



Specimen juridicum inaugurale de defectione sive contumacia in causis civilibus

<https://hdl.handle.net/1874/311538>

OVER

HET VERLEENEN VAN VERSTEK.

SPECIMEN JURIDICUM INAUGURALE

DE

DEFECTIONE SIVE CONTUMACIA
IN CAUSIS CIVILIBUS,

QUAM,

ANNUENTE SUMMO NUMINE,

EX AUCTORITATE RECTORIS MAGNIFICI

LUDOVICI GERARDI VISSCHER,

PHIL. THEOR. MAG. LITT. HUM. DOCT. ET PROF. ORD.,

NEC NON

AMPLISSIMI SENATUS ACADEMICI CONSENSU

ET

NOBILISSIMAE FACULTATIS JURIDICAE DECRETO,

Pro Gradu Doctoratus,

SUMMISQUE IN

JURE ROMANO ET HODIERNO HONORIBUS AC PRIVILEGIIS

IN ACADEMIA RHENO-TRAJECTINA

RITE ET LEGITIME CONSEQUENDIS,

PUBLICO AC SOLEMNI EXAMINI SUBMITTIT

JOANNES MATTHAEUS LUDOVICUS HUBERTUS CLERCX,

BELG. JUR. UTR. DOCTOR,

Limburgensis ex Castello Menaporum,

A. D. XXVII M. FEBRUARII, A. MDCCCLVII, HORA I.



TRAJECTI AD RHENUM.

P. W. VAN DE WEIJER TYPIS MANDAVIT,

MDCCCLVII.

PARENTIBUS.

INHOUD.

	Bladz.
Inleiding, nut en oorsprong	1

EERSTE AFDEELING.

Over het verleenen van verstek in het algemeen . . .	3
--	---

Eerste Hoofdstuk.

Bepaling van verstek	3
§ I. Vrestek beschouwd als vonnis	3
§ II. Voorwaarden tot verleenen van verstek vereischt . .	6
1 ^o . Niet-verschijnen ten gevorderde regtsdage.	6
A. Voor den Kantonregter	7
B. Voor de overige regterlijke collegiën	9
2 ^o . Afwezigheid van eene der partijen	9
A. Quid, indien noch eischer noch verweerder ver- schijnt?	9
B. Quid, indien van eene partij eenige verschijnen en andere niet?	10

Tweede Hoofdstuk.

Verdeeling van Vrestek	12
§ I. Verschil tusschen het verstek des eischers en van den gedaagde	13

	Bladz.
A. Aangaande de regtsspraak	13
B. Wat de gevolgen betreft	13
§ II. Verstek tegen den eischer	14
§ III. Verstek tegen den gedaagde.	15

1^o. Voorzorgen.

A. Verplichting des Regters alvorens verstek te verleenen.	15
B. Bij onregmatige of ongegronde conclusiën, zal de Regter het profijt van het verstek niet toewijzen .	18

2^o. Veroordeeling in de kosten.

I. De gedaagde is niet tot de voorafgaande betaling der kosten gehouden	24
II. De nietigheid der dagvaardiging ontheft den de-faillant van dien last	25

TWEEDE AFDEELING.

Over art. 135, lid III, <i>W. v. B. R.</i> , in het bijzonder .	29
Algemeene beschouwing	29

Eerste Hoofdstuk.

Verleenen van verstek tegen den verweerder, die verzuimd heeft Procureur te stellen	32
---	----

Tweede Hoofdstuk.

Verleenen van verstek tegen den verweerder, wiens gestelde Procureur ten dage dienende niet verschijnt.	37
---	----



OVER

HET VERLEENEN VAN VERSTEK.

INLEIDING.

NUT EN OORSPRONG.

Indien het, tot in volksspraak gehuldigde, beginsel van billijkheid: „veroordeel niemand onverhoord en buiten zijn weten,” ten allen deele met de veiligheid en het belang der ingezetenen in het bijzonder schijnt te strooken, zoo blijkt niettemin uit de dagelijksche ondervinding in de burgerlijke maatschappij, dat de geregelde toestand van zaken er in het algemeen niet minder bij betrokken is, dat niemand, door eens anders willekeurig schuldontduiken, van regt verstoken zij.

Vermogt enkele afwezigheid of ontstentenis eener partij des Regters magt en oordeel te boeijen, dan zoude, naast het verijdelde *vinculum juris* der overeenkomst, zoowel alle waarborg en vertrouwen voor verbindtenis en handel, als alle regt in de maatschappij, weldra verdwijnen.

Maar ware het den Regter geheel ontzegd, van deze, soms door het onmogelijke berokkende gelegenheid, eenigermate rekening te houden, als dan voorzeker zoude de aanspraak der ingezetenen op veiligheid en handhaving hunner bijzondere belangen grootendeels miskend worden.

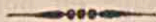
Het oog gevestigd op deze uitersten en op de werking van het zich kruisende bijzondere en algemeene belang, volgde de Wetgever een rigtsnoer, dat alles overeenbragt.

Niet gestemd aan de eene zijde, om den gedingvoerende, wegens zijne afwezigheid alleen, onwederroepelijk in het ongelijk te stellen, acht hij het ter andere onvoldoende om den Regter daarbij alle rechtspraak te ontzeggen.

De Wetgever verwijst naar wijs beraamde bepalingen, waar buiten de gewenschte grondslag tot oordeel zou ontbreken.

Dit zijn stelsel werd, op het voorbeeld der Fransche en andere Wetgevingen, voor en na, in de artikelen 44, 75 tot 89, 92 en 135, § III, 261, *W. v. B. R.*, ontwikkeld.

Zoo vindt deze netelachtige vraag, waar de maatschappij ruimschoots bij betrokken is, heden hare oplossing in het verleenen van verstek.



EERSTE AFDEELING.

OVER HET VERLEENEN VAN VERSTEK IN
HET ALGEMEEN.

EERSTE HOOFDSTUK.

BEPALING VAN VERSTEK.

Door verleenen van verstek verstaat men eigenlijk het bij regterlijke uitspraak doen blijken, dat eene der twistende partijen in regten niet verschenen is, maar, daar dit de uitspraak in het geding niet onmogelijk maakt en de beslissing integendeel als *profijt* van het verstek volgt, zoo kan men het verleenen van verstek des noods omschrijven: „het wijzen van een *vonnis* of *arrest*, tegen *eene partij*, die ten *gevorderde regtsdage* niet *verschijnt*.”

§ I. *Verstek beschouwd als vonnis.*

Een vonnis of arrest is de beslissing des Regters, hoe de Wet op het aan zijne beoordeeling onderworpen feit toepasselijk is.

De verdeeling der vonnissen of arresten

- 1°. naar den Regter, die ze uitspreekt,
- 2°. „ de wijze of akte, waarop zij aanhangig gemaakt worden,
- 3°. naar dat zij zijn incidenteel, of:
- 4°. eindvonnissen;

is op verstek van toepassing.

Zoo werd in de Memorie van Toelichting, aangaande de plaats van art. 44, *W. v. B. R.*, aan het hoofd der bepalingen over vonnissen in het algemeen opgemerkt:

Dat voormeld art. aldaar moest geplaatst blijven, aangezien: „de eerste Titel inhoudt algemeene bepalingen, welke hare toepassing vinden *op onderscheidene gedingen, bij alle graden van jurisdictie.*”

Maar bij de gewone verdeeling der vonnissen, rangschikt men het verleenen van verstek onder de eindvonnissen, in tegenstelling van het vonnis op tegenspraak.

Verstek is, als vonnis, een grondslag tot tenuitvoer-legging.

Hierdoor treedt de Wetgever, bij afwezigheid eener partij, alle belemmering van regtspraak te weer.

Hij zoude voorzeker zijne zending te buiten gegaan zijn, indien hij niet aan dit vonnis, in het bijzonder belang der ingezetenen, en verschillende uitwerkselen en verschillende middelen van bestrijding had verbonden.

Indien men, bij de vergelijking van vonnissen op tegenspraak en bij verstek, hunne uitwerkselen gade slaat, blijkt weldra dat de strengste beginselen en gevolgen der eersten, op laatst gemelden niet van toepassing zijn.

Zoo geldt niet voor deze (A) de regtsregel:

Non bis in idem, art. 75, *W. v. B. R.* Want al is de verweerder bij onherroepelijk eindvonnis op den eersten aanleg van de instantie ontslagen, zoo kan en moet de eischer, wil hij er niet bij berusten, den vroegeren aanleg op nieuw beginnen.

Uit voormeld art. blijkt ook (B), dat de stelling *res judicata pro veritate habetur*, ten opzichte van deze vonnissen, niet van toepassing is. Want het ontslag, van regtsvervolging van den verweerder zonder mogelijkheid van verzet, zoude bezwaarlijk met zijne nadere veroordeeling kunnen overeengebragt worden.

Ook dit is billijk, daar de Regter den verweerder in zijne verdediging niet heeft gehoord, zijn vonnis niet, even als het op tegenspraak gevallen, voor zich het regt vermoeden kan doen ontstaan van goed te zijn geweest.

Verder zijn (C) de contradictoire vonnissen niet altijd voor hooger beroep vatbaar, terwijl de bij verstek gewezene altijd een eerste verzet of herhaling van aanleg toelaten. Art. 75, 76, 87, *W. v. B. R.*

Zoo blijkt (D), dat de middelen van bestrijding der uitspraken bij vonnissen op tegenspraak en bij verstek verschillen.

Voor de gewone vonnissen bestaat het *hooger beroep*: een woord, dat, zijne bepaling medebrengende, den zin: een vonnis, waarbij men zich bezwaard gevoelt, *van een lageren bij een hoogerem Regter* aanhangig maken; als het ware insluit.

Voor de vonnissen bij verstek is het verzet dat middel, hetwelk der veroordeelde partij wordt aan de hand gegeven, om de ten-uitvoer-legging te schorsen

en van denzelfden Regter de hervorming zijner uitspraak te verzoeken.

Na beteekening der vonnissen op tegenspraak bestaat (E) een vaste termijn tot hooger beroep, welke, onzeker bij verzet, van het oogenblik, dat het vonnis is geweest, tot deszelfs ten-uitvoer-legging kan gerekt worden.

Van een anderen kant kan men (F) de vonnissen bij verstek, slechts gedurende zes maanden na de uitspraak, ten uitvoer beginnen te leggen, terwijl de dertigjarige verjaring bij vonnissen op tegenspraak van toepassing is.

Eindelijk (G) kan een vonnis op tegenspraak, zonder hooger beroep, of waarbij het nog niet is aange-teekend, acht dagen na uitspraak, en een vonnis bij verstek, slechts acht dagen na beteekening aan persoon of woonplaats, ten uitvoer gelegd worden. Art. 80, 342, al. 2, *W. v. B. R.*

§ II. Voorwaarden tot het verleenen van verstek vereischt.

Zoo als uit de bepaling is af te leiden, wordt tot het verleenen van verstek gevorderd: 1°. Het niet-verschijnen ten gevorderden regtsdage; 2°. van eene der twee partijen.

I. Niet-verschijnen.

Wanneer iemand behoorlijk gedaagd, hetzij in persoon of bij gevolmagtigde voor den Kantonregter, hetzij door Procureur voor de overige regterlijke collegiën ten gevorderden dage niet te regt staat,

wordt hij gehouden voor defaillant en bij verstek veroordeeld.

A. Voor den Kantonregter moeten de partijen of in persoon of bij gevolmagtigde aanwezig zijn.

Indien de persoon zelf, van zijne identiteit, dan zal de gevolmagtigde voorzeker, van zijnen last moeten doen blijken.

Buiten dit eerste gevorderde, haar bewijs betreffende, waarvoor geene uitsluitende regel bestaat, maar de algemeene regtsbeginselen van toepassing zijn, worden de bepalingen van 1830, *B. W.*, vergeleken met art. 99, *W. v. B. R.*, voor deze lastgeving ingeroepen.

Eene mondelinge volmagt is dus voldoende.

Als goedkoopheid met spoed bij de Kantongerechten op den voorgrond moeten staan, dan verdient de lastgeving bij monde *in judicio* verstrekt de voorkeur boven onderhandsche en authentieke, die kosten van zegel, registratie en salarissen medebrengen. Maar indien men *in judicio* bij monde, volmagt kan verstrekken, zoude men daarmede ook niet in gevallen *extra judicium* kunnen volstaan?

Of in andere woorden: Moet een gemagtigde, bij afwezigheid der partij, die hem met hare verdediging gelaste, altijd door geschrevene volmagt van zijnen last doen blijken? Art. 99, *W. v. B. R.*, vordert dit niet, en laat dus 1°. de bewijs-theorie van het *B. W.*, aangaande overeenkomsten en verbindtenissen, in haar geheel. Zoo zoude de Kantonregter, gelet op art. 1832, 1933, 1942, *B. W.*, de verklaring van twee getuigen, om van magtiging te doen blijken, niet kunnen weigeren, art. 38 volgg., *W. op de R. O.* 2°. Is

mijne meening, dat de Advokaten op hunne verklaring, dat zij met de verdediging belast zijn, zonder schriftelijk bewijs, als elders toegelaten moeten worden.

Mr. De Pinto is des aangaande, in zijn werk over de B. R., § 56 en 89, van een ander gevoelen.

De eenige reden, welke hij hiervoor aanvoert, is, dat geene Advokaten, als zoodanig, bij de Kantongeregten bekend zijn. Deze meening niettemin moet men, door de algemeene beginselen van de *Wet op de R. O.* en van het *Regl. van orde en discipline voor Advokaten en Proc.*, daartoe overgehaald, van de hand wijzen.

Is de bijstand van den Advokaat niet noodig, zoo volgt daaruit geenszins, dat hij niet als zoodanig voor den Kantonregter mag optreden en, hem bekend, niet *in qualitate quâ* moet aangenomen worden. Zijn ministerie inderdaad, art. 5, § 2, *Regl. van orde en discipline enz.* „eene zaak verdedigen” en zijn eed: „getrouwheid aan den Koning, gehoorzaamheid aan de Grondwet, eerbied aan de regterlijke autoriteiten” vinden hier eene volledige toepassing.

Indien reeds onder den Cod. de Proc. de Vredegerigten als Regtbanken beschouwd worden, waarom zouden onze Kantongeregten dan op dien naam geen aanspraak meer hebben?

Zoo zegt Mr. W. Y. van Hamelsveld:

„Onder de aangestelde Regtbanken belast, met de uitoefening van het regt in burgerlijke zaken, behoort het Vredegerigt.”

Hoe deze vraag dan anders als volgens onze meening beslist, wanneer art. 4, *Regl. van O. en D.*,

de bevoegdheid der Advokaten regelende, van den Hoogen Raad van de Provinciale Hoven en telkens van *alle* de Regtbanken spreekt? Art. 4, § 2, al. I — § 3, al. III, IV.

B. Niet-verschijnen voor de overige regtscollegiën heeft plaats, of:

1°. Door dat geen Procureur is gesteld, of:

2°. Door dat de gestelde Procureur ten dage dienende niet verschijnt.

In de tweede afdeeling zal ik tot de behandeling dezer vraag, wanneer men geacht moet worden Procureur gesteld te hebben, overgaan, en welke zin, aan beteekende regtsdag en ten dage dienende, den tot verstek gevorderde regtsdag beduidende, moet gegeven worden, in het breede bespreken.

II. Afwezigheid van eene der partijen.

In elk regtsgeding zijn slechts twee hoofdpartijen, de eischende en de verwerende.

Indien de eene of de andere niet verschijnt wordt verstek verleend, en dan alleen.

A.

Want, indien noch eischer noch verweerder ten gevorderde dage aanwezig is, kan de Regter geen verstek verleenen, maar, de zaak zal, in gevolge art. 42 van het *Reglem. van inwendige dienst*, op de rol doorgehaald worden.

Voor als dan is de Regter van de zaak niet gesaisisseerd en daar hij er zelf geene wettige kennis

van draagt, kan hij haar noch beoordeelen, noch beslissen.

— Zoo moeten de woorden van art. 78, *B. R.*, niet in den letterlijken zin worden opgevat. Voormeld art. zegt: „Alle uitgeroepene en niet-verschijnende partijen, zullen in een en hetzelfde vonnis bij verstek moeten begrepen zijn.

Bij afwezigheid van eischer en verweerder zijn deze, in de zuiver taalkundige beteekenis der uitdrukking, uitgeroepene en niet-verschijnende partijen; maar de *Wet* gebruikt hier het woord partijen in een min juister zin, om te zeggen, als alle leden van eene partij afwezig zijn, dan moeten zij in een en het zelfde vonnis begrepen worden.

B.

Wordt er geen verstek verleend, wanneer en eischers en verweerdere afwezig blijven, zoo wordt het evenmin, in den eigenlijken zin der uitdrukking, tegen eene partij, uit twee of meerdere bestaande, verleend, wanneer de een of ander hunner achterblijvende, slechts eene verschijnt. Art. 79, § I, *B. R.*

Er wordt wel verstek verleend, maar dat is geen verstek tegen de partij, het treft slechts den afwezigen, terwijl de zaak ten opzichte der verschijnenden, wordt aangehouden.

Dat verstek tegen den niet-verschijnende staat zelfs niet, ten allen deele, met het gewone gelijk. Ik houd het er voor, dat er geen verzet tegen zou toegelaten worden, zelfs niet voor den dag, dat de eischer de zaak op nieuw ter rolle wil doen oproepen.

Het zoude inderdaad tot weinig of niets kunnen

strekken, daar, bij de beteekening van het vonnis van voeging, de achtergeblevene op nieuw wordt opgeroepen, om zich tegen den eisch zelven te verweren, en hij dus dezelfde middelen, als op eene eerste terechtzitting heeft.

Dit verstek is iets voorloopigs en vindt een einde in het nader te wijzen vonnis, waardoor, volgens art. 79, al. II, tusschen alle partijen wordt uitspraak gedaan, dat als op tegenspraak gewezen wordt beschouwd en waartegen geen verzet wordt toegelaten.

De reden, welke bijzonder pleitte, om niet vonnis bij verstek tegen den eenen en op tegenspraak tegen den anderen te doen uitspreken, was het verlangen de tegenstrijdigheid in de regterlijke uitspraken te voorkomen.

Door dat art. 79 zegt, dat het vonnis, hetwelk alzoo nader valt, voor geen verzet vatbaar, als op tegenspraak wordt beschouwd, verdwijnt alle twijfel, die in het Fransche Regt kon bestaan of ook die, welke *in judicio* aanwezig waren geweest, zoowel als de defaillant, van verzet waren uitgesloten. 1)

Billijkheidshalve paste men reeds in het Fransche Regt, zoo als heden nog, deze bepalingen, waar slechts van gedaagden wordt gewag gemaakt, op de eischers toe, maar liefde tot naauwgezetheid zal steeds doen betreuren, dat bij het daarstellen van een nieuw W. v. B. R. zulke leemte niet werd aangevuld. 2)

1) ROGRON, *C. de Pr.*, art. 153; CARRÉ, *quest.* 632; Arrêt de Colmar, 17 Mai 1828; cass., 14 Mai 1828.

2) BERRIAT-ST.-PRIX, tom. I. Liv. 8, Sect. 3., *des demandes incidentes proprement dites*, Note X; *ibid.* Liv. 2, Sect. 1, Tit. 1, Note X, § 4, al. 2.

TWEEDE HOOFDSTUK.

VERDEELING VAN VERSTEK.

Verstek wordt verdeeld in:

1°. verstek tegen den eischer. Art. 75, *W. v. B. R.*

2°. verstek tegen den gedaagde, Art. 76, 135, al. III, *W. v. B. R.*

In den Code de Procédure vond men deze verdeeling ook en het verstek tegen den eischer noemde men *congé défaut*.

Betreffende het verstek tegen den verweerder vond men er eene onderverdeeling en men maakte een onderscheid, of de gedaagde Procureur, d. i. avoué had gesteld, of niet.

In het laatste geval droeg het verstek onverschillig den naam, van: 1°. défaut contre partie, of 2°. défaut faute de comparaitre, of 3°. défaut faute de constituer avoué, terwijl het verstek bij niet-verschijning van den Procureur onverschillig, doch trapsgewijze

1°. défaut contre avoué.

of 2°. défaut faute de conclure.

of 3°. défaut faute de plaider, werd genoemd.

Deze verdeeling was niet enkel theoretisch, maar had ook haren invloed op de praktijk. Zoo als blijkt uit de artt. 155—159, *C. de Pr.*, waren er groote verschillen aan verbonden.

In ons *W. v. B. R.* hielden wij van deze onderverdeeling geen spoor meer over.

Wij kunnen ons derhalve niet met Mr. De Martini vereenigen, wanneer hij, in het *W. v. B. R.*, art. 135, al. 3, Z. 2, van verstek tegen den Procureur gewag maakt; en wel 1^o. omdat in art. 75 en 76 van het verstek tegen den eischer en den gedaagde en 2^o. in art. 135, al. III, dat er al of niet Procureur gesteld zij, slechts van verstek tegen den verweerder wordt melding gemaakt.

§ I. *Verskil tusschen het verstek des eischers en van den gedaagde.*

A. Aangaande de regtspraak merken wij op:

Indien de eischer ten beteekenden regtsdage niet verschijnt, verleent de Regter, zonder onderzoek hoe genaamd, onmiddellijk verstek en ontslaat den verweerder van de instantie, art. 75, *W. v. B. R.*

Blijft de verweerder integendeel afwezig, zoo stelt de Regter vooraf een onderzoek naar de in-acht-neming van termijnen en formaliteiten in, en wijst dan slechts, wanneer de conclusiën hem niet-onregtmatig of ongegrond voorkomen, den eisch toe. Art. 76, *W. v. B. R.*

B. Wat de gevolgen betreft, is 1^o. het verstek tegen den eischer onherroepelijk en laat hem geen verzet toe, maar dwingt hem, wil hij er niet in berusten, na voorafgaande betaling der kosten, den aanleg op nieuw te beginnen. Art. 75, *B. R.* De gedaagde integendeel, art. 81, *W. v. B. R.*, zal onvoorwaardelijk in verzet mogen komen.

2^o. Wordt de eischer altijd in de onkosten verwezen, terwijl de nietigheid der dagvaarding er den verweerder soms van ontslaat.

§ II. *Verstek tegen den eischer.*

Dat tegen den eischer, die niet verschijnt, onmiddellijk verstek verleend wordt, houd ik voor een regel, die met regt en billijkheid strookt.

Het is de toepassing van een beginsel, dat ook voor de verschijnende partijen van kracht is.

Een ieder, die iets beweert, moet er in regten het bewijs van bijbrengen: *dicenti incumbit probatio*. Bewijst hij niets, of verwekt hij zelfs twijfel, maar niets meer, dan zal op grond van het *in dubio pro reo, aut debitore*, hem de eisch niet toegewezen worden.

De eischer, door niet te verschijnen, levert niet alleen hoe genaamd geen bewijs, maar doet zelfs een vermoeden ten zijnen nadeele ontstaan, dat hij, van de onregtmatigheid of ongegrondheid van zijne vordering overtuigd, van zijnen eisch afziet. Welk vermoeden vermeerdert, indien men bedenkt, dat de eischer 1°. van den dag der verschijning noodzakelijk kennis draagt, en:

2°. dat voorzigtig, als het in regten betaamt, hij, door volmagt met subrogatie bij de Kantongeregten te verstrekken, of door de keus van eenen vertrouwenswaardigen Procureur, bijna verder door de Wet, art. 154, al. 5, 156, al. 2, gewaarborgd wordt tegen de onmogelijkheid van in regten te verschijnen het schier altijd zijne schuld zal wezen, indien zulks niet plaats heeft.

Verder is de eischer de aanleidende oorzaak van de bemoeijenissen des Regters en de verplaatsing of moeite des gedaagden, en zoo komt ons de bepaling,

welke hem geen verzet toelaat, maar van de instantie vervallen verklaart, eveneens billijk voor. Art. 75 komt hierin met het Romeinsche Regt in de l. 73, *D. de judic.*, (5, 1) van Ulpianus, overeen. Eindelijk schijnt het ons doelmatig, dat hij in de kosten verwezen worde. Want hoe gemakkelijk ware het anders den schuldeischer niet geweest, bij het bezit van zekere titels en bewijzen, met den schuldenaar den spot drijvende, hem onkosten aan te jagen en geld en tijd te doen verspillen.

§ III. Verstek tegen den gedaagde.

Al hetgeen het beginsel van billijkheid, „veroordeel niemand onwederroepelijk, onverhoord, buiten zijn weten,” in gewigt en kracht bezat, moest hier voorzeker den Wetgever voor de oogen staan, om op het gemoed des Regters te drukken.

De artikelen 76 en 81, *W. v. B. R.*, voldoen en beantwoorden dan ook gedeeltelijk, of liever redelijk, aan dit oogmerk.

VOORZORGEN.

A. Verpligting des Regters, alvorens verstek te verleenen.

De Regter moet vooral acht slaan, of de termijnen en alle formaliteiten behoorlijk zijn nageleefd. Art. 76, *W. v. B. R.*

Deze termijnen en formaliteiten, welke bijzonder tot de dagvaardiging betrekking hebben, zijn in het *W. v. B. R.*, artt. 1—5, 7, 8, 10—12 en

14—16, naauwkeurig omschreven. Is dus eene formaliteit, op straf van nietigheid voorgeschreven, niet in acht genomen, is de dagvaarding niet op de wettige of door den regter vergunde termijnen gedaan, zoo zal de Regter de dagvaarding ambtshalve nietig verklaren en geen eigenlijk verstek tegen den gedaagde verleenen.

Dit laatste is dan eene uitzondering van den regel, dat altoos verstek verleend wordt tegen den gedaagde, die niet verschijnt.

Men kan zulks afleiden:

1°. uit art. 76, hetwelk voorziet, dat, indien termijnen en formaliteiten zijn in acht genomen, verstek verleend wordt, indien zij het niet zijn, *qui dicit de uno negat de altero*, dan ook bij gevolg geen verstek zal gaan.

2°. uit art. 92, bepalende, dat bij niet-naleving van termijnen en formaliteiten, aangeduid door de aldaar aangehaalde artt., de Regter geen verstek kan verleenen.

3°. uit de Memorie van Toelichting, waar men leest, aangaande art. 92, *W. v. B. R.*: „De formaliteiten, in de hier opgenoemde artt. voorgeschreven, zijn van eenen gebiedenden aard, en het niet in acht nemen van dezelve moet derhalve eene volstreckte nietigheid te weeg brengen, met dat gevolg, dat in zoodanig geval de Regter ook geen verstek tegen den niet-verschijnenden gedaagde kan verleenen.” Zoo nemen wij met De Martini aan, art. 92, *B. R.* q. 2, dat het tweede lid van vermeld art. in verband met het eerste moet gelezen worden, niet om gene tegenstrijdigheid te bevatten, maar om als eene uit-

zondering op de algemeene regelen te worden aangemerkt.

Wanneer de voorgeschreven termijnen en formaliteiten zijn in acht genomen, dan wijst de Regter, indien de conclusiën hem niet onregmatig of ongegrond voorkomen, zonder ander bewijs, het profijt van het verstek toe. Art. 76, *B. R.*

Deze Wetsbepaling stelt in gevolge daarvan eene uitzondering daar op den regel, „*actori incumbit probatio.*”

Is zij niet billijk uit zich zelve, zoo is zij het toch als doelmatig en als de keus van het kleinere kwaad boven het grootere.

Meermalen inderdaad berust een eisch op feiten, die de gedaagde, als man van eer, bij zijne verschijning in regten, niet anders dan erkennen kan, doch waarvan de eischer anderzins de bewijzen noch kan, noch mag leveren, en het geweten des gedaagden hem de eenige waarborg is.

Kon de gedaagde, in zulk geval, door zijne afwezigheid, van daadzaken, die hij ter teregtzitting had moeten bekennen, een bewijs vorderen, dat hij weet den eischer te ontbreken, zoo zoude hij zijnen toestand verbeteren en vonnis ten zijnen nadeele, dat is het profijt van het verstek, beletten.

Hoe te bewijzen, naar art. 154, *C. de Pr.*, „*que ses conclusions son justes et bien vérifiées,*” wanneer zij op allegatiën, of regtsgronden, of daadzaken berusten, waar den eischer het betoog van verboden is, of ontbreekt?

De beslissende eed zoude zelfs zoo doende geheel vrijdeld worden, want 1^o. hoe hem opgelegd of

2^o. eene weigering in de niet-verschijning gezien, art. 1967, 1969, 1977, 1978, *B. W.*

Het natuurlijk gevolg hiervan zoude zijn, den eischer meermalen van alle regt te versteken.

Dit heeft art. 76 willen beletten, eerder dan een bewijs te vorderen van hem, die, volgens Bentham, het vermoeden voor zich heeft eene vordering te hebben tegen dengenen, die moet geacht worden den eisch stilzwijgend te erkennen.

B. Bij onregtmatige of ongegronde conclusiën zal de Regter het profijt van het verstek niet toewijzen.

Eenige Regtsgeleerden zijn van gevoelen, dat, indien de gedaagde niet verschijnt, de eischer de feiten moet bewijzen, en zulks: wegens den regsregel „*actori incumbit probatio*,” omdat de Regter niet zonder bewijs mag vonnissen en dat geene praesumtie uit het stilzwijgen des gedaagden mag worden afgeleid. Ik beschouw deze redenen als *petitiones principii*, want de eerste meening beweert juist, dat het voorschrift der Wet, art. 76, *B. R.*, „de conclusiën, indien zij den Regter niet ongegrond of onregtmatig voorkomen, toe te wijzen,” *in casu* eene praesumtie tegen den gedaagde bevattende, den eischer van bewijs ontslaat en de regterlijke beslissing uitlokt. Men zou daarenboven kunnen aanvoeren, dat dan nog eerst, wanneer de gedaagde ontkent, de verpligting op den eischer berust, bewijs te leveren.

De Wetgever heeft, eens voor altijd en volledig, afwezigheid, als hinderpaal tot regt, uit den weg willen ruimen.

De voorstanders van het tweede stelsel voeren vervolgens aan, dat de uitdrukking: „indien de conclusiën den Regter *regtmatig of wel gegrond voorkomen*,” niets anders zegt, dan onze tegenwoordige bepaling; indien zij den Regter *ONregtmatig of ONgegrond* enz. art. 76, *B. R.*

Om niet de logica uit de regten te cijferen, meen ik, dat deze volgens hare tegenstrijdige ideën, ook hier als zoodanig moeten beschouwd worden.

Bij de eerste redactie leed het geen twijfel, of de eischer moest zijne conclusiën en regtsgronden door bewijzen staven, daar zij den Regter *regtmatig en gegrond* moesten voorkomen, maar bij onze bepaling moet de Regter, door zijne verlichte regtskennis, die de Wet bij hem vooronderstelt, bijgestaan, zijn eigen oordeel, zich zelve bewijzen van onregtmaticheid of ongegrondheid afvragen.

Volgt men het tweede stelsel, zoo verdubbelt en wikkelt men de regtsvordering meer in. Men vindt tot uitkomst, alhoewel de voorstanders het zich verbloemen, dat de eischer, die op de goede trouw afgang, van regt zal verstoken zijn. Want vooronderstellen wij, met de Memorie van Toelichting, dat, bij gebrek aan bewijs, de eerlijkheid des gedaagden de uitsluitende waarborg des eischers zij.

Neemt men het eerste stelsel aan, zoo verleent de Regter verstek en wijst de conclusiën van den eischer toe, indien zij hem niet onregtmatic of ongegrond voorkomen. Maar, daar de eischer, volgens het tweede stelsel, bewijzen moet en zulks, *in casu*, niet kan, zoo stelt men er een kunstgreep voor in de plaats: dat is, om bij de eerste procedure, na verleen van ver-

stek tegen den gedaagde, tot eene tweede, het hooren op vraagpunten, te concluderen.

Wordt men in deze conclusie ontvankelijk verklaard, en blijft de gedaagde andermaal afwezig, dan is art. 244, *B. R.*, van toepassing.

Dit art. zegt „*indien, zonder wettige verhindering*, de partij niet verschijnt, zullen de daadzaken, over welke de vragen loopen, *kunnen* worden gehouden voor erkend.” Art. 244 schijnt mij de zaak voor den eischer meer in te wikkelen, maar onze vraag geen haar breed vooruit te zetten.

Vooreerst zal de eischer moeten bewijzen, dat de partij zonder wettige verhindering niet verschijnt, en dan is hij niet verder dan bij het instellen van zijnen eisch, of op de vroegere teregtzitting; want: ten tweede *kunnen* de daadzaken gehouden worden voor erkend.

De Regter kan dus al of niet den eisch toe wijzen, maar, wat zeker is, deze nadere afwezigheid kan hem geene zekerheid gegeven hebben; er zal altijd nog twijfel bestaan.

Het eerste stelsel tracht, *in casu*, den regel, „*in dubio pro actore*”, vast te stellen; het tweede, aan het „*in dubio pro debitore*”, den voorrang te geven: dus zal, volgens dit stelsel, wil het logisch blijven, de eisch ontzegd worden.

Wordt de eisch integendeel toegewezen, zoo kan men vragen, met eene aantekening in het *Regtsg. Bijblad*, VI, bl. 602, „Zou niet dit art. (244) de stelling bevestigen, dat de eischer 1) *niet* behoeft te bewijzen?”

In onze hypothese (gebrek aan bewijs) art. 50,

1) Het woord, *defaillant*, van den eischer, t. a. pl. gebruikt, is eene blijkbare schrijf- of drukfout.

W. v. B. R. inroepen, schijnt mij te zijn zich aan eene verwarring van beginselen schuldig maken.

Uit den aanhef van art. 50 „elk vonnis, waarbij een eed wordt opgelegd” blijkt al dadelijk, dat het den eed geldt, ambtshalve door den Regter opgelegd, hetgeen slechts in twee gevallen kan plaats hebben: 1°. indien de vordering of exceptie niet volledig bewezen is; 2°. indien dezelve ook niet geheel van bewijs ontbloot is.

Wat men uit art. 50, *W. v. B. R.*, kan besluiten, is dit: dat de Wetgever aldaar reeds een stelsel intreedt, dat hij, bij art. 76, voor verstek nader ontwikkelt en algemeener maakt.

Deze zienswijze krijgt nog meer gewigt, indien men de Memorie van Toelichting, aangaande de reden der verandering van redactie in art. 76, raadpleegt. Deze is immers, „dat door niet te verschijnen geene *regtmatische vordering* kunne worden *illusoir* gemaakt”, zoo weinig als bij art. 50 de bij vonnis opgelegde eed.

Ik wil verder, als onnoodig, over de beraadslagingen niet uitweiden en al behouden zij meer, wat voor de eerste meening, dan daar tegen pleit, zoo geef ik liever in bedenking:

1°. dat de beraadslagingen *nooit de Wet zelve zijn*, en 2°. nooit behooren ingeroepen te worden dan, bij duisterheid der Wet, om licht over dezelve te verspreiden.

Art. 76 is op zich zelf heel klaar en het schijnt mij niet geoorloofd te zijn, dat men zijne bewoordingen, door een middel tot opheldering gegeven, verduistere.

Het art. spreekt geenszins van *daadzaken*, maar alleen van de *conclusiën*, die den Regter niet *onregtmatic of ongegrond* moeten voorkomen.

Wat deze twee woorden nu betreft, deze hebben eene kunstmatige uitlegging, in het veranderde Fransche Regt te zoeken, volstrekt niet noodig.

De conclusiën moeten den Regter niet voorkomen als onregtmatig; dat is, als niet strookende met het regt, of ongegrond, dat is, zonder aangegeven regtsgrond, niet worden voorgelegd.

Meermalen inderdaad zal het gebeuren, dat gelijk de Wet, in art. 502, *B. W.*, vooronderstelt, dat de krankzinnigheid uit de handeling zelve voortvloeit, ook zoo de conclusiën in zich zelve van hunne onregtmatigheid of ongegrondheid zullen doen blijken.

De conclusiën zullen telkens onregtmatig zijn, wanneer zij iets tegenstrijdigs met het regt bevatten, en ongegrond, wanneer zij als zonder grond voorkomen. Het laatste heeft plaats:

1°. materiëel, A, indien er geen grond bestaat of, B, indien hij niet vermeld wordt.

2°. moreel, indien er wel een grond, maar geen regtsgrond wordt aangevoerd.

Wij willen dit met eenige voorbeelden ophelderen: *Onregtmatigheid* zoude plaats hebben:

1°. Als de eene vennoot den anderen daagde, ten einde zich te hooren veroordeelen tot vergoeding, in evenredigheid van zijn aandeel in de vennootschap, van eene zaak ter waarde van....., den rekwirant toebehoorende, en vergaan tijdens zij voor genot in gemeenschap was.

2°. Indien een kooper, de reeds betaalde kooppenningen van een bepaald voorwerp, vóór deszelfs levering, zonder des verkoopers schuld vergaan, wegens *solutio indebiti* terug vorderde, omdat hij,

nog niet eigenaar was en daarom het verlies door den verkooper moest gedragen worden, enz.

De daadzaken in deze twee voorbeelden voor waar houdende, zal de Regter in het eerste, als strijdig met art. 1668, *B. W.*, en in het tweede met art. 1496 de conclusiën niet toewijzen.

Ongegrondheid:

In deze aangehaalde voorbeelden zoude de conclusiën moreel ongegrond zijn.

De morele grond, alhoewel de conclusiën regtmatic kunnen zijn, ontbreekt, wanneer men iemand aanspreekt tot naleving eener overeenkomst, die met de goede zeden strijdt. Art. 14, *W. houdende A. B.*

Materiëel zoude eene vordering ongegrond zijn, alhoewel niet met de Wet strijdende, indien men dezelve den Regter niet gemotiveerd voordroeg, mogt er al of niet een regtsgrond bestaan.

In soortgelijke gevallen kan de Regter de conclusiën niet toewijzen, maar, alhoewel hij onmiddellijk verstek moet verleenen, kan hij, wat den eisch betreft, op eene volgende teregtzitting uitspraak doen, art. 76, 77, *W. v. B. R.*

Volgens v. d. Honert, *B. R.*, § 77, Oudemans, *B. R.*, § 39, behoeft deze teregtzitting niet noodzakelijk de eerst volgende te zijn.

Daar tusschen het verleenen van verstek en de uitspraak over den eisch de verweerder voor den Regter kan verschijnen, stelt men de vraag, of hierdoor het verleende verstek kan opgeheven worden.

Deze vraag werd toestemmend bij het Kantongeregte te 's Bosch beslist, *W. v. h. R.*, no. 309.

Wie moet de kosten van het verstek en die van

het vonnis dragen, indien de eisch niet toegewezen wordt?

De defaillant is bij verstek veroordeeld en dus zoude men, met art. 89, *B. R.*, kunnen zeggen: de kosten van het verstek, die van het vonnis daaronder begrepen, komen ten laste van den defaillant.

Maar van eenen anderen kant luidt art. 56, *B. R.*, „al, wie bij vonnis in het ongelijk gesteld wordt, zal in de kosten verwezen worden.”

Twee vonnissen, waarmede men zich gaarne vereenigt, beslissen de vraag in den laatsten zin, het eerste, 's Bosch, 6 Mei 1840, een tweede, Gorinchem, 11 Sept. 1841.

2°. VEROORDEELING IN DE KOSTEN.

Art. 89, *B. R.*, brengt de kosten van het verstek, die van het vonnis daaronder begrepen, ten laste van den gedaagde, zonder hem evenwel, ten allen deele des aangaande, met den eischer gelijk te stellen.

I. De gedaagde is niet tot de voorafgaande betaling der kosten gehouden.

Indien art. 75, *B. R.*, bepaalt, dat de eischer den aanleg niet op nieuw zal kunnen beginnen, dan na voorafgaande betaling, houdt art. 89 deze bepaling niet in. Daarom meen ik, dat wel eens verkeerdelijk werd staande gehouden, dat ook dit laatste op den gedaagde van toepassing is

Zoo als wij reeds deden opmerken, maakt de Wet een groot verschil tusschen het verstek van den gedaagde en van den eischer.

Wordt het verzet aan den eersten ontzegd, zoo is dit geenszins het geval voor den tweeden.

De eischer zou dus, *in casu*, verplicht zijn een aanleg op nieuw te beginnen, terwijl de defaillant het gewone middel heeft, om tegen verstek op te komen.

Deze voorafgaande betaling stelt zoowel eene uitzondering, als tevens eene soort van strafbepaling daar.

Indien, volgens de oude Nederl. Wetgeving, de kosten eerst moeten betaald worden, zoo was dit bij den *Code de procédure* nooit het geval, daar het eindvonnis slechts dit punt besliste.

Hieruit blijkt dus, dat de eischer en de verweerder, die tegen een vonnis bij verstek in regten opkomen, niet op het zelfde standpunt staan, mogt er zelfs analogie bestaan, zoo zoude men toch niet gerechtigd zijn eene uitzondering van het eene op een daarmede gelijk staande geval toe te passen, te meer wanneer zij het karakter van eene strafbepaling heeft, waarbij het beginsel, *odia restringenda*, allezins van kracht is.

II. De nietigheid der dagvaarding ontheft den defaillant van dien last.

De eischer betaalt altijd de kosten van het verstek, maar de gedaagde wordt soms hiervan bevrijd, door de omstandigheid, dat de dagvaarding nietig is. Art. 89, art. 1, al. II, *B. R.*

Deze uitzondering, welke eenigermate eenen al te strengen regel verzacht, is onvoldoende en schijnt der billijkheid afgeperst.

Ziet men vooreerst in het niet-verschijnen van den gedaagde een verzuim, eene stilzwijgende erkenning van schuldpligtigheid; vreest men, ten tweede, dat buiten dezen strengen regel het verzet, mogt de gedaagde zeker bewijs of kwijting bezitten, in deszelfs wil, een middel kon zijn, om den eischer kosten aan te jagen; meent men, ten derde, dat wie zijne pligt te kort doet en daardoor schade toebrengt, straf verdient en tot vergoeding gehouden is: zoo neigt men onwillekeurig tot het stelsel van onze Wet over.

Het waren deze redenen dan ook, welke eenige en zelfs Nederlandsche Regtsgeleerden reeds onder den *Code de Procédure*, die volgens velen beter dit punt *a priori* onbeslist liet, ons tegenwoordig stelsel deden ontwerpen.

Zoo zegt Mr. W. IJ. van Hamelsveld, in zijne „Manier van procederen in burgerlijke regtszaken,” waar hij soms *de jure constituendo* spreekt:

„Het dient wel opgemerkt te worden, dat de Wet geene bepalingen maakt ten aanzien van de kosten. Ik zou met andere Regtsgeleerden van gevoelen zijn, dat het op de billijkheid gegrond is, dat de defaillant, al wordt de zaak in oppositie in zijn voordeel uitgesproken, altijd in de kosten van het défaut behoort gecondemneerd te worden.”

Maar bedenkt men integendeel, dat al hetgeen het beginsel, veroordeel niemand onverhoord en buiten zijn weten, van kracht is en gewigt bezit, hier tegen het algemeen belang dient in aanmerking te komen, dat hier soms noch verzuim, noch kwade wil, noch stilzwijgende schuldbekentenis in het spel zijn,

maar dat de onmogelijkheid de eenige reden van niet-verschijning is, dan bemerkt men, hoe de bepalingen onzer Wet, desaangaande al te streng, den defaillant *ten onregte*, zelfs lager, dan den *contumax* der Romeinen, plaatsn. Bij de Romeinen ten minste verschoonden ziekte en overmagt den defaillant van de straf, L. 53, § 2, D. *de re jud.* (42,1) „*Poenam contumacis non patitur, quem adversa valetudo vel majoris causae occupatio defendit.*” In soortgelijke billijke beschouwingen treedt de Nederlandsche Wetgever niet, hetgeen des te minder verdient de goedkeuring weg te dragen, omdat niet voor hem, als voor den Romeinschen, redenen bestonden zich zoo streng te toonen.

Heden toch is de dagvaarding in burgerlijke zaken niets anders, dan eene oproeping van den eenen tot den anderen bijzonderen persoon.

Dit was bij het latere Romeinsche Regt het geval niet, want de Regter moest er den libellus, de dagvaarding, goedkeuren, welke als dan als eene akte van hem uitgaande werd aangemerkt. Gehoorzaamde men hieraan niet, zoo lag daarin een *despectus judicis* opgesloten, en het was met regt, dat de defaillant, wegens die beleediging of minachting der regterlijke magt, eene verdiende straf onderging.

Daar van den eenen kant deze redenen thans niet meer, zoo als in het Romeinsche Regt, aanwezig zijn, maar dat van een anderen het stilzwijgen van den *Code de Procédure*, tot misbruiken kon aanleiding geven; zoo meen ik, dat onze Wetgever een middelweg had moeten opsporen en zijn voorkeur schenken,

niet aan eene *praesumptio juris et de jure*, maar *juris tantum*.

In dier voege had de defaillant steeds de kosten van het verstek, het vonnis daaronder begrepen, moeten dragen, al werd de zaak in oppositie ook ten zijnen voordeele uitgesproken, ten ware hij op billijke gronden van de oorzaak zijner niet-verschijning deed blijken.



TWEEDE AFDEELING.

OVER ART. 135, LID. 3, *W. v. B. R.*, IN
HET BIJZONDER.

ALGEMEENE BESCHOUWINGEN.

Tijdens de beraadslagingen der Staten-Generaal over art. 135, maakte de tweede Afdeeling de aanmerking: „In de zesde Afdeeling van den eersten Titel, kon natuurlijk over het verstek van Procureurs niet worden gesproken, dewijl die Titel inhoudt *algemeene bepalingen, en de Procureurs bij de Kantongeregten niet bestaan*. Men vraagt derhalve, of er hier niet zal moeten gezegd worden, wat er gebeuren moet, wanneer iemand verzuimt Procureur te stellen, of wel wanneer de gestelde Procureur ten dage dienende niet verschijnt *).” Deze Afdeeling gaf dus in bedenking, of aan art. 135, *W. v. B. R.*, het 3de lid niet diende bijgevoegd te worden, hetgeen

*) Verg. van den Honert, Handb. II, § 135.

dan ook inderdaad gebeurde en alzoo is het aan die aanmerkingen, dat art. 135, lid 3, *B. R.*, zijn bestaan te danken heeft.

Waren deze aanmerkingen of bedenkingen juist en gegrond, zoo zoude men niet anders dan met van den Honert (ad § 135, N. 1, *W. v. B. R.*) kunnen zeggen, dat daarin „ligt opgesloten, dat de bij art. 76, *B. R.*, vermelde bepaling niet toepasselijk is op zaken, welke voor de Regtbanken en Hoven worden behandeld, doch in dat geval kan ook de bij art. 75 vermelde bepaling niet geacht worden daarop toepasselijk te zijn, waardoor eene niet onbelangrijke gaping ontstaat.” Maar het *hoofddeel der aanmerking; de redenering* zondigt in regten tegen de eerste regelen van den syllogismus. Want men moet een aller onjuiste terminus, dien niemand het geringste oogenblik kan aannemen, er onder verstaan, om van het beginsel „*dewijl die Titel inhoudt algemeene bepalingen*” tot de gevolgtrekking te komen „*en de Procureurs bij de Kantongeregtten niet bestaan.*” Stelt men alzoo de redenering volledig daar, dan luidt zij „*dewijl die Titel inhoudt algemeene bepalingen (dat algemeene bepalingen alleen op de Kantongeregtten kunnen betrekking hebben)* en de Procureurs bij de Kantongeregtten niet bestaan.

Hieruit blijkt genoegzaam, dat de meening zoo onjuist als de redenering is, zoo dat men minder kan zeggen, dat voor art. 75, *B. R.*, (dat is het verstek des eischers), eene gaping bij de hoogere regtscollegiën bestaat, dan van art. 135, lid 3, *quod abundat non vitiat.*

Omdat art. 76 in den eersten Titel, houdende

algemeene bepalingen, voorkomt, ziet het niet alleen op de verschijning bij de Kantongeregten, maar ook bij de overige Regtbanken en de wijze dezer verschijning doet weinig ter zake af.

Want verschijnt men in persoon of bij bijzonderen gevolmagtigde voor de Kantongeregten, zoo kan dit alleen door den Procureur bij de overige Regtbanken plaats hebben.

Deze fictie is zoo sterk, dat zij de werkelijkheid geheel verdringt en wordt met een Procureur, dat is een *alter ego* voor den afwezigen, deze als aanwezig beschouwd, zoo wordt, zonder zijn ministerie, de in persoon aanwezige voor afwezig gehouden.

De algemeene toepassing van art. 75, *B. R.*, zonder hier, bij eene dergelijke bepaling, herhaald te zijn, bevestigt nog ten overvloede deze meening. Het schijnt alzoo veeleer te blijken, dat het derde lid aan art. 135, *B. R.*, werd toegevoegd, als eene leerstelling „dat bij ons niet meer, zoo als in het Fransche Regt verstek tegen Procureur kan gaan” dan wel omdat de artikelen 75 en 76, op zich zelve genomen, onvolledig zouden zijn, om ook elders, dan bij de Kantongeregten, toegepast te worden.



EERSTE HOOFDSTUK.

VERLEENEN VAN VERSTEK TEGEN DEN VERWEERDER,
DIE VERZUIMD HEEFT PROCUREUR TE STELLEN.

Van de twee gevallen, in welke art. 135, lid 3, bepaalt, dat verstek tegen den verweerder zal verleend worden, is het eerste, „dat de verweerder verzuimd heeft Procureur te stellen.“ Wanneer moet hij geacht worden dit verzuim te hebben begaan, is de eerste vraag, welke zich bij nader onderzoek natuurlijk aanbiedt.

Moet de verweerder bij verstek veroordeeld worden, wanneer hij tusschen de dagvaarding en den dag, op welchen hij verschijnen moet, in gebreke blijft Procureur te stellen, of kan hij er nog, met goed gevolg, ten dage der verschijning in regten, toe overgaan?

Deze vraag houdt en schrijvers en jurisprudentie verdeeld, zoodat over en weder besproken en verdedigd, zij ook tevens over en weder geoordeeld en beslist is.

De Pinto en Oudeman hellen tot eene ontkenkende en Schüller en Penning tot eene toestemmende beantwoording over.

De Arrondissements-Regtbanken te Haarlem, den 23sten Maart 1841, te Maastricht, den 15den December 1843, te Amsterdam, den 11den Februarij 1848, waren van oordeel, dat men, *in casu*, geacht moet worden verzuimd te hebben ten bekwamen tijde Procureur

te stellen; terwijl de Arrondissements-Regtbank te Arnhem, den 9den December 1839 en die te Nijmegen, den 8sten September 1843, de vraag in den tegenovergestelden zin uitwezen.

Moet art. 135 alleen nopens de vraag, die wij bespreken, geraadpleegd worden, dan twijfel ik er geenszins aan, mij met de ontkennende beantwoording, met De Pinto en Oudemans, in eerst gemelde beslissingen te vereenigen.

Art. 135 lid. 1, *W. v. B. R.*, verpligt den verweerder, tusschen de dagvaarding en den dag, op welchen hij verschijnen moet, Procureur te stellen, en, zoo als De Pinto zegt, moet de gedaagde Procureur stellen, niet vóór zijne verschijning in regten, ook niet dans les delais de l'ajournement, zoo als art. 75, *Code de proc.* inhield, maar tusschen de dagvaarding en den dag, op welchen hij verschijnen moet, dat is derhalve vóór dien dag en niet vóór de verschijning zelve.

Ik kan dan ook niet met de Arrondissements-Regtbank te Nijmegen instemmen, dat de dag, op welchen de verweerder verschijnen moet, onder den termijn behoort, binnen welchen de Procureurstelling moet plaats hebben, om reden, dat, indien art. 8, *B. R.*, zegt: de dag van het exploit en de dag van de verschijning worden niet mede gerekend onder den *algemeenen termijn*, bepaald voor *dagvaarding*, *aanzeggingen* en *beteekeningen*: het *stellen van Procureur* hier eenen *bijzonderen termijn* heeft, welchen het woordje *tusschen* in art. 135, lid 1, *B. R.*, door de dagen *a quo* en *ad quem* uitdrukkelijk begrensd en beperkt.

Maar indien het waar is, dat men met Celsus verplicht is te zeggen: l. 24, D. *de legibus* „Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere: „als dan mag men met regt verlangen, dat art. 137 en 142 met art. 135, lid 1, worden in verband gebracht.

Indien art. 135 zegt: De verweerder is verplicht, binnen het tijdsverloop tusschen de dagvaarding en den dag, op welken hij verschijnen moet, *Procureur te stellen*, zegt art. 137 daartegen: Indien de eisch op korten termijn is ingesteld, *volstaat de verweerder met ten dienende dage zijnen Procureur ter audientie te stellen*, en art. 142, in zaken van gewone behandeling kan de verweerder volstaan met, door zijnen Procureur, op de oproeping der zaak ten dienenden dage, te doen aankondigen, dat laatst gemelde zich Procureur gesteld heeft.

Door de naast-elkander-plaatsing dezer artikelen bespeurt men de eens luidende bewoording, in tegenwoordigen tijd, van de artt. 135, al. 1 en 137, al. 1.

In art. 142 wordt de verleden tijd gebruikt, de gedaagde kan volstaan met, door den Procureur, te doen verklaren, dat hij zich Procureur gesteld heeft.

Op deze gronden kan ik mij gedeeltelijk met de tweede overweging van het vonnis der Arrondissements-Regtbank te Maastricht, van den 15. Dec. 1843, vereenigen, wanneer aldaar gezegd wordt: „Dat, indien volgens het art. 142 van hetzelfde Wetboek, in zaken van gewone behandeling, de verweerder kan volstaan, met, door zijnen Procureur op de oproeping der zaak, ten dienenden dage, te doen aankondigen, dat laatst gemelde zich Procureur

gesteld heeft, zulks niet wegneemt, dat deze aanstelling, om de vraag en de uitspraak van het verstek te beletten, binnen den bij art. 135 bepaalden termijn moet zijn geschied, en de Wetgever dan ook aan het algemeen beginsel, bij art. 135 daargesteld, geene uitzondering voor de zaken van gewone behandeling gemaakt heeft, maar alleenlijk in dezelve den verweerder heeft ontslagen van, ten gemelde dage, conclusiën voor te dragen, waartoe hij in zaken van spoedige behandeling, als in summiere of op korten termijn aangebragte zaken gehouden kan zijn."

Maar ik kan niet met deze overweging instemmen, wanneer haar tot beweegreden en grond wordt aangewezen, dat de eischer, zoowel in zaken van gewone als van summiere behandeling, vóór den dag der verschijning, van de aanstelling van Procureur door den verweerder behoort onderrigt te zijn.

In welke bepalingen wordt zulks door de Wet gevorderd, en is het billijk, zoo is het niettemin bij het *jus constitutum* onbeslist, en het punt in omvraag dus eene *petitio principii*.

Want kan de Procureur ten dienende dage nog aangesteld worden, zoo kan de eischer vóór den dag der verschijning van de aanstelling van Procureur niet onderrigt zijn, daar zij nog eerst nader plaats heeft.

Maar ik zoude er mij geheel mede vereenigen, mogt de hierboven vermelde door den volgenden regtsgrond vervangen worden, dat art. 142, zeggende „de verweerder kan volstaan met ten die-

nenden dage *te doen aankondigen* door den Procureur, *dat hij zich Procureur gesteld heeft,*" in dien zin moet opgevat worden, dat hij ontslagen is ten gemelde dage conclusiën voor te dragen; om reden, dat in het *W. v. B. R.* slechts zaken van gewone en buitengewone behandeling bekend staan; dat art. 135, al. 1, aangemerkt moet worden als de algemeene regel, waarop art. 137, al. 1, eene uitzondering is; wat betreft de zaken van buitengewone behandeling, art. 142 voor de zaken van gewone behandeling geschreven, onmogelijk eene uitzondering kan zijn, daar eene algemeene uitzondering voor de eene en de andere dezer beide soorten, de eenige in de *B. R.* bekende, een nieuw stelsel zou daarstellen en art 135, al. 1, en 142 regtstreeks in strijd voeren.

Op die gronden neem ik aan, dat men in zaken van gewone behandeling niet meer op de oproeping der zaak, noch ten dienende dage, Procureur kan stellen; maar ik kan het van een' anderen kant niet van mij verkrijgen art. 137 over het hoofd te zien.

Beweert Mr. De Pinto, dat voor de onderscheiding van gewone en summiere behandeling geen grond bestaat, zoo is art. 137, al. 1, voor de zaken op korten termijn ingesteld, door woorden en doel eene billijke uitzondering op art. 135, al. 1. Het onderscheid tusschen zaken van gewone en buitengewone behandeling moet alzoo eenigermate op den voorgrond geplaatst worden, bij deze besprokene regtsvraag, telkens wanneer de eisch op korten termijn is ingesteld, voor spoed vereischende zaken zoowel, als voor die van summiere behandeling.

II. HOOFDSTUK.

VERLEENEN VAN VERSTEK TEGEN DEN VERWEERDER, WIENS GESTELDE PROCUREUR TEN DAGE DIENENDE NIET VERSCHIJNT.

Welke beteekenis men ook van de woorden *ten dage dienende* hechte, zijn allen het eens, dat tegen den verweerder, die verzuimd heeft Procureur te stellen, of wiens gestelde Procureur op de eerste teregtzitting niet verschijnt, bij het uitroepen van de zaak verstek verleend worde.

Maar hoe nu verder?

De Procureur verschijnt op een eersten en zelfs op een opvolgenden regtsdag, terwijl hij nog steeds, *in limine litis*, voor alle weren in regten, nader achter blijft, moet als dan verstek verleend, of vonnis op tegenspraak gewezen worden?

Bij de beantwoording dezer vraag kruissen zich andermaal de gevoelens der Regtsgeleerden, zoowel als de uitspraken der regterlijke Collegiën.

Terwijl aan de eene zijde de meening verdedigd en door de regtsleer gevolgd wordt, dat slechts verstek kan gaan, wanneer de Procureur ter eerste teregtzitting niet optreedt; zoo wordt aan de andere zijde aangenomen, dat, mogt hij nader, doch voor *litis contestatie* niet verschijnen, de zaken zich, ook nog voor als dan, eveneens zullen toedragen.

Voor de eerste meening staan: v. d. Honert,

R. B., 170, I, 33, II, twee arresten van den Hoogen Raad, 8 Oct. 1841; in dat arrest werd beslist, dat het geschil over de vereffening van kosten van een contradictoir regtsgeding als eene voortzetting van dat regtsgeding wordt beschouwd. N. Holland, 25 April 1842, Amsterdam, 4 Jan. 1839, Z. Holland, 8 Nov. 1843, 's Gravenhage, 12 Maart 1839. Voor de tegengestelde, Oudemans, *B. R.*, § 67, Lipman, *ad. h. l. Martini*, 135, h. A. Z. 2. Smolck, *R. B.*, I, 161, II, 353. De Pinto, *B. R.*, § 120., II; vonnissen en arresten, Holland, 27 Maart 1839, 's Gravenhage, 22 Febr., 1839, en 14 Nov. 1843, Amsterdam, 24 Dec. 1838, 25 Julij 1839, 31 Dec. 1841, 6 Jan. 1842, Groningen, 11 Oct. 1839, Winschoten, 26 Nov. 1840.

Alhoewel ook de arresten van den Hoogen Raad voor de eerste meening gunstig zijn, durf ik mij, bij de veelvuldige en zelfs nadere beslissingen in tegengestelden zin, aan de laatste meening aansluiten, omdat deze buitendien meer met het begrip van verstek en het doel zijner beginselen strookt en boven eene, op de twijfelachtige letter der Wet berustende, *fictio juris*, den voorkeur schijnt te verdienen.

De vonnissen, welke ten dezen over en weder zijn geweest, bevatten zoo niet alle, evenwel de voornaamste bewijsredenen, die men van beide kanten inroept; zoodat het mij niet van belang ontbloot schijnt, een paar derzelve, als een staal *in utraque specie*, aan te voeren.

In den eersten zin geweest vindt men het boven gemelde vonnis der Arrondissements-Regtbank te

Amsterdam, 4. Jan. 1839, van den volgenden inhoud, *B. R.*, I, p. 171.

„Overwegende, dat de gedaagde, bij exploit, van 15 December l. l., gedagvaard zijnde, Procureur voor zich gesteld heeft, en dat deze ten beteekenden regtsdage is verschenen;

„Overwegende, dat op den nader tot het nemen van conclusie bepaalden regtsdag de Procureur des gedaagden niet verschenen is, en de eischer uit dien hoofde heeft gevraagd verstek tegen den Procureur;

„Overwegende, dat het onder de Fransche Wetgeving bekend middel van verstek tegen den Procureur zoowel met den geest, als met de letter, der tegenwoordige Wetgeving strijdig is, gelijk dit ten duidelijkste blijkt uit de beraadslagingen der Wetgevende Magt, bij gelegenheid van de voordragt der nieuwe redactie van het *Wetb. van Burg. Regtsv.*, in het jaar 1837 gehouden, en welke ten gevolge hebben gehad, dat de derde alinea aan art. 135 van het *Wetb. van Burg. Regtsv.* is bijgevoegd, ten einde de voorschriften van de artt. 75 en 76 van datzelfde Wetboek, nopens het verleenen van verstek tegen eene der partijën, welke *ten beteekenden regtsdage* niet verschijnt, ook op de niet-verschijning van den gestelden Procureur *tenzelfden dage* toepasselijk te maken; terwijl, ten gevolge dierzelfde beraadslagingen, in de Afdeeling van het Wetboek over *de behandeling bij geschrifte*, de bepaling van art. 113 van den Franschen *Cod. d. Proc. Civ.*, houdende verbod van oppositie tegen een dus genaamd *jugement faute de produire*, en welke in het eerst aangenomen Ontwerp van het *Wetb. van Burg. Regtsv.* was over-

genomen, dáárom door de Regering is ingetrokken, omdat men die bepaling beschouwde als in verband te staan tot het bij de Fransche Wet dus genaamd *défaut* tegen den Procureur, hetwelk bij onze tegenwoordige Wet niet meer bekend is, en men, nadat partijen eenmaal verschenen zijn, geen verstek meer mogelijk heeft geoordeeld;

„Overwegende, dat hieraan is toe te schrijven, dat in het *Wetb. van Burg. Regtsv.* niet, gelijk in den *Code de Proc.*, twee verschillende termijnen voor verzet of oppositie, noch twee verschillende wijzen van beteekenen van het bij verstek gewezen vonnis worden daargesteld, maar dat in art. 81 van het *Wetb. van Burg. Regtsv.* slechts één algemeene termijn voor het verzet, en in art. 80 slechts ééne wijze van beteekenen is voorgeschreven, welke beide bepalingen, geheel verschillende van de art. 156, 157 en 158 van den *Code de Proc.*, niet wel met een nog bestaand verstek tegen Procureurs, nadat deze eenmaal verschenen is, zouden zijn overeen te brengen;

„Overwegende, dat ook de woorden *ten dage dienende*, in alin. 3 van art. 135, in verband beschouwd tot het eerste gedeelte van datzelfde artikel, geene andere beteekenis hebben, dan *ten regtsdage bij de dagvaarding uitgedrukt* of *ten beteekenden regtsdage*, zoo als in de artt. 75 en 44 gezegd wordt, en dat dezelve dus, even als in de artt. 138 en 139 plaatst heeft, van *eenen nader te bepalen dag* of *gecontinuëerden regtsdag* wel behooren onderscheiden te worden;

„Overwegende, dat uit dit alles volgt, dat, volgens de thans bestaande Wet, dán alleen verstek kan verleend worden, wanneer óf eene partij geen

Procureur heeft gesteld, óf, deze gesteld zijnde, op den bij de dagvaarding beteekenden regtsdag niet verschijnt, terwijl, nadat de Procureurs van beide partijen eenmaal verschenen zijn, het vonnis altijd als *in judicio contradictorio* gewezen behoort beschouwd te worden;

„Verklaart mitsdien den eischer niet admissibel tot het vragen van verstek tegen den Procureur des gedaagden.”

Als een voorbeeld, der tweede meening, vindt men in voormeld *Bijblad*, p. 506, I, een vonnis der Arrondissements-Regtbank van Groningen, van 11 Oct. 1839, in zijne overwegingen luidende: „dat de woorden, *ten dage dienende*, in de laatste alin. van gemeld art. 135 voorkomende, in het algemeen hetzelfde beteekenen als de woorden *ten beteekenden regtsdage*, in genoemd art. 75 voorkomende; dat deze woorden dus in het algemeen verstaan moeten worden van den *eerst* bepaalden regtsdag, omdat, volgens art. 138 en 139 van hetzelfde Wetboek, in den regel op dien dag zoowel door den gedaagde als door den eischer conclusie behoort te worden genomen;

„Overwegende, dat echter deze woorden *ten dage dienende* niet altijd en uitsluitend den *eersten bij de dagvaarding genoemden regtsdag* aanduiden, maar wanneer het nemen der conclusiën van den ged. op eenen naderen dag bepaald is, mede behooren opgevat te worden van dien dag, op welken die conclusiën door hem genomen worden, daar in dát geval deze nader bepaalde dag het vervolg en de voortzetting is van den eersten regtsdag, gelijk dan ook art. 147,

Wetb. v. B. Regtsv., den dag, waarop conclusiën genomen worden, noemt *ten dage dienende*, ook zelfs ofschoon de conclusie van den ged., volgens art. 139 van meer gemeld Wetboek, waarnaar art. 147 mede verwijst, op eenen anderen dan op den bij de dagvaarding genoemden dag genomen worden;

„Overwegende, dat hieruit volgt, dat de Procureur van den ged., die op den eersten regtsdag is verschenen, doch op den nader bepaalden dag niet heeft geconcludeerd, geacht moet worden *ten dage dienende* niet te zijn verschenen, en dat alzoo den ged. verstek behoort te worden verleend;

„Verleent tegen den gedaagde verstek” enz.

Het eerste vonnis grondt zich dus bijzonder op deze twee hoofdoverwegingen:

1°. Dat men *verstek tegen den Procureur zoude dienen te verleenen*, indien hij, na voorloopig te zijn verschenen, op een naderen regtsdag achter blijft, d. i. een bij ons onbekend verstek.

2°. Dat de woorden *ten dage dienende*, uitsluitend de eerste en geene opvolgende teregtzitting aanduiden.

Dit laatste gezegde wordt in den geheelen zamenhang van het tweede vonnis wederlegd.

Nader zal toch nog eene eenigzins nieuwe zienswijze, wat er het bewijs van betreft, des aangaande ontwikkeld worden.

Door het slot van het tweede vonnis,

„verleent tegen den gedaagde verstek,” vervalt als van zelve, dat bij deze meening verstek tegen Procureur zoude moeten gaan.

De redenen, welke deze nieuwe *species* van verstek

aan het tweede stelsel als eene verpligting opleggen, schijnen bezwaarlijk, zoo niet onmogelijk om aan te geven.

Indien onder het Fransche Regt Procureurgesteld was, al verscheen hij ook ter eerste teregzitting niet, zoo ging verstek tegen hem, en niet tegen partij.

Dit is juist bij ons veranderd, en verschijnt de gestelde Procureur ten eerste regtsdage niet, zoo gaat verstek tegen partij, en niet tegen Procureur.

Waarom zoude nu, indien de Procureur op eene nadere teregzitting achter blijft, en mogt men als dan concluderen tot het verleenen van verstek, in het bij ons uitsluitend aangenomene stelsel eenige verandering ingevoerd worden?

Onder de voornaamste voorstanders der eerste meening staat de Heer J. van den Honert, voormalig Procureur te Amsterdam, op den eersten rang.

De gronden, welke hij tot de door hem aan deze practicale kwestie gegevene oplossing aanvoert, komen hierop neer:

1°. „Art. 76, *W. v. B. R.*, bepaalt, *in verband* met het voorafgaande art. 75, dat, indien de gedaagde ten *beteekende* regtsdage niet verschijnt, tegen hem verstek zal verleend worden.

2°. Dat „de artt. 75, 76 algemeene bepalingen bevatten, welke men, door de bijvoeging van het 3de lid van art. 135, alleen beoogd heeft bij de hoogere regterlijke collegiën van toepassing te maken.

3°. Dat „door de woorden *ten dage dienende*, in het laatste gedeelte dezer bepaling voorkomende, in verband met het eerste gedeelte, verstaan moet, worden de dag, waarop de verweerder verschijnen

moet, of, zoo als in de bij art. 75 vermelde bepaling is gezegd, de beteekende regtsdag en geen andere."

4°. Dat „wel is waar art. 135, § III, zegt ten *dage dienende*, maar dat de Wetgever, als overigens blijkt uit de artt. 137, 138, 142, onder de uitdrukking, geenen anderen, dan den beteekenden regtsdag bedoelt, d. i. den eersten.

5°. Dat art. 136, *W. v. B. R.*, als beslissend mag worden aangemerkt voor zijne meening.

6°. Dat art. 35, Wet v. 29. Maart 1828, *Stbl.* N°. 19 (bij de Pinto zie § 120, *B. R.* art. $\frac{142}{132}$? *W. B. K. van* 1830, luidende: „De vonnissen gewezen op de stukken van slechts eene der partijen, wanneer de andere is in gebreke gebleven, zullen niet vatbaar zijn voor verstek") ingetrokken werd; op het gezegde der tweede afdeeling, "dat dan geen verstek meer mogelijk is" (*R. B.*, I, p. 172.) *Handboek voor de B. R.* door J. V. D. Honert ad § 135, N. 1.

(I.) Zien wij, wat er van deze gronden te denken zij:

Tusschen de artt. 75 en 76 bestaat, volgens mij, het door den Hr. v. d. Honert vooronderstelde verband geenszins, maar veel eer eene vrij volmaakt tegenstelling.

In het eerste art. wordt het verstek tegen den eischer en in het tweede dat tegen den gedaagde geheel verschillend behandeld, en in zijne gevolgen geheel anders geregeld.

Dit blijkt immers bij de eerste lezing. Men merke dan, hoe art. 75 zegt, dat er verstek zal verleend worden tegen den eischer, die *ten beteekende regtsdage niet verschijnt*, en art. 76 eenvoudiglijk,

dat verstek zal verleend worden, tegen den gedaagde die niet verschijnt:

Te zeggen, dat de herhaling van *ten beteekende regtsdage* bij art. 76 niet noodig was, is gemakkelijk, maar waarom? Art. 76 voorziet een geheel ander geval dan art. 75 en regelt het op verschillende wijze; waarom dan ook niet in dit punt?

Voorts krijgt deze beschouwing nog meer gewigt, gaat men de beraadslagingen na, en ontwaart men dat van het verschil van standpunt des eischers en van den gedaagde niet alleen rekenschap is gehouden, maar daarop zelfs aanmerkingen gemaakt zijn. *)

De niet herhaalde woorden, „ten beteekende regtsdage”, in art. 76, zullen bij de eerste meening als eene onachtzaamheid des Wetgevers moeten gehouden worden, mogt men niet liever *aangaande de verschij-*

*) Deze moeilijkheid, welke zich in het eerste stelsel voordoet, rust daarop, dat men zou kunnen beweren:

Dat, na zijne verschijning, vóór conclusiën en weren, de gedaagde slechts aangemerkt kan worden, zoo als de eischer *ab initio*, van eene bepaalde teregtzitting kennis te dragen. Zoodat tegen den eischer slechts op de eerste, tegen de gedaagde nog op eene nadere teregtzitting verstek kan verleend worden.

De eischer kent den dag der teregtzitting altijd, de verweerder kan van de dagvaarding geene kennis dragen.

Deze ongelijkheid bleef in de Tweede Kamer niet onopgemerkt, en een lid der derde afdeeling is van oordeel geweest, dat, indien de dagvaarding niet aan den gedaagde in persoon is overhandigd „dezelve zoude behooren te worden herhaald, alvorens er tegen den gedaagde verstek zoude worden verleend.” De andere leden konden zich met dit gevoelen niet vereenigen. Maar hadden de Kamers aan de woorden *beteekende regtsdag* den zin gehecht van eerste teregtzitting, kan men dan redelijk vooronderstellen, dat zij art. 76 zouden gelaten hebben, zoo als het thans ligt?

ning van eischer en gedaagde, tot verleenen van van verstek gevorderd, een verschillend stelsel willen volgen.

Van deze onachtzaamheid blijkt bij mij niet, maar veel eer van het inzicht des Wetgevers aan voormelde woorden de groote beteekenis niet te geven, die de andere meening er aan hecht.

Ik zoude eerder uit art. 75 en 76 besluiten, dat de Wetgever het Fransche stelsel, aangaande het verleenen van verstek, trachtte na te leven.

Mag men uit het Fransche Regt niet argumenteren tot het onze, zoo mag toch van een' anderen kant niet uit het oog verliezen, dat bij de invoering onzer Wetboeken, het bestaande regt was.

De bestaande gebruiken en regelen te volgen, indien er geene nieuwe zijn vast gesteld, is niet alleen den practicus eigen, maar ligt ook in den aard der zaken opgesloten.

Een ieder, die iets nieuws wil voorstellen en wil invoeren, zal het vooral ter harte gaan, zijne gedachten, indien ook bondig en beknopt, evenwel zoo klaar mogelijk aan den dag te leggen.

Onder het Fransche Regt was aangenomen, dat geen vonnis op tegenspraak dan na *litis contestatie* werd gewezen. Dus mag men verlangen, dat, is dit bij ons verschillend geregeld, een *nieuw stelsel* des aangaande zal aangetroffen worden.

Dit is het geval evenwel niet, maar door eenvoudig de woorden, *ten beteekende regtsdage*, in art. 75, dat het verstek des eischers regelt, te vermelden, schijnt de Wetgever, volgens de eerste meening, wonderen verrigt te hebben.

Want vooreerst ruimt hij door deze woorden het billijke stelsel weg, dat niemand, dan na verhoor op tegenspraak, kan veroordeeld worden; ten tweede voert hij hierdoor een nieuw stelsel in, (eene fictio juris), zoodat men, zonder tegenspraak hoe genaamd, als op tegenspraak, zal veroordeeld worden. Ten derde, dat, indien deze woorden bij het verstek des eischers zijn uitgedrukt, zij des niettemin op een in behandeling en gevolgen verschillende, dat des gedaagden, van toepassing zijn.

Eene vergelijking van onze Wetgeving met den *Code de Procédure* zal misschien vermogen het hare tot toelichting van het besprokene bij te brengen.

In dezen *Code* luidde art. 19 „*si au jour indiqué par la citation l'une des parties ne comparait point*” en art. 149 „*si le defendeur ne constitue pas avoué ou si l'avoué ne se presente pas au jour indiqué pour l'audience*”.

Het eerste art., dat bij de Kantongeregten slechts van toepassing was, schijnt mij veel klaarder, dan art. 75, den dag der dagvaarding te vorderen, en van de woorden „*au jour indiqué pour l'audience,*” geloof ik, met eenig regt, in ten dage dienende eene vertaling te zien.

Welk was dan het stelsel der Fransche regtsleer of jurisprudentie, onder het beheer dier bepalingen, waarvan de woorden, gedeeltelijk als stelliger, gedeeltelijk als eens luidend met de bij ons zooveel gewigt erlangende, kunnen beschouwd en aangemerkt worden?

Men volgde een stelsel, regtstreeks tegen dat der eerste meening overgesteld, en ver van te vragen,

of vóór de litis contestatie vonnis op tegenspraak kon gewezen worden, stond het bij de beslissingen van den Hoogen Raad vast, dat dan slechts een vonnis als op tegenspraak moest gewezen worden, wanneer de: „*conclusions et defenses respectives de toutes les parties* volledig waren,” zoo dat op de terechtzitting, waar eene partij achterbleef, *noch nieuwe conclusiën, noch weren* hadden plaats gehad.

Thans vraag ik, of het ons vrij staat op eene *onzekere meening eener Afdeeling* der Staten-Generaal, bij een *geheel ander geval en artikel* geuit, een geheel nieuw stelsel te bouwen?

De woorden *ten beteekende regtsdage*, die bij de Kantongeregten, voor het Fransche „*au jour indiqué par la citation*,” zijn in de plaats gesteld, zouden veeleer moeten doen vermoeden, dat de Nederlandsche Wetgever de bewoording met de praktijk heeft willen doen overeenstemmen, om nog steeds na eene eerste verschijning vóór conclusiën en alle weren in regten verstek te zien verleenen. Art. 75, 255, *B. R.*, Ten beteekende regtsdage zou hetzelfde kunnen beteekenen als *au jour indiqué par la citation*, wanneer men slechts het woord *beteekenen* voor bij dagvaarding verwittigen bezigde.

Maar deze uitdrukking wordt zeer spraakkundig bij andere daden en akten dan dagvaardingen gebezigd.

Zeer dikwijls zegt het niets anders dan kennis geven, mededeelen, of aanwijzen.

Als akte van Procureur tot Procureur, als repliek en dupliek beteekenen, 135, 144, *B. R.*

Is het voorts niet, *in facto*, het stelsel der *Burgerlijke Regtsvordering*, wanneer art. 13 bepaalt, dat

de dagvaarding slechts plaats, dag en uur der eerste terechtzitting of rol moet uitdrukken, dat het regterlijk *bevel tot uitstel*, art. 137, het bepalen van eenen anderen dag tot hooren, art. 245, het verleenen van statering van het geding, art. 151, *B. R.*, *per se beteekening* tot een naderen regtsdag *medebrengen*, zonder dat de dagvaarding behoeft herhaald te worden, ofschoon dan de terechtzitting *op een' anderen dag verlegd* of voortgezet wordt. Art. 13, *B. R.*

Hieruit volgt 1^o., dat beteekende regtsdag niet uitsluitend van eene eerste, maar ook van eene opvolgende terechtzitting kan gezegd worden.

2^o. dat alzoo geene gronden tot vonnis op tegenspraak, maar wel redenen tot verleenen van verstek, zouden bestaan, indien een verweerder, zelfs bij een Kantongeregt vóór de *litis contestatie*, op eene nadere terechtzitting niet verscheen.

(II) Niets belet ons, om, na deze uitlegging, in ons stelsel aan te nemen, dat, zoo als de Heer v. d. Honert zegt: De artt. 75 en 76 algemeene bepalingen bevatten, welke op alle regterlijke collegiën van toepassing zijn en dat men, door bijvoeging van het 3de lid van art. 135, alleen beoogd heeft, het stelsel van art. 76, in zaken, alwaar het ministerie van een Procureur tot verschijning gevorderd wordt, van toepassing te maken.

Maar onze gevolgtrekkingen zijn juist tegenovergesteld, want besluit de Heer v. d. Honert, dat in onze hypothese vonnis op tegenspraak zal gewzen worden, zoo houden wij op denzelfden grond staande, dat verstek moet gaan.

(III) Van de noodzakelijkheid, dat door de woorden

ten dage dienende, in het derde lid van art. 135 voorkomende, *de dag*, waarop de verweerder moet verschijnen, te verstaan is, in verband met het eerste gedeelte beschouwd, blijkt geenszins.

Een verband, als dat van de zich in een stelsel opvolgende gedachten, moet men niet alleen tusschen een eerste en verder lid, maar zelfs tusschen de tegenstellingen en verschillende artikelen van een Wetboek ontwaren of vooronderstellen.

Maar het gaat te ver, uit dit redekundig verband te besluiten, dat, indien de Wet in een eerste lid iets bijzonders op het oog heeft, zij daarom nader niet in hetzelfde artikel een ander geval voorzien, of zich in eenen algemeenen zin uitdrukken kan,

Men herinnere zich bijzonder, bij art. 135, met welk doel het derde lid er slechts later werd bijgevoegd.

Men kan ook nog met De Pinto zeggen, „dat van dat noodzakelijk verband tusschen den aanhef en het slot van art. 135, niet eenig blijk in de Wet bestaat.”

(IV) „Dat het eene ijdele en volstrekt willekeurige magtspreuk is, te beweren, dat die woorden, *ten dage dienende*, niets anders mogen beteekenen, dan „de eerste beteekende regtsdag.”

„Dat de dienende, in het algemeen, iederen dag beteekent, waarop de zaak op de rol gebragt en opgeroepen wordt en waarop in de zaak iets moet worden verrigt.”

Is de uitdrukking, *ten dienenden dage*, in de artt. 137, 138 en anderen tevens die der eerste teregtzitting, zoo is in art. 147 en andere, *ten dage*

dienende, even zeker niet de eerste maar een gecontinueerde regtsdag. 1)

Gaat men de gevolgen dezer redenering bij de eerste meening na, dan bevindt men, dat zij daarbij of in tegenspraak, of in verwarring moet geraken.

Want neemt men inderdaad eenmaal aan, dat *ten dage dienende*, hetzelfde zegt als ten beteekenden regtsdage, zoo zal men, om consequent te blijven, dit niet een andermaal, als in art. 147, willekeurig kunnen verwerpen.

Zoo doende, dat men redekundig hierdoor noodzakelijk in het alternatief komt, aan te nemen, of wel, dat ten beteekende regtsdage eene verlegde of voortgezette teregtzitting kan bedoelen, of wel dat de uitdrukking, *ten dage dienende*, geenzins met ten beteekenden regtsdage gelijk staat.

Kiest men het eerste, zoo wordt het eerste stelsel het met het tweede eens.

Kiest men het laatste, zoo moet men, op straffe zich tegen te spreken, een ander stelsel voor de Kantongeregten, een ander voor de hoogere regterlijke collegiën aannemen.

(V) Hoe weinig daartoe dan ook geschikt, wordt art. 136, *B. R.*, door den Hr. van den Honert voorgesteld als een bewijsgrond voor zijne meening op te leveren.

1) Daar de *woordenschikking* in onze taal op de beteekenis der zinsneden en volzinnen niet van weinig invloed is, (P. Weiland, *Ned. Spraakkunst*, § 216, 217, volg.), merke men het verschil van uitdrukking op, art. 135, § III, en 147, *ten dage dienende*, en 137, 138, 142, *ten dienenden dage*.

Dit art. was in den *Code de Procédure*, art. 75, waarbij het toch nooit een Regter in de gedachte is gekomen, vóór de litiscontestatie, vonnis op tegenspraak te wijzen.

Dit art. 136 dient alleen om het stelsel van art. 59, 1^o., volledig te maken en alle moeilijkheid te voorkomen.

„Het vonnis moet behelzen de namen en de woonplaats der partijen en de namen der Procureurs, indien partijen die gehad hebben,” art. 59, *B. R.*

Zie hier, hoe de Hr. van den Honert redeneert, *R. B.*, 175:

„Bij art. 136 is voorzien in het geval, dat eene der partijen haren gestelden Procureur herroept, zonder tevens eenen anderen aan te stellen.”

„Wat moet er dan gebeuren? moet er dan verstek tegen zoodanige partij worden verleend? Juist het tegendeel is bij het zoo even genoemd art. bepaald, zoolang zoodanige partij geenen anderen Procureur heeft gesteld, blijft het regtsgeding voortgaan op naam des eerst gestelden” (nu de conclusie) „er zal alzoo in dat geval een vonnis *in judico contradictorio* worden uitgesproken, zonder dat er conclusiën zijn genomen, d. i. zonder dat er litiscontestatie heeft plaats gehad.”

Deze redenering hangt niet alleen slecht te zamen, maar dient tevens afgewezen te worden.

1^o. Wegens de ongerijmdheid, die er in ligt opgesloten, en die de eerste als de tweede meening verwerpen. Art. 135, § I, zegt, hoe er Procureur gesteld wordt.

Eenmaal gesteld, kan hij onmiddellijk en nog tusschen de dagvaarding en den dag, op welken hij

verschijnen moet, d. i. voor de eerste teregtzitting, zoowel als later, herroepen worden. Neemt men dus de redenering van den Hr. v. d. Honert aan, dan moet alzoo, *in casu*, zonder verschijning hoe genaamd vonnis op tegenspraak gewezen worden.

2°. Omdat art. 261, *B. R.*, § II., uitdrukkelijk in dergelijk geval bepaalt „dat bij het niet vervangen zijn van Procureur *bij verstek ten principale* dadelijk zal kunnen worden regt gedaan.

(VI) Het geschiedkundige feit heeft ook, mijns inziens, niet die waarde, welke de eerste meening er aan hecht.

Art. 35, Wet van den 25 Maart 1828, luidde, de vonnissen gewezen op de stukken van slechts eene der partijen, wanneer de andere daarin is gebleven in gebreke, zullen niet vatbaar zijn voor verstek.” Dit art. werd ingetrokken, nadat de tweede Afdeeling had gezegd: Dat er geene *behandeling bij geschrifte* kan bevolen worden, dan nadat de partijen zijn verschenen, en dan is er geen verstek meer mogelijk.

Maar is het om deze reden en om geene andere, dat voormeld art. weg viel? zie *R. B.*, I, 165.

Wat verstond buitendien de tweede Afdeeling door eene verschijning, waarna behandeling bij geschrifte wordt bevolen?

Hetzelfde waarschijnlijk, als de Memorie van Toelichting, wanneer zij, bij art. 162, aanmerkt, „dat alle de zaken op gelijke wijze bij conclusiën worden voldongen, maar *dat uit dezelve kan blijken*, dat sommige zaken niet vatbaar zijn voor een mondeling pleidooi; in dat geval wordt bevolen, dat dezelve

zullen worden ontwikkeld bij geschrifte;” dus nadat partijen hebben geconcludeerd.

Hoe zoude voorts eene zaak den Regter *niet vatbaar kunnen schijnen* voor eene mondelinge voordragt, indien hij bij voorbeeld de conclusiën des verweerders niet kent? Indien voorloopige verzoeken en indien exceptiën den loop van het regtsgeding nog geheel kunnen veranderen?

Zoude men in deze zienswijze niet willen deelen, zoo is niets gemakkelijker te bewijzen, dan dat de meening der tweede Afdeeling in strijd is met de Wet; dat de Wet, tegen deze meening in, voorschrijft, dat soms verstek verleend moet worden, niet alleen wanneer de partijen zijn verschenen, maar zelfs nadat conclusiën ter terechtzitting zijn genomen.

Art. 254. De loop van een regtsgeding wordt geschorst, 1°, 2°, 3° en 4° door den dood of door het verlies van betrekking van den gestelden Procureur.

Art. 255. In geen dezer gevallen zal de schorsing plaats hebben of de beslissing van het regtsgeding opgehouden worden, wanneer hetzelfde in staat van wijzen is.

In de drie eerste gevallen, in het voorgaand art. vermeld, wordt, wat deze schorsing betreft, een regtsgeding gehouden in staat van wijzen te zijn, zoodra de conclusiën op de terechtzitting zijn genomen.

In het laatste geval na afloop der pleidooijen, art. 261, § II. Bij het niet vervangen zijn van den Procureur, *zal bij verstek ten principale* dadelijk kunnen worden regt gedaan. Hieruit blijkt, dat, nadat partijen, nadat Procureur is verschenen en zelfs nadat hij

heeft geconcludeerd, nog verstek kan verleend worden, art. 261, *B. R.*

Zoude de Wet misschien twee stelsels volgen voor het verleenen van verstek?

Bij art. 75, 76, 135, al. 3, vast stellen, dat wie op een tweede of opvolgende teregtzetting achter blijft op tegenspraak, en bij art. 261, § II, bij verstek moet veroordeeld worden?

Ziet men hier niet zonneklaar den wil des Wetgevers, om het onder den *C. de Pr.* in cassatie aangenomen stelsel te volgen en te sanctionneren?

Zouden wij niet beter voor de tweede meening van art. 261, in verband met 255, kunnen zeggen, wat door den Heer v. d. Honert, bij art. 136, *B. R.*, voor de eerste wordt aangevoerd?

„Dat, indien het tot dusverre aangevoerde nog niet voldoende zijn mogt, ten betooge der gegrondheid van ons gevoelen, meenen wij, dat de bepaling vervat in art. 261 in verband met art. 255, *B. R.*, als beslissend mag worden aangemerkt.

THESES.

I.

• Venditor ad rem venditam *praestandam* cogi nequit.

II.

Quoties res locata incendio perierit, damnum est a parte conductoris, nisi se culpa vacare probet.

III.

Ut traditio dominium transferat, *justa causa* requiritur.

IV.

Peregrinus hîc natus non inde a tempore quo domicilium huc transtulit, sed a nativitate civis habendus est.

V.

Paroemium „Mobilia sequuntur personam, ejus quasi ossibus inhaerent,” adhuc valet.

VI.

Quoties fratres sororesque hereditati testatoris renunciant, avi legitimam portionem petere possunt.

VII.

Ex art. 20, al. ult., *C. M.*, socius commenditarius non tenetur lucrum, quo jam fructus est, inferre.

VIII.

Jure mercatorio valet consuetudo.

IX.

Ex statu hominis in societate civili oritur
jus puniendi.

X.

Poena capitalis est legitima habenda, quum
civitati est necessaria.

XI.

Facio cum Cl. de Pastoret: „*bannissement*
c'est l'action de s'envoyer de peuple à peuple
l'écume de la société."

XII.

Improbo praescriptionem poenae.

XIII.

In controversia de applicatione legum, quae
Legi Fundamentali repugnare videntur, hancece
ante omnia incolumen servet iudex.

XIV.

De verbrokkeling der landgoederen of hoeven, in dier voege, dat zij geene, aan de behoeften van een landbouwershuisgezin geëvenredigde, winst meer opleveren kunnen, werkt nadeelig, zoo voor eigenaars, als pachters, en mist de vereischten eener behoorlijke verdeeling. (Art. 1122, *C. C. N.*)

DRUKFOUTEN.

Bl. 19	leze	men	regel 8,	volgens	<i>haar</i>
„ 33	„	„	„ 31,	begrenst	
„ 44	„	„	„ 23,	volmaakte	
„ 46	„	„	„ 12,	mag <i>men</i> toch	
„ „	„	„	„ 14,	<i>dit</i> het	

