der lagere standen.

ERRATA.

Bl. 143 reg. 14 v. b. *staat*: „dit art.“, *lees*: „de 1 al.“

Bl. 150 reg. 15-17 v. b. moeten de woorden: „Maar is dit voldoende — Mijns inziens niet“, *vervallen*.
