

INHOUD

Prae-advies van Mej. Mr S. Boekman

Hoofdstuk I: de civiele requestprocedure naar stellig recht	95
Gebruikte terminologie	95
Wettelijke grondslag	96
Onderscheid door rechtspraak	97
Geldende procesregels	99
1. De beschikking, vorm en inhoud	99
gebaseerd op uitdrukkelijke wetsbepaling	100
ambtshalve of op verzoek	101
bevoegde rechter	102
2. Het verzoek, de verzoeker	103
vorm en inhoud	103
verplichte vertegenwoordiging	104
3. De procesgang, incidentele voorschriften	104
toepasselijkheid regels gewone procedure	105
hoger beroep en cassatie	107
andere rechtsmiddelen	114
minderelijdelijkheid rechter	114
Conclusies ten aanzien van procesregels	117
Rechtskracht der beschikkingen	120
Rechtskracht vonnis	120
Beschikkingen, kracht van gewijsde	120
minder rechtsmiddelen	121
nietigheid	122
bindende werking	125
mogelijkheid van wijziging	126
geen gezag van gewijsde	126
Hoofdstuk II: wanneer dient de requestprocedure te worden gevolgd?	127
De rechtspraak	127
De literatuur	131
Conclusies inzake het geldende recht	134

INHOUD

Prae-advies van Prof. Mr A. P. Funke

1. Inleiding	155
2. Artikel 1 Rv.	157
3. Hoger beroep (art. 345 Rv.)	162
4. Revisie (art. 364 jo. 345 Rv.)	167
5. Cassatie (artt. 428—429 Rv.)	167
6. Rechtsweigerig (art. 844 Rv.)	173
7. Terminologie	178
8. Buitenlands recht	187
9. Keuze van de Nederlandse wetgever tussen gewone en rekestprocedure	211
10. Keuze van de rechtzoekende	216
11. Keuze van de rechter	217
12. Systeem der wetgeving	225
13. Welwillendheidsbeslissingen	230
14. Slotbeschouwing en conclusies	231

Toepassing der requestprocedure in de toekomst,	
geen vrije keus	134
moeilijkheid vinden materieel criterium	135
gevaar door invoering materieel criterium	138
formeel criteria	140
eventuele wetswijzigingen	140
Hoofdstuk III: Postscriptum	141
Behoeft bindende richtlijn voor wetgever . . .	141
Requestprocedure niet te beschouwen als ver-	
eenvoudigde vorm van gewone procedure .	141
Voorkeur gewone procedure, tenzij deugdelijke	
redenen	142
Enkele wensen voor wijziging van het procesrecht	144

Dient de wet algemene regelen te bevatten omtrent de gevallen waarin de civiele requestprocedure moet worden gevolgd, en zo ja, welke?

Prae-advies van Mej. Mr S. Boekman

**HOOFDSTUK I: DE CIVIELE REQUEST-
PROCEDURE NAAR STELLIG RECHT**

Gebruikte terminologie.

Ons stellige recht kent blijkens de jurisprudentie in civiele aangelegenheden twee soorten bindende eindbeslissingen van de rechtsprekende rechter, dat wil zeggen de rechter die bij het geven van zijn beslissing handelt overeenkomstig de hem bij de wet opgedragen taak. Zijn beslissing kan zijn een „vonnis” in de zin van het huidige artikel 175 der Grondwet en artikel 20 R.O. of zij kan zijn een beslissing die geen vonnis is.¹ Deze laatste soort beslissingen worden in de rechtspraak „beschikkingen” genoemd, ongeacht de benaming die de wet gebruikt.² Een dergelijke beschikking wordt gewoonlijk op request gegeven, vandaar dat men de rechtsgang die tot het verkrijgen van zo een beschikking leidt „de requestprocedure” pleegt te noemen.

Ik stel mij voor deze terminologie te volgen. Met „beschikking” bedoel ik hierna uitsluitend die rechterlijke civiele eindbeslissing, die volgens de rechtspraak niet is een vonnis in de zin van art. 175 Gw.³ en met „de request-procedure” die rechtsgang die leidt tot het verkrijgen van een „beschikking”, ongeacht of deze rechtsgang in feite met een request begint of niet.⁴

¹ In die zin bijv. H.R. 13 mrt 1924, 534 (afwijzing faill.aanvraag) en 25 sept. 1941, 1942, 227 (voorziening ouderl. macht na scheiding van tafel en bed).

² Vgl. H.R. 24 febr. 1956, 132: een beslissing op een verzoek tot onder curatele stelling, al moge die in art. 496 B.W. een vonnis worden genoemd, is desniettemin een beschikking op verzoekschrift.

³ Het woord beschikking wordt ook wel gebruikt voor de dicta ter rolle en voor voorzieningen die bij vonnis worden gegeven, bijv. de beschikkingen van art. 269 B.W. In die zin gebruik ik het woord hier dus niet.

⁴ Men spreekt immers ook wel van de „dagvaardingsprocedure” wanneer men de gewone procedure, eindigend met een „vonnis”,

Wettelijke grondslag.

Wanneer men de grondslag voor het bestaan der request-procedure zoekt in de Grondwet, die immers in het algemeen de bevoegdheid van de rechterlijke macht regelt, of in de Wet op de Rechterlijke Organisatie, komt men bedrogen uit. Slechts in art. 179 Gw., dat bepaalt dat de Hoge Raad onder meer door leden van de rechterlijke macht gegeven beschikkingen kan vernietigen, wanneer die met de wetten strijdig zijn, en in de artt. 38 en 95 R.O., waarin respectievelijk „de werkzaamheden aan de kanton-rechters bij de wet opgedragen” en de „handelingen” (naast vonnissen en arresten) van hoven, rechtbanken en kantongerechten worden vermeld, komen de beschikkingen (naast andere handelingen) even om de hoek kijken.⁵ Een basis voor de bevoegdheid van de rechter om beschikkingen te geven, vindt men hier echter niet. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bevatte ten tijde van zijn invoering slechts een enkele bepaling, die betrekking had op de requestprocedure in het algemeen: dat was art. 345, dat de termijnen voor het hoger beroep van beschikkingen op request regelde.⁶ De verdere procesgang werd daar niet geregeld, evenmin als de bevoegdheid van de rechters om beschikkingen te geven. Men diende een en ander te zoeken in die speciale wetsartikelen in de verschillende wetboeken, die voor een bepaald geval vermeldden, dat een bepaalde rechter een beschikking kon geven, op verzoek⁷ of bij verzoekschrift⁸ te verkrijgen.

Sinds 1838 is het aantal wetsartikelen, dat op de request-procedure betrekking heeft, zeer toegenomen. In de eerste plaats wordt sinds 1876 het cassatieberoep van beschikkingen door de artt. 428 en 429 Rv, zij het zeer summier, geregeld⁹ en voorts zijn er tal van gevallen bijgekomen,

bedoelt, die niet alleen met een dagvaarding kan beginnen, doch ook met een conclusie, een verwijzing e.d.

⁵ Vgl. *Leon-van Praag*, R.O. 2e ged., p. 298, 547; *Van Boneval Faure*, Dl. I, 3e dr. p. 95; *Veegens*, Cassatie in burgerlijke zaken, p. 249.

⁶ In de oorspronkelijke tekst (Wet van 29 maart 1828) ontbrak zelfs deze bepaling; zij is eerst bij de herzieningswet van 10 mei 1837 ingevoerd. Zie *u. d. Honert*, Rechtsvordering, p. 393.

⁷ Bijv. aanvulling of verbetering akte burgerlijke stand, 830 oud Rv.

⁸ Bijv. machtiging gehuwde vrouw, 798 oud Rv.

⁹ Zie hierover *Veegens*, op. cit. p. 249 v.; *Röder*, De grondtrekken van het procesrecht der vrijwillige rechtspraak, p. 83 v.

waarin de wet een requestprocedure voorschrijft, zowel door wijziging van de bestaande wetboeken, speciaal het B.W. (men denke slechts aan de kindernetten, het nieuwe huwelijksgoederenrecht), als door de invoering van nieuwe wetten met hun eigen requestprocedures, zoals Merkenwet, Armenwet, Handelsnaamwet, Huurwet. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is uitgebreid met een aantal procesregels voor enige specifiek aldaar genoemde requestprocedures;¹⁰ ook in andere wetten vindt men wel processuele voorschriften voor het verkrijgen van beschikkingen op request. Een algemeen procesrecht voor de requestprocedure bevat de wet echter ook thans nog niet.

Onderscheid door rechtspraak.

De wet geeft geen duidelijke scheidslijn tussen beschikkingen en vonnissen. Integendeel, de terminologie van de wet is dusdanig slordig, dat eenzelfde beslissing van de rechter in het ene wetsartikel als „beschikking” kan zijn aangeduid en in een ander als „vonnis”.¹¹ Op de woorden van de wet kan men dus niet afgaan. Evenmin geeft de wet met zoveel woorden aan of en in hoeverre de requestprocedure van de gewone procedure afwijkt, behoudens dan dat zij gewoonlijk met een request en niet met een dagvaarding begint. Het trekken van een scheidslijn tussen beide soort beslissingen en procedures is het werk geweest van de rechtspraak, met name de rechtspraak van de Hoge Raad, zij het dat een en ander is geschied in de vorm van interpretatie van de wet.

Aanleiding hiertoe is in de eerste plaats geweest het bestaan van art. 345 Rv., dat bepaalde dat het hoger beroep van beschikkingen op requesten bij request diende

¹⁰ Naast de bij de aanvang reeds bestaande requestprocedures van de artt. 829—832 (aanvulling of verbetering akten burg. stand), 855—875 (verlof kosteloos procederen), 876—881 (voorlopig getuigenverhoor) — allen in de loop der tijd gewijzigd — bevat dit wetboek thans de procedure voor de verzoeken van echtgenoten (artt. 798, 799), alimentatieprocedure (828a—828i), rechtspleging ouderlijke macht en voogdij (900—968) en adoptie (969—984).

¹¹ Bijv. de artt. 153 en 159 Fw. t.a.v. de homologatie van een accord. Vgl. ook H.R. 2 jan. 1942, 309 over de artt. 438 b, 3e lid (oud) en 439, 2e lid (oud) B.W. t.a.v. de ontzetting uit de voogdij. Zie hierover o.a. Zuidema, Rechtspraak op verzoekschriften, p. 3 en 4; Röder, p. 22.

te worden ingesteld en dat, sinds 1896, de termijn voor dat hoger beroep stelde op twee maanden, in plaats van de „gewone” termijn van drie maanden. Teneinde vast te stellen of dit voorschrift van toepassing was, heeft de rechter zich bij herhaling moeten uitlaten over de vraag of een bepaalde beslissing van de rechter diende te worden beschouwd als een beschikking in de zin van dit artikel of niet.¹² Voorts heeft de Hoge Raad, op grond van klachten, dat de lagere rechter bij het geven van een bepaalde beslissing de voorschriften van het huidige art. 175 Gw. en 20 R.O. zou hebben geschonden, de beslissingen van de lagere rechter geschild in „vonnissen”, waarop deze artikelen wel, en „beschikkingen” waarop ze niet van toepassing zijn. Aanvankelijk heeft de Hoge Raad hier niet altijd zo een scherp onderscheid gemaakt: in 1923 werd bijvoorbeeld nog in twee arresten het voorschrift van openbaarheid der uitspraak wel toepasselijk verklaard op een beschikking, waarbij in een faillissement de homologatie van een accoord werd geweigerd¹³ en ook is de Hoge Raad nog wel eens een enkel maal in afwijking van zijn vaste regel bij een beschikking op een motiveringsklacht ingegaan.¹⁴ Niettemin kan men thans spreken van een vaste rechtspraak van de Hoge Raad, dat ten aanzien van „beschikkingen” de grondwettelijke voorschriften van motivering en openbaarheid toepassing missen, omdat het niet zijn „vonnissen” in de zin dier wet.¹⁵

¹² Bijv. H.R. 22 juni 1900, W. 7468, Hof den Bosch 2 febr. 1926, 1378, Hof den Haag 27 oct. 1938, 1939, 174, H.R. 4 mei 1939, 937, allen over curatele; Rb. Haarlem 22 mei 1945, 1946, 153 t.a.v. machtiging gehuwde vrouw ex art. 800 (oud) R.v.; Hof den Haag 20 mrt 1959, 542 (anders: Rb. Middelburg 19 oct. 1936, 1937, 432) t.a.v. exequatur Belgisch vonnis. Zie voorts Zuidema p. 120 e.v.

¹³ H.R. 12 jan. en 6 april 1923, W. 11025 en 11048 met noten Mff. Vgl. ook H.R. 17 jan. 1907, W. 8489.

¹⁴ H.R. 17 juni 1927, 1105 en 28 aug. 1939, 964. Vgl. ook H.R. 24 aug. 1934, 1935, 65 m. n. P. S.

¹⁵ Zie Zuidema p. 102, Röder p. 24 en 42 v. Voorts bijv. H.R. 17 oct. 1918, 1114 en 6 mrt 1919, 433 (voogdij na echtscheiding); 16 jan. 1925, 365 en 25 sept. 1941, 1942, 227 (ouderlijke macht na scheiding van tafel en bed); 16 juni 1911, W. 9245 en 23 mrt 1922, 497 (ontzetting ouderlijke macht); 4 juni 1928, 1334 (herstel voogdij); 26 sept. 1924, 1105, 2 april 1925, 652, 22 aug. 1929, 1575 (wijziging alimentatie); 13 mrt 1924, 534 (afwijzing faillissementsaanvraag); 19 dec. 1927, 1928, 528 m. n. E.M.M. en 12 april 1940, 589 (Armenwetprocedure); 8 en 15 juni 1931, 1238 en 1242 en 24 aug. 1934, 1935, 65 (handels-

Geldende procesregels.

Wat zijn nu de voorschriften die blijkens de rechtspraak deze beschikkingen en de bijbehorende procedure beheersen?

1. *De beschikking* — wij zagen reeds dat zij volgens vaste rechtspraak niet gemotiveerd behoeft te zijn en niet in het openbaar uitgesproken, tenzij de wet dit ten aanzien van een bepaalde beschikking uitdrukkelijk voorschrijft.¹⁶ Voorts zijn daarop niet van toepassing de artt. 59 e.v. Rv., waarin ten aanzien van vonnissen onder meer geregeld wordt wat zij moeten behelzen en wat in de expeditie dient te staan.¹⁷ Wat voor voorschriften gelden dan wel? Moet een beschikking bijvoorbeeld schriftelijk worden gegeven? Men zou het kunnen afleiden uit art. 345 Rv., dat spreekt van de dagtekening, en ten aanzien van bepaalde beschikkingen ook uit de desbetreffende wetsartikelen: bij het voorlopig getuigenverhoor bijvoorbeeld de bepaling van art. 878 Rv., dat de verzoeker afschrijft van de beschikking aan de wederpartij moet doen toekomen, bij het verlof tot dagvaarden op verkorte termijn de bepaling van art. 7 Rv., dat de beschikking aan het hoofd van de dagvaarding of op het request wordt gesteld.¹⁸ Mondeling gegeven beschikkingen komen echter voor en worden wel beschouwd als geldige beschikkingen,

naamzaken); 18 dec. 1930, en 21 sept. 1931, 661 m. n. P.S. en 1459 (merkenzaken); 23 april 1942, 396 (benoeming arbiters krachtens overeenkomst; m.i. geen „beschikking” als hier bedoeld, zie hierna p. 101).

Dubieus is H.R. 2 jan. 1942, 309, waarbij wordt overwogen, dat „uit het voorschrift van art. 20, 3e lid R.O. valt af te leiden, dat indien de wet uitspraak in het openbaar eischt, deze formaliteit op straffe van nietigheid is voorgeschreven” — het ging over een ontzetting van een curator, waarvan de uitspraak krachtens art. 439, 2e lid B.W. (oud) in het openbaar moest plaats vinden. Zie hierover *Stheeman* in R. M. Themis 1945/46, p. 233 v.

¹⁶ *Zuidema* p. 85 v. Behalve de rechtspraak vermeld in de vorige noot nog H.R. 17 febr. 1944, 1944/45, 254 (vernietiging verwerping nalatenschap); 28 sept. 1950, 1951, 152 en 13 mei 1954, 455 (handelsnaam en merkenzaken).

¹⁷ De meeste arresten vermeld in de vorige twee noten noemen ook art. 59 Rv. als niet van toepassing op beschikkingen. Zie voorts H.R. 11 april 1935, 819 m. n. P.S. over de expeditie. T.a.v. de formele veristen van art. 59 Rv. anders: *Zuidema* p. 102.

¹⁸ Rb. Maastricht 22 mei 1919, 868.

waarvan appel mogelijk is,¹⁹ al is in de rechtspraktijk een schriftelijke beschikking meer gebruikelijk. Wat zo een beschikking dient te behelzen en hoe zij er uit behoort te zien staat nergens omschreven. De rechtspraak heeft te dien aanzien slechts één vaste regel ontwikkeld: het verzoekschrift — als dat er is — wordt geacht deel uit te maken van de beschikking.²⁰ Dit betreft dus niet zozeer wat de beschikking *moet* behelzen als wel wat de beschikking, al staat het er niet, *geacht wordt* te behelzen. Overigens kan, bij gebreke van voorschriften, ieder briefje dat een beslissing van de rechter bevat (mits die beslissing er een is; die bij beschikking kan worden gegeven) een rechtsgeldige beschikking zijn.²¹

Een beschikking van de rechter dient gebaseerd te zijn op een uitdrukkelijke wetsbepaling. De bevoegdheid van de rechter om recht te spreken vindt immers haar grondslag in de wet. Voor de gewone gedingen is die bevoegdheid gebaseerd op artikel 167 Gw., maar voor het geven van beschikkingen ontbreekt een dergelijke algemene bevoegdheidsbepaling, zodat de rechter tot het geven van een bepaalde beschikking slechts bevoegd is, als de wet hem dit uitdrukkelijk opdraagt.²² Wordt aan de rechter een beslissing verzocht, die hem niet door de wet is opgedragen, dan behoeft hij aan dat verzoek niet te voldoen²³ en indien hij wel aan het verzoek voldoet, pleegt hij geen daad van rechtspraak, maar een „daad van welwillendheid”. Zijn beslissing is dan geen beschikking als bedoeld in art. 345 Rv.²⁴ en geen der procesregels die voor beschikkingen

¹⁹ Aldus *Molengraaff's Faillissementswet* 4e dr., p. 315 t.a.v. beschikkingen van de rechter-commissaris. Overigens zal het vooral als een verzoek (tot beslaglegging bijv.) wordt geweigerd, nogal eens voorkomen, dat een beschikking mondeling wordt gegeven.

²⁰ H.R. 4 oct. 1937, 1938, 351 m. n. E.M.M.; 19 febr. 1943, 196; 24 febr. 1950, 258; 21 aug. 1951, 655; 21 nov. 1957, 1958, 6.

²¹ Vgl. 11.R. 1 nov. 1937, 1997 voor een geval waar twee kantonrechters zich onbevoegd verklaarden, eerst op informele wijze, later bij schriftelijke, als beschikking aangeduide beslissing. De een beschouwde zijn eerste mededeling als „beschikking”, de ander eerst het meer officiële stuk.

²² *Van Boneval Faure* p. 94; *Zuidema* p. 69 v., *Röder* p. 51 v.; *Leon-van Praag* R.O. 1e dl., p. 7—11.

²³ Bijv. H.R. 6 dec. 1918, 1919, 137; Rb. Roermond 31 mrt 1955, 551.

²⁴ H.R. 11 mei 1931, 1617; Hof Arnhem 4 april 1939, 1940, 195.

gelden zijn daarop van toepassing.²⁵

Men kan zich afvragen of de rechter wel een beslissing mag geven, die hem niet door de wet is opgedragen. Als het een beslissing is, die ook een andere door partijen aangewezen persoon rechtsgeldig zou kunnen geven, bijvoorbeeld een benoeming van scheidslieden, deskundigen of bestuurders op grond van een overeenkomst van partijen of een andere, partijen bindende regeling, neemt men algemeen aan dat zij geldig is, als daad van welwillendheid.²⁶ Wanneer echter de rechter, in de vorm van een beschikking op verzoek, een declaratoire uitspraak doet, zonder dat de bevoegdheid daartoe uit de wet kan worden afgeleid, dan kan die uitspraak wegens overschrijding van rechtsmacht worden vernietigd.²⁷

Een beschikking kan in enkele gevallen ambtshalve worden gegeven.²⁸ Letterlijk genomen is er dan geen sprake van een beschikking op request, maar de rechtspraak stelt deze beschikkingen en de daarbij behorende procedure op één lijn met de beschikkingen op request,

²⁵ Kfr. Arnhem 20 dec. 1943, 1944, 380; Rb. Maastricht 7 dec. 1939, 1940, 576; H.R. 3 dec. 1915, 1916, 140 (geen enkel wetsartikel geschonden). De beschikking van de Hoge Raad van 23 april 1942, 396, genoemd in noot 15, valt m.i. ook in deze categorie.

Uit H.R. 20 april 1923, 721 zou men kunnen afleiden, dat er op de wet gebaseerde beschikkingen op verzoek zijn, die toch niet zijn beschikkingen in de zin van art. 345 Rv.; zogenaamde administratieve beschikkingen (salarisbepaling deskundigen in een surseance). Deze gedachtengang is in latere beslissingen niet meer gevolgd en dat is ook niet nodig, wanneer men dit soort beschikkingen ziet als naar hun aard niet vatbaar voor hoger beroep, zie hierna p. 108 v.

²⁶ Vgl. Sanders, Aantasting van arbitrale vonnissen, p. 210 v.

²⁷ H.R. 12 juni 1953, 1954, 1 bijv. (verklaring, dat verzoekster krachtens „Namenserteilung” een bepaalde geslachtsnaam droeg). Voor een soortgelijk geval Hof Amsterdam 27 febr. 1946, 645, voor zover na te gaan niet vernietigd. Voor een beschikking die vernietigd werd, omdat het niet was een beschikking die de wet kent: H.R. 9 juni 1950, 629.

²⁸ Dit staat bijvoorbeeld bij diverse voogdijbenoemingen in de wet en in deze categorie valt m.i. ook de voorziening in ouderlijke macht of voogdij na scheiding van tafel en bed of echtscheiding. Er is geen reden om aan te nemen, dat de rechter, ook als de wet hem dat niet opdraagt, een beschikking ambtshalve mag geven; vgl. Röder p. 31 v.; Sanders p. 233; in die zin t.a.v. appel ook H.R. 8 mei 1919, 865. Anders t.a.v. executuur arbitraal vonnis het Hof vermeld in H.R. 15 nov. 1917, 1226 en 31 aug. 1918, 973.

zodat ik meen ze daaronder te mogen begrijpen.²⁹ Gewoonlijk wordt een beschikking gegeven op verzoek³⁰ en aldus wordt de bevoegdheid van de rechter om een beschikking te geven veelal in de wet aangeduid.³¹

De vraag welke rechter tot het geven van een bepaalde beschikking bevoegd is kan niet altijd gemakkelijk beantwoord worden. De gewone bevoegdheidsregelen (artt. 38 en 53 R.O. en 126 Rv.) gelden namelijk naar men algemeen aanneemt, niet voor de requestprocedure³² en de bevoegde rechter moet telkens in de betreffende wettelijke bepalingen worden opgespoord. Deze bepalingen regelen de aanwijzing van de bevoegde rechter dikwijls slechts gebrekkig: het komt voor, dat iedere aanwijzing in de wet ontbreekt;³³ het komt ook voor, dat de wet wel een rechter aanwijst, maar in zo beperkte mate, dat voor tal van zich in de praktijk voordoende situaties geen bevoegde rechter in Nederland te vinden is.³⁴ De rechtspraak zoekt dan naar de vermoedelijke bedoeling van de wetgever en komt, speciaal ten aanzien van de betrekkelijke bevoegdheid, tot vrij willekeurige uitspraken, waarbij in soortgelijke gevallen soms wel en soms niet een rechter in Nederland bevoegd wordt geacht.³⁵ Voorts kan men, bij gebreke van aanwijzing door de wet, in de rechtspraak twee vage regels van betrekkelijke bevoegdheid onderkennen: bij beschikkingen betreffende minderjarigen is de rechter van de ver-

²⁹ Vgl. H.R. 6 mrt 1919, 43, en 22 febr. 1935, 817, het laatste besproken door *Rutten*, De devolutieve werking van het appel, p. 161.

³⁰ In sommige gevallen ook op vordering van het O.M., overigens met een verzoek gelijk te stellen, zie bijv. art. 901 Rv.

³¹ Zie lijst van requestprocedures hierna.

³² *Leon-van Praag* R.O. 2e ged. p. 298/9, 498; H.R. 30 juni 1911, W. 9254; *Röder* p. 56 v. Echter H.R. 14 oct. 1926, 1348 spreekt over de „gewone rechter” (de rechtbank) die bij gebreke van aanduiding bevoegd zou zijn; in die richting gaat ook Hof Amsterdam 29 jan. 1917, 567; *Suijling*, Inleiding, 1e st. 2e ged. p. 18.

³³ Bijv. bij het verlov van art. 487 (oud) K.; zie H.R. 23 jan. 1919, 263 en 14 oct. 1926, 1348.

³⁴ Zie bijv. de jurisprudentie op de machtiging van de gehuwde vrouw. Vgl. ook H.R. 24 febr. 1950, 742 en 12 juni 1953, 611 over wijziging beschikkingen van de Ned. Ind. rechter.

³⁵ H.R. 9 mei 1949, 390, en 24 febr. 1950, 742 bijv. Zie noot van *Veegens* onder het laatste arrest. Vgl. ook H.R. 12 juni 1953, 611, en 22 april 1955, 342.

blijfplaats veelal bevoegd³⁶ en in andere gevallen de rechten van de woonplaats van verzoeker.³⁷

2. *Het verzoek* — wie tot het doen van een verzoek, ter verkrijging van een beschikking van de rechter, gerechtigd is wordt in vele gevallen in de desbetreffende wetsartikelen vermeld.³⁸ Ontbreekt ook hier een aanwijzing of spreekt de wet van „belanghebbenden”, dan wordt weer bij wijze van wetsinterpretatie door de rechter beslist wie bevoegd is een bepaald verzoek te doen en wie niet.³⁹

Van vele verzoeken staat in de wet vermeld, dat zij schriftelijk dienen te geschieden.⁴⁰ van sommigen tegenwoordig bovendien, dat zij met redenen moeten zijn omkleed.⁴¹ Incidenteel geeft de wet nog wel verdere voorschriften ten aanzien van bepaalde verzoekschriften,⁴² maar een algemeen voorschrift — te vergelijken met art. 5 Rv. voor de dagvaarding — ontbreekt. Röder's mening, dat het verzoekschrift de feitelijke gronden waarop het verzoek steunt moet bevatten, is voor het geldende recht dan ook onjuist.⁴³ De gebruikelijke vorm, beginnende met

³⁶ Hof vermeld in H.R. 12 juni 1953, 611; in die zin ook de beslissingen t.a.v. de bijz. voogd ex art. 315 B.W.: H.R. 14 aug. 1951, 549; Ktr. Tiel 27 juli 1953, 1954, 412; Hof Amsterdam 12 jan. 1956, 446; H.R. 4 mei 1956, 304. Anders alleen Rb. den Haag 1 mrt 1932, 1301.

³⁷ H.R. 21 juli 1931, 1406; Hof Amsterdam 27 febr. 1916, 645. Aldus ook *Coops-Westervrouwen van Meeteren* p. 265.

³⁸ Zie bijv. art. 393 B.W. t.a.v. voogdijbenoeming door Kantonrechter.

³⁹ Zie bijv. t.a.v. verzoeken tot aanvulling of verbetering akten burgerlijke stand: Rb. Rotterdam 14 mrt 1930, 1008 (Voogdijraad wel), Rb. Roermond 10 jan. 1935, 1142 (ambt. burg. stand niet), Rb. den Haag 28 nov. 1930, 1931, 706, H.R. 12 jan. 1931, 758 m. n. E.M.M., Rb. Arnhem 6 jan. 1938, 342; Hof Arnhem 1 dec. 1942, 1943, 136 (O.M. in het algemeen wel); Rb. Amsterdam 23 juni 1959, 625 (bij gebreke van ander dan financieel belang niet echtgenote bij doorhaling door haarzelf verkregen echtscheidingsvonnis).

⁴⁰ Bijv. art. 129 B.W., artt. 9 en 10 Merkenwet.

⁴¹ Alimentatierequest ex 828 a Rv.; voogdijverzoeken. Zie echter H.R. 2 oct. 1959, 563: onjuist is opvatting, dat als het in het verzoek aangevoerde niet tot het verlangde resultaat kan leiden, zulk een verzoek zou moeten worden beschouwd als niet in de zin van art. 900 eerste lid Rv. met redenen omkleed. Men kan zich afvragen wat voor eisen dan wel aan het request worden gesteld!

⁴² Bijv. art. 900 Rv.

⁴³ P. 55. Men zie bijv. H.R. 25 juli 1911, W. 9250 m. n. E.M.M. t.a.v. de inhoud request merkenzaak; Ktr. Rotterdam 30 aug. 1927, 1928,

„geeft eerbiedig te kennen” en eindigende met „’t welk doende enz.” is evenmin voorgeschreven en ik zou niet weten waarom niet een eenvoudig briefje, als het een verzoek bevat, als verzoekschrift zou kunnen worden beschouwd.⁴⁴ Als uit de wet niet valt af te leiden, dat een verzoek schriftelijk moet geschieden, kan het ook mondeling worden gedaan.⁴⁵

De rechtspraak heeft ten aanzien van de inleidende verzoeken en de requesten in hoger beroep en cassatie één vaste regel ontwikkeld: tenzij in de wet het tegendeel is bepaald,⁴⁶ moeten requesten bij rechtbanken en hoven door een procureur worden ingediend.⁴⁷ Requesten aan de Hoge Raad moeten altijd — ook als in vorige instanties een procureur niet vereist was — door een advocaat worden ingediend.⁴⁸ Alles op straffe van niet-ontvankelijkheid. Voor de verzoeker geldt dus het beginsel der verplichte vertegenwoordiging; voor de verweerder echter niet, tenzij hij zijnerzijds een (anti-dotaal) request indient. De regel geldt alleen voor requesten, niet voor mondeling verweer.

3. *De procesgang* — voor tal van requestprocedures geeft de wet incidentele voorschriften: heel vaak moeten belanghebbenden of familieleden worden gehoord of althans opgeroepen; soms is kennisgeving van het request aan een wederpartij voorgeschreven en soms heeft deze recht op een verweerschrift; zo zijn er nog diverse andere voorschriften. Slechts enkele voorschriften zijn op straffe

467; Rb. Groningen 16 sept. 1939, 1940, 862; Rb. Rotterdam 18 aug. 1948, 1949, 421. Vgl. ook H.R. 8 april 1909, W. 8856 (appelrequest behoeft geen gronden te bevatten).

⁴⁴ Sanders, p. 232 maakt blijkbaar verschil tussen een briefje en een verzoekschrift.

⁴⁵ Sanders t.a.p.; Molengraaff's Faillissementswet p. 88 t.a.v. eigen faillissementsaanvraag; p. 332 en 465 t.a.v. verzoeken tijdens faillissement. Vgl. bijv. H.R. 26 jan. 1931, 545. Zie ook H.R. 8 oct. 1954, 718 (mondeling verzoek overlevende ouder om met voogdij te worden belast).

⁴⁶ Af te leiden bijv. nlt art. 5 Fw. en artt. 9 en 10 Merkenwet.

⁴⁷ Zuidema p. 88 v., Röder p. 10 v., die de argumenten pro en contra bespreekt, H.R. 30 mrt 1936, 766 (en de vroegere beslissingen, vermeld bij deze schrijvers en in het anti-dotaal request).

⁴⁸ H.R. 4 febr. 1929, 1241 m.n. E.M.M.; 1 oct. 1931, 1458; 15 juli 1942, 550; 28 jan. 1943, 256, 28 dec. 1950, 1951, 66.

van nietigheid gegeven;⁴⁹ de niet-inachtneming van andere voorschriften kan echter toch in bepaalde gevallen vernietiging van de beschikking tot gevolg hebben, nl. wanneer de Hoge Raad van oordeel is, dat de betreffende vorm van openbare orde is of zozeer tot het wezen van het geding behoort, dat ook zonder uitdrukkelijk voorschrift verzuim tot vernietiging der beschikking moet leiden.⁵⁰ Welke vormen zozeer „tot het wezen van het geding” behoren blijft, zoals Meijers zegt, een subtiële vraag;⁵¹ voor de requestprocedure kan in ieder geval worden aangenomen, dat een wettelijk voorgeschreven verhoor van partijen als zulk een vorm dient te worden beschouwd.⁵²

De procesregels van de gewone procedure worden in het algemeen als niet voor de requestprocedure geschreven beschouwd, hoewel de rechtspraak te dien aanzien niet consequent is. Wel van toepassing is bijvoorbeeld de bepaling van art. 49 R.O., zodat ook in requestprocedures de rechtbank in oneffen getale moet rechtspreeken en wel met tenminste drie rechters, tenzij een enkelvoudige kamer terzake op wettige wijze is ingesteld.⁵³ *Wraking* van een rechter wordt door de rechtspraak wel mogelijk geacht;⁵⁴ de bepalingen betreffende *rechtsweigerings* gelden blijkens

⁴⁹ Bijv. art. 909 Rv.: beschikkingen inzake ouderlijke macht en voogdij worden op straffe van nietigheid met redenen omkleed.

⁵⁰ H.R. 9 mrt. 1923, 808 (horen O.M.); 8 april 1929, 1235 m. n. P.S. en 15 mrt 1940, 926 (verhoor bloedverwanten); 16 juli 1937, 978 (verwijzing naar openbare terechtzitting bij opheffing curatele); 16 april 1948, 331 (verzending afschrift appelrequest aan geïntimeerde in Armenwetprocedure); 9 juni 1950, 629 en 8 dec. 1950, 1951, 71 (verhoor ex art. 902 Rv.); 27 febr. 1953, 314 (verhoor partijen in alimentatieprocedure).

⁵¹ Noot onder H.R. 13 juni 1928, 1379. Niet tot het wezen van het geding behoort het verhoor van de ondersteunde ex art. 65 Armenwet (H.R. 28 aug. 1925, 1123), verhoor van belanghebbenden ex art. 67 Fw (H.R. 13 juni 1928, 1379 en 9 april 1943, 351), inachtneming termijn van 14 dagen voor verhoor Armenwetprocedure in appel (H.R. 16 april 1948, 331).

⁵² Vgl. nog *Veegens*, Cassatie in burgerlijke zaken p. 258; *F. M. J. Jansen*, Nietigheid in het burgerlijk procesrecht, p. 114 e.v.

⁵³ Hof Amsterdam 18 jan. 1956, 39.

⁵⁴ Rb. Zutphen 5 mrt 1925, 871; Raad v. Justitie Semarang 28 dec. 1934, 1935, 847. De tekst van de wet duidt erop, dat wraking alleen in een gewone procedure mogelijk is; vgl. *v. Rossem* aant. 6 bij artt. 30 en 31 Rv.

de bewoordingen der wet ook voor requesten;⁵⁵ art. 88 R.O. wordt wel op requestprocedures toegepast, zodat men zich bij de daar bedoelde *jurisdictiegeschillen* tot de Hoge Raad kan wenden ter aanwijzing van de bevoegde rechter.⁵⁶

Niet van toepassing zijn volgens de rechtspraak de regels van *verstek en verzet*,⁵⁷ tenzij de wet zulks uitdrukkelijk bepaalt. Niet van toepassing is ook art. 56 Rv., zodat een *kostenveroordeling* in requestprocedures, behoudens andersluidende wetsbepaling, niet mogelijk wordt geacht.⁵⁸ Wat betreft de mogelijkheid van *voeging en tussenkomst*,⁵⁹ *schorsing der procedure*,⁶⁰ *verval van instantie*⁶¹ is de rechtspraak verdeeld. Een schriftelijk verweer, in de vorm van een *anti-dotaal request*, wordt vrijwel steeds toegestaan, ook in die gevallen waar de wet geen recht op een verweerschrift kent;⁶² een *reconventioneel verzoek* wordt echter slechts toegelaten bij een wettelijk recht op een ver-

⁵⁵ Voor een geval van rechtsweigerig op request: H.R. 8 april 1929, 874 m. n. P.S.

⁵⁶ H.R. 26 nov. 1880, W. 4573; 1 nov. 1937, 1097; 14 aug. 1951, 549. Hetzelfde zal men moeten aannemen t.a.v. rechtbank en hof terzake van jurisdictiegeschillen in hun rechtsgebied.

⁵⁷ *Zuidema* p. 131 c.v.; Hof Amsterdam 28 juni 1892, W. 6221; H.R. 24 dec. 1920, 1921, 266; Rb. den Haag 10 aug. 1923, 1924, 32; Ktr. Rotterdam 28 nov. 1934, 1935, 104; Rb. Amsterdam 15 jan. 1946, 770; Centrale Grondkamer 8 mei 1948, 632; Rb. Haarlem 18 febr. 1955, 534.

⁵⁸ *Haardt*, De veroordeling in de kosten van het burgerlijk geding, p. 153 v. H.R. 25 febr. 1896, W. 6778; 18 juni 1926, 1074; 24 juli 1928, 1581; 26 aug. 1929, 1531; 9 dec. 1929, 1930, 86; 25 jan. 1935, 1633; 25 oct. 1935, 1936, 130; 24 juli 1939, 1940, 218 m. n. E.M.M.; 25 sept. 1941, 1942, 222; 19 nov. 1954, 1955, 389.

Uit het feit, dat deze vraag zo vaak wordt opgeworpen, blijkt wel dat de lagere rechter nogal eens anders oordeelt. Vgl. nog Rb. den Haag 8 febr. 1927, 1363; Hof den Haag 28 nov. 1927, 1587. Ook bij curatele acht de Hoge Raad een kostenveroordeling onmogelijk: H.R. 24 febr. 1956, 132; de lagere rechter geeft echter nogal eens een kostenveroordeling, vgl. het vonnis vermeld in H.R. 5 april 1918, 543; Hof den Bosch 3 febr. 1931, 1180; *van Goudoever* in W.P.N.R. 1812 v.

⁵⁹ H.R. 21 nov. 1904, W. 8144; Centrale Grondkamer 13 juli 1942, 782; Rb. Haarlem 21 nov. 1944, 1946, 751. Zie ook *Zuidema* p. 101.

⁶⁰ Hof Amsterdam 31 mrt 1939, 424; Rb. Assen 21 oct. 1941, 1942, 110.

⁶¹ Hof Amsterdam 29 oct. 1947, 1948, 129; Hof Arnhem 10 mrt 1952, 612.

⁶² In de gepubliceerde jurisprudentie vindt men vrijwel steeds ook een antidotaal request.

weerschrift.⁶³ Verwijzing wordt in de requestprocedure niet voor mogelijk gehouden;⁶⁴ art. 134 Rv. wordt geacht niet voor de requestprocedure te gelden, ook niet in de nieuwe versie, *vermeerdering of wijziging van de eis toelatende*.⁶⁵ Hoewel de wet daarover niets zegt, wordt algemeen aangenomen, dat de rechter *interlocutoire beschikkingen* kan geven;⁶⁶ bij stilzwijgen van de wet wordt evenwel de *uitvoerbaarverklaring bij voorraad* van beschikkingen niet voor mogelijk gehouden,⁶⁷ hetgeen van belang is, omdat de Hoge Raad ervan uitgaat, dat beroep van een beschikking *schorsende werking* heeft.⁶⁸

Uit artikel 179 Gw. juncto 95 R.O. volgt, dat in het algemeen *beroep in cassatie* van beschikkingen mogelijk is, tenzij — want uit de ruime strekking van art. 95 R.O. volgt, dat ook de regel van 96 R.O. op requestprocedures van toepassing is — nog een ander gewoon rechtsmiddel openstaat.⁶⁹ Ten aanzien van *hoger beroep* ontbreekt een dergelijke algemene bepaling. De vraag of hoger beroep van een beschikking mogelijk is, ook als de wet dat niet uitdrukkelijk vermeldt, is in de rechtspraak dan ook herhaaldelijk aan de orde geweest. Bij arrest van 1863⁷⁰ besliste de Hoge Raad aanvankelijk, dat als regel geen beroep mogelijk was, tenzij de wet zulks uitdrukkelijk bepaalde. Op dit standpunt kwam de Hoge Raad terug in 1867; toen oordeelde hij, dat tegen beschikkingen op verzoekschrift het hoger beroep is toegelaten, tenzij de wet uitdrukkelijk het tegendeel bepaalt.⁷¹ Dit laatste standpunt is in later arresten gehandhaafd en mag thans wel

⁶³ Hof den Haag 24 sept. 1951, 1952, 349. Niet toegelaten bij procedure ex art. 1639w B.W.: Rb. den Haag 15 nov. 1921, 1922, 160. In alimentatieprocedures komt dit in de praktijk herhaaldelijk voor.

⁶⁴ Ktr. Rotterdam 21 mrt 1933, 1469.

⁶⁵ H.R. 17 juni 1955, 573; Hof den Haag 20 mrt 1959, 542.

⁶⁶ Zie hierna p. 111.

⁶⁷ Bijv. H.R. 26 mei 1911, W. 9212; Rb. Breda 4 juni 1957, 1958, 153; H.R. 24 april 1959, 582.

⁶⁸ H.R. 24 april 1959, 582; voor een uitvoerige bestrijding van dit standpunt en voor vroegere jurisprudentie zie men het cassatie request.

⁶⁹ *Veegens*, Cassatie in Burgerlijke Zaken p. 249. Vgl. ook H.R. 22 dec. 1922, 1923, 362.

⁷⁰ H.R. 13 nov. 1863, W. 2536. Zie over deze hele kwestie de noot van *Meijers* onder H.R. 14 nov. 1926, 1345; *Zuidema* p. 112 e.v.

⁷¹ H.R. 16 mei 1867, W. 2902. Vgl. *Scholten* in W.P.N.R. 2006; *Röder* p. 75.

als vaste jurisprudentie worden beschouwd.⁷² In het algemeen staat dus hoger beroep open van beschikkingen op request, zowel van kantonrechter en rechtbank alsook van beschikkingen door de president der rechtbank gegeven.⁷³ Op deze algemene regel, maakt de rechtspraak toch weer uitzonderingen. Hoger beroep wordt namelijk niet mogelijk geacht, indien uit de aard der beschikking valt af te leiden, dat de wetgever geen hoger beroep toelaatbaar heeft geoordeeld.⁷⁴ Dit is geen duidelijk criterium en over de vraag welke beschikkingen in deze laatste categorie vallen bestaat dan ook nogal wat jurisprudentie.⁷⁵ In 1926 heeft de Hoge Raad getracht voor een aantal gevallen, waarbij de aard der beschikking hoger beroep zou uitsluiten, een algemeen regel te geven en wel dat geen hoger beroep openstaat van beschikkingen „waarbij aan de ver-

⁷² De rechtspraak baseert dit standpunt gewoonlijk op het bestaan van art. 345 Rv. dat de mogelijkheid van hoger beroep veronderstelt: bijv. H.R. 14 juli 1911, W. 9223; 15 juni 1914, 850; 2 dec. 1915, 1916, 142; 3 mei 1917, 620; 30 jan. 1933, 453.

⁷³ Aanvankelijk werd t.a.v. de beschikkingen van de president wel twijfel geopperd; thans staat de mogelijkheid van appel echter wel vast: H.R. 23 jan. 1908, W. 8656; Hof Amsterdam 28 sept. 1916, 1197 en 28 febr. 1920, 1136; H.R. 16 mrt 1923, 811 (allen inzake weigering verlot voor echtscheiding of scheiding van tafel en bed); H.R. 19 oct. 1916, 1170; 15 nov. 1917, 1226; 31 aug. 1918, 973 (exquatur arbitrale uitspraak); Hof den Haag 25 jan. 1940, 468 en Hof Leeuwarden 26 aug. 1940, 1019 (weigering verlot conservatoir beslag); anders alleen Hof den Haag 31 jan. 1921, 1009 t.a.v. verlot beslag ex art. 28 Auteurswet.

⁷⁴ H.R. 26 mei 1911, W. 9212 t.a.v. machtiging openbare verkoop ex art. 94 K.; aldus ook H.R. 30 juni 1922, 1143.

⁷⁵ Bijv. H.R. 27 april 1916, 568 (wel appel Armenwetprocedure); 28 april 1916, 569 en 8 jan. 1920, 134 (bij machtiging verkoop effecten ex artt. 82, 83 K. geen appel, bij weigering wel); H.R. 22 dec. 1922, 1923, 362 en 21 dec. 1923, 1924, 237; Rb. den Haag 16 mei 1924, 1258 (niet van voorlopige plaatsing krankzinnigengesticht); H.R. 8 oct. 1925, 1221 (niet van verlot voorlopig getuigenverhoor); H.R. 14 oct. 1926, 1345 (niet van machtiging ex 487 K. oud); Hof Arnhem 27 april 1927, 1539; H.R. 9 april 1934, 1284 m. n. P.S. en 26 sept. 1947, 587 (in t. alg. niet van presidiaal verlot echtscheiding); Hof Amsterdam 26 sept. 1929, 1930, 14 en Rb. Amsterdam 28 juni 1939, 1940, 619 (niet van beschikking dagvaarden op verkorte termijn); Rb. Almelo 19 sept. 1932, 1933, 498 (wel van weigering machtiging afgifte afschrift strafvonnis); Hof Arnhem 2 april 1938, 901 en Hof den Haag 18 oct. 1939, 1940, 18 (wel van weigering beëdiging makelaar); Hof Leeuwarden 4 nov. 1942, 1943, 404 (wel van benoeming provisioneel bewindvoerder); H.R. 24 april 1959, 582 (niet van benoeming deskundigen ex art. 489 K.).

zoeker machtiging wordt verleend tot een handeling, die hij in zijn belang nodig acht, maar die de wet ter bescherming, hetzij van hemzelf, hetzij van anderen, hem niet toestaat dan nadat de rechter heeft geoordeeld, dat voorzover zich voorlopig laat beoordeelen, voor de voorgenomen handeling voldoende grond aanwezig is".⁷⁶ In zijn noot wijst Meijers erop, dat vooral het criterium van slechts voorlopige beoordeling belangrijk is; bij definitieve machtigingen (indertijd machtiging gehuwde vrouw, thans bijv. machtiging tot het aangaan van een koop en verkoop op afbetaling — art. 164 B.W.) is hoger beroep wel mogelijk. De regel van de Hoge Raad ziet op gevallen, waarin een hernieuwd onderzoek der feiten en een opheffing der beschikking in een gewone procedure mogelijk is. Verdere pogingen tot het geven van algemene richtlijnen ontbreken. Gewoonlijk wordt hoger beroep evenwel uitgesloten geacht in gevallen, dat de tenuitvoerlegging van de beschikking spoedeisend is; dit hangt uiteraard samen met 's Hogen Raads standpunt, dat in het algemeen beroep schorsende werking heeft en uitvoerbaarverklaring bij voorraad niet mogelijk is.⁷⁷ Als eigenaardig uitvloeisel van deze opvatting ziet men, dat hoger beroep vrijwel steeds mogelijk wordt geacht bij afwijzing van een verzoek, ook als bij toewijzing van hetzelfde verzoek hoger beroep volgens de rechtspraak zou zijn uitgesloten.⁷⁸

Hoger beroep is uiteraard niet mogelijk in die gevallen, dat de wet het uitdrukkelijk uitsluit en hetzelfde geldt voor het beroep in cassatie.⁷⁹ De regel van art. 333 Rv., hoewel in het stelsel der wet slechts voor de gewone procedure geschreven, werd constant ook in requestprocedures toegepast, zodat bij bevoegdheidskwesties altijd hoger beroep openstond.⁸⁰ Deze bepaling is evenwel in 1954 ge-

⁷⁶ H.R. 14 oct. 1926, 1345 m. n. E.M.M. Vgl. ook P. G. Berger bij H.R. 12 mrt 1943, 318.

⁷⁷ Zie hierover nog *Veegens*, Cassatie p. 251, 255.

⁷⁸ Vgl. bijv. H.R. 28 april 1916, 569 en 8 jan. 1920, 134; Hof Arnhem 23 juni 1920, 889 en H.R. 30 juni 1922, 1143; Hof Arnhem 27 april 1927, 1539 en H.R. 26 sept. 1947, 587; zie ook noot P.S. onder H.R. 9 april 1934, 1284.

⁷⁹ Vgl. bijv. H.R. 16 sept. 1929, 1503; bij weigering gratis admissie is ieder beroep, ook cassatie beroep uitgesloten.

⁸⁰ Zie de noot van *Veegens* onder H.R. 3 mrt 1950, 653 en de daar vermelde jurisprudentie. Anders Röder p. 84.

schrap, terwijl de tegelijkertijd ingevoerde verwijzingsbepalingen der artt. 157a e.v. evenals art. 154 Rv. (exceptie van onbevoegdheid) niet voor toepassing in de request-procedure in aanmerking komen. De wetswijziging heeft dus het, waarschijnlijk niet beoogde, gevolgd gehad, dat de appelmogelijkheid van beschikkingen op request vermindert werd.⁸¹ Voor de requestprocedure gelden niet de regelen, die bij de gewone procedure de mogelijkheid van beroep beperken op grond van het geringe belang.⁸² In zoverre is de mogelijkheid van beroep weer ruimer dan bij de gewone procedure.

Evenals bij de gewone procedure kan beroep niet meer worden ingesteld, wanneer men in de beschikking heeft berust.⁸³

Uit artikel 345 Rv. valt af te leiden, dat hoger beroep van beschikkingen in het algemeen openstaat voor twee groepen van personen: zij die de beschikking verkregen hebben en de overige belanghebbenden. De appeltermijn is voor de eerste groep twee maanden vanaf de dagtekening der beschikking; voor de anderen twee maanden nadat hen de beschikking is betekend. Deze algemene regels gelden volgens de rechtspraak alleen, wanneer niet ten aanzien van een bepaalde beschikking andere voorschriften zijn gegeven. Wordt bijvoorbeeld in de wet vermeld aan wie hoger beroep van een bepaalde beschikking toekomt, dan geldt die bepaling als limitatief en hebben andere belanghebbenden geen recht op hoger beroep. Ook de termijnen van art. 345 Rv. zijn alleen van kracht, indien geen andere termijnen zijn voorgeschreven.⁸⁴ Het

⁸¹ Zo heeft ook de invoering van de proceeregels in de artt. 900 e.v. Rv. geleid tot een, waarschijnlijk ongewilde, vermindering van de mogelijkheid van hoger beroep bij een verzoek tot voogdijbenoeming door de Kantonrechter; zie H.R. 3 mrt 1950, 653 m. n. D.J.V.

⁸² Hof den Haag 28 nov. 1927, 1587 voor appel; H.R. 8 april 1949, 510 m. n. D.J.V. voor cassatie; zie noot voor eerdere rechtspraak.

⁸³ Art. 334 Rv. is voor het beroep in cassatie in art. 428 Rv. van toepassing verklaard. De toepasselijkheid wordt echter ook voor hoger beroep aangenomen: H.R. 1 mei 1919, 572; 12 juni 1933, 1934, 342; 2 nov. 1936, 1937, 546.

⁸⁴ Zie t.a.v. termijnen bijv. H.R. 11 febr. 1924, 885, 14 aug. 1925, 1213; 23 jan. 1933, 484; 16 aug. 1935, 1409 m. n. P.S.; 21 juli 1944, 1944/45, 597; 23 april 1948, 401 m. n. D.J.V. T.a.v. recht op beroep o.a.: H.R. 18 mei 1917, 713; 13 febr. 1933, 485 m. n. P.S.; 3 jan. 1934, 1159. Bij de meeste later ingevoerde requestprocedures bevat de wet een eigen regeling t.a.v. het beroep.

zelfde geldt voor het beroep in cassatie, met dien verstande echter, dat ingevolge het bepaalde in art. 398 tweede lid Rv. de termijn voor cassatie het dubbele bedraagt van de appeltermijn, wanneer de appeltermijn korter is dan de gewone termijn van twee maanden en geen andere cassatietermijn is voorgeschreven. De termijn van twee maanden wordt namelijk niet als een „kortere termijn” in de zin van dit artikel beschouwd.⁸⁵ Hoewel art. 14 Rv. niet van toepassing is op de requestprocedure, neemt de rechtspraak aan, dat indien de laatste dag van enige beroepstermijn op een Zondag valt, indicning van het request nog op de volgende werkdag mag plaatsvinden, omdat anders de wettelijke beroepstermijn zou worden verkort.⁸⁶

Afwijking van de wettelijke termijnen kan in twee gevallen plaats vinden: van interlocutoire beschikkingen kan men tegelijk met de eindbeschikking in beroep komen, zodat in dat geval de beroepstermijn niet in acht behoeft te worden genomen,⁸⁷ terwijl voorts in enkele requestprocedures — die procedures die een verweerschrift kennen — incidenteel beroep ook na het verstrijken van de termijn tegenwoordig wordt toegestaan.⁸⁸

⁸⁵ H.R. 12 mrt 1943, 318; 28 april 1950, 394; 13 nov. 1953, 1954, 23.

⁸⁶ H.R. 12 febr. 1934, 1575; 20 aug. 1946, 732; 19 aug. 1952, 565. Of alle termijnen aldus verlengd worden staat niet vast; t.a.v. de termijn van verzet tegen een uitdelingslijst in een faillissement heeft H.R. 19 juni 1936, 1046 de termijn van tien dagen als een fatale beschouwd, ook al viel de tiende dag op Zondag. Zie de noot van *Meijers* onder de beschikking.

⁸⁷ H.R. 24 aug. 1934, 1935, 65; 27 sept. 1937, 1938, 539. Opvallend is de zuinige motivering. Afzonderlijk beroep van interlocutoire beschikkingen blijft ook mogelijk: o.a. H.R. 9 febr. 1893, W. 6303; 10 mrt 1955, 314; van een praeparatoire beschikking (aanhouding der behandeling voor onbepaalde tijd) niet: H.R. 17 mei 1956, 313.

⁸⁸ Aanvankelijk werd ieder incidenteel beroep, na het verstrijken der termijn, niet-ontvankelijk verklaard: H.R. 22 febr. 1935, 817 m. n. P.S.; 11 april 1935, 819 m. n. P.S.; 28 juni 1937, 1938, 1. De eerste „hint”, dat in de alimentatieprocedures incidenteel appel mogelijk zou zijn geeft H.R. 30 nov. 1945, 1946, 88, gesignaleerd door *Thors* in N.J.B. 1946, p. 236. Dit standpunt is gehandhaafd in H.R. 14 mrt 1947, 224; 20 mei 1949, 1950, 50 m. n. D.J.V.; 16 febr. 1951, 1952, 258; 17 juni 1955, 573. Geen incidenteel beroep toegestaan als er geen wettelijk recht op verweerschrift is, omdat dan „aanknopingspunt” ontbreekt: H.R. 12 mei 1950, 637 (merkenzaak, inmiddels door wetswijziging mogelijk geworden); 8 dec. 1950, 1951, 71 (voogdijbenoeming); 10 jan. 1952, 96 (Armenwetzaak); Hof den Haag 20 mrt 1959, 542 (exequatur Belgisch vonnis).

Wie zijn nu zij „die de beschikking verkregen hebben”? Men zou denken: de verzoekers.⁸⁰ De Hoge Raad denkt er echter anders over. Ook degenen die een verzoek heeft tegengesproken — of dat nu min of meer officieel is gebeurd in een anti-dotaal request of mondeling voor de rechter doet niet ter zake — wordt geacht de beschikking te hebben „verkregen” en is dus gebonden aan de beroepstermijn van twee maanden na de dagtekening der beschikking.⁹⁰ Dit geldt ook voor verdere instanties: indien men eenmaal een verzoek heeft gedaan of een verzoek heeft tegengesproken, wordt men geacht ook een eventuele beschikking in appel te hebben „verkregen”, zelfs als men van het appel niets geweten heeft.⁹¹ Het gebeurt dan ook wel, dat een termijn van hoger beroep of cassatie verloopt, zonder dat de betrokkene daarvan iets weet.

De „overige belanghebbenden” zijn te dien aanzien beter af, omdat hun beroepstermijn eerst aanvangt bij de betekening. Onzekerheid bestaat er echter ten aanzien van de vraag wie als „belanghebbenden” dienen te worden beschouwd. Volgens de rechtspraak maakt niet ieder belang iemand tot belanghebbende in de zin van art. 345 Rv.⁹² maar moet dit van geval tot geval worden beoordeeld.⁹³ Er bestaat dientengevolge een uitvoerige jurisprudentie terzake,⁹⁴ welke echter geen uitputtende voorschrift

⁸⁰ Aldus *Zuidema* p. 125; *Röder* p. 80 v.; Hof Arnhem 28 april 1931, 1169. Zie ook *Scholten* onder H.R. 26 jan. 1931, 545.

⁹⁰ H.R. 19 sept. 1932, 1517; Hof den Bosch 19 juni 1934, W. 12823; H.R. 14 nov. 1938, 1939, 366 m. n. P.S.; 20 juni 1947, 446; 20 oct. 1953, 729. Uit o.a. H.R. 31 mei 1946, 425 en 8 dec. 1950, 1951, 23 valt m.i. af te leiden, dat slechts hij die in zijn eigen belang gehoord het verzoek heeft tegengesproken kan worden beschouwd als iemand die de beschikking heeft verkregen.

⁹¹ Bijv. H.R. 26 jan. 1931, 545 m. n. P.S.; 21 aug. 1933, 1633.

⁹² Niet bijv. een zuiver financieel belang bij een familierechtelijke beslissing: H.R. 30 sept. 1954, 633 m. n. H.B.; Vgl. ook Hof Amsterdam 20 oct. 1916, 1917, 256; Hof Leeuwarden 11 april 1945, 1946, 132.

⁹³ H.R. 7 juni 1901, W. 7615; 10 nov. 1910, W. 9085. Zie voorts A.G. bij H.R. 2 april 1948, 442 en door hem vermelde rechtspraak; *Zuidema* p. 125; *Röder* p. 81.

⁹⁴ *Niet*: bloed- en aanverwanten bij voogdijbenoeming of benoeming curator: H.R. 4 jan. 1895, W. 6612; 3 mei 1917, 621; of bij onder curatelestelling op eigen verzoek: H.R. 19 juni 1914, 856; evenmin crediteur: H.R. 19 mrt 1897, W. 6942.

Wel: curator en toes. curator bij opheffing curatele: H.R. 10 nov. 1910, W. 9085; Hof den Bosch 2 febr. 1926, 1378; moeder bij onder

ten of duidelijke algemene richtlijnen heeft weten te geven, zodat men bij tal van beschikkingen onmogelijk kan overzien wie zich wellicht te zijner tijd nog als belanghebbenden met recht van appel zullen kunnen voordoen.⁹⁵

Toepassing van art. 345 Rv. is bij ambtshalve gegeven beschikkingen niet mogelijk. In de eerste plaats zijn het geen beschikkingen „op request” en voorts is er niet wel iemand aan te wijzen, die de beschikking zou hebben „verkregen” evenmin als „andere” belanghebbenden. Bij dit soort beschikkingen zou dus appel niet voor mogelijk moeten worden gehouden, als de wet niet aangeeft wie recht van beroep heeft en binnen welke termijn.⁹⁶

Wat de rechtsgang in hoger beroep betreft ontbreekt verder zo goed als ieder voorschrift. Zuidema acht art. 348 Rv. van toepassing en één keer heeft de Hoge Raad aldus beslist. Meijers in zijn noot onder het arrest acht dit standpunt foutief en het past mijns inziens ook niet in de latere rechtspraak van de Hoge Raad.⁹⁷ De enige regel die men verder in de rechtspraak kan bespeuren is, dat meerdere

curatelestelling zoon: Hof den Bosch 12 oct. 1928, W. 11983; broer of echtgenote verpleegde bij benoeming prov. bewindvoerder krachtens Krankzinnigenwet: Hof Leeuwarden 21 mei 1930, 1621; Hof Arnhem 16 sept. 1930, 1631; algemeen gevolmachtigde bij benoeming prov. bewindvoerder tijdens curatele procedure: Hof Leeuwarden 4 nov. 1942, 1943, 404; H.R. 19 april 1951, 405; moeder (na ontkenning wettigheid) bij voogdijbenoeming: Rb. Amsterdam 22 dec. 1932, 1933, 752; Commissie voor Oorlogspleegkinderen bij benoeming tijd. voogd door onbevoegde rechter: Rb. Rotterdam 10 mrt 1947, 284; failliet bij beschikking Rechter-Commissaris: H.R. 1 mei 1953, 556; erfgenamen bij benoeming curator onbeheerde nalatenschap: H.R. 14 juli 1911, W. 9223; 2 dec. 1915, 1916, 142; erfgename bij vernietiging verwerping nalatenschap: H.R. 17 febr. 1944, 1944/45, 254; creditrice bij verlening termijn rekening en verantwoording beneficiaire erfgenamen: H.R. 28 april 1950, 389; degen die de naam draagt welke verzoeker bij toewijzing van zijn verzoek (verbetering akte burg. stand) zou dragen: H.R. 15 juni 1914, 850 en Hof Arnhem 1915, 732; aspirant echtgenoot van verzoekster bij genoegzaamverklaring van stukken: H.R. 2 april 1948, 42; Staat der Nederlanden bij rechtsgeldigverklaring verwerping Indonesische nationaliteit: Hof den Haag 6 nov. 1952, 1953, 59 (wegens eventuele financiële verplichting).

⁹⁵ Zo zal het opdoemen van de belanghebbende wel een onverwachte tegenvallei zijn geweest voor de verzoeker in H.R. 15 juni 1914, 850, die zich zo graag baron wilde noemen. Zie verder de voorbeelden in de vorige noot.

⁹⁶ Röder p. 76. Eventueel zou analogische toepassing mogelijk zijn; de wet geeft echter veelal aan wie beroep kan instellen.

⁹⁷ Zuidema p. 129; H.R. 25 juli 1911, W. 9250 m. n. E.M.M.

appelrequesten bij één beschikking kunnen worden afgedaan,⁹⁸ doch dat men in het algemeen in een appelrequest slechts van één beschikking van de lagere rechter in beroep kan komen (tenzij zij in sterke mate met elkaar verknocht zijn).⁹⁹

Volledigheidshalve dient nog te worden vermeld, dat behalve hoger beroep en cassatie ook nog revisie van een beschikking mogelijk is, al vindt dit in de practijk niet plaats.¹⁰⁰ Daarmede zijn echter de rechtsmiddelen uitgeput; verzet is, naar wij zagen, niet mogelijk, tenzij de wet het uitdrukkelijk bepaalt;¹⁰¹ derden-verzet wordt helemaal niet voor mogelijk gehouden¹⁰² en requeste civiel ook niet, behalve in het uitzonderlijke geval dat de wet in een requestprocedure dit rechtsmiddel toekent, als bij de adoptie.¹⁰³

Kenmerkend voor de requestprocedure is voorts de mindere lijdelijkheid van de rechter. In de eerste plaats wat betreft het tijdsverloop der procedure; bij gebreke van rolzitting¹⁰⁴ bepaalt de rechter de tijdstippen van mondelinge behandeling, getuigenverhoren, etc. Partijen en hun raadslieden hebben daarin aanmerkelijk minder zeggenschap dan bij de gewone procedure.¹⁰⁵

Minder lijdelijk is de rechter ook ten aanzien van het bewijs. Hij is niet gebonden aan de regelen in het vierde boek van het B.W., noch ten aanzien van de bewijslast,

⁹⁸ Bijv. H.R. 27 febr. 1953, 314.

⁹⁹ H.R. 26 mrt 1942, 440.

¹⁰⁰ Dit volgt uit de bepaling van art. 364 Rv., dat o.a. art. 345 Rv. aanhaalt. Voor een — mislukte — poging tot revisie van een beschikking op request: H.R. 9 jan. 1929, 375.

¹⁰¹ Als in de alimentatieprocedure en in voogdijzaken, bijv.

¹⁰² Zuidema p. 135; Rb. Haarlem 24 nov. 1925, W. 11539; Rb. Rotterdam 18 nov. 1929, W. 12237; Wiersma, Het rechtsmiddel verzet van derden p. 214 (in noot 240, p. 183 vermeldt hij echter onder de constitutionele vonnissen, waarvan hij derden-verzet mogelijk acht ook enige beschikkingen; in noot 226 p. 180 spreekt hij met zoveel woorden van derden-verzet tegen een beschikking tot onder curatele stelling).

¹⁰³ H.R. 14 juni 1912, W. 9361; Ktr. Zaandam 16 mei en 6 juni 1918, 603; Ktr. Rotterdam, 21 mei 1946, 1947, 282; Hof Arnhem 11 febr. 1952, 579.

¹⁰⁴ Zover ik kan nagaan is de enige requestprocedure die op de rolzitting komt die der curatele; daarvoor geldt dit dus niet.

¹⁰⁵ Bij sommige requestprocedures schrijft de wet termijnen voor: bijv. het verweer in de alimentatieprocedure; de behandeling bij de adoptie (waarvan in de practijk niet veel terecht komt).

noch ten aanzien van de bewijsmiddelen en hun bewijskracht. De Hoge Raad leidt deze vrijheid af uit het feit, dat bij beschikkingen motivering niet verplicht is en meent „dat een Rechter, die bij zijn beschikking niet tot enige motivering gehouden is, ook, voor zover de wet hem niet aan bepaalde voorschriften onderwerpt, geheel vrij is in zijn beslissing en niet gebonden is aan enig bewijs, noch gehouden om, wanneer hij desniettemin bij de wet bekende bewijsmiddelen tot zijn voorlichting bezigt, de op die bewijsmiddelen betrekking hebbende voorschriften te volgen”.¹⁰⁶ De rechter kan dus de bewijslast verdelen zoals hem goedgevindt,¹⁰⁷ kan, als hij wil, getuigen horen¹⁰⁸ of zelfs een eed door een van partijen laten afleggen;¹⁰⁹ hij behoeft echter op een bewijsaanbod niet in te gaan¹¹⁰ noch gelegenheid te geven tot het leveren van tegenbewijs.¹¹¹ Hij kan zich bedienen van bewijsmiddelen die in de gewone procedure niet toegelaten zouden zijn: getuigenverklaringen van bloed- en aanverwanten in rechte linie,¹¹² inlichtingen van partijen en van derden die niet onder ede zijn gehoord, adviezen en rapporten van allerlei instanties, welke inlichtingen, adviezen en rapporten voor partijen (of een van hen) geheim mogen blijven.¹¹³ Zijn vrijheid gaat zelfs zover, dat de bepalingen omtrent de bewijskracht van authentieke acten en van het gezag van gewijsde in een requestprocedure niet behoeven te worden toegepast.¹¹⁴

¹⁰⁶ H.R. 6 mrt. 1919, 433. Zie hierover *Asser-Anema-Verdam* p. 54 v.; *Röder* p. 33 v. Voor het arrest van 1919 was de jurisprudentie minder vast; vgl. *Zuidema* p. 91 v.

¹⁰⁷ H.R. 16 dec. 1955, 1956, 521 m. n. D.J.V.

¹⁰⁸ H.R. 19 aug. 1915, W. 9872.

¹⁰⁹ Rb. den Haag 11 dec. 1913, 1914, 926; H.R. 6 juni 1924, 852 en 22 mei 1933, 1775.

¹¹⁰ H.R. 15 juni 1931, 1242 m. n. E.M.M.; 24 aug. 1934, 1728; 2 sept. 1943, 684; 13 mei 1954, 455.

¹¹¹ H.R. 6 mrt 1919, 433 en 22 aug. 1929, 1575.

¹¹² H.R. 12 febr. 1934, 1157; Hof den Bosch 18 febr. 1939, 748.

¹¹³ Bijv. H.R. 18 dec. 1930, 1931, 661 m. n. P.S.; 21 sept. 1931, 1459 (merkenzaken); 14 aug. 1951, 553 en — voor een bijzonder onelegant geval — 19 dec. 1952, 1953, 131 (voogdijzaken). Over de ongewenstheid van het gebruik van geheime rapporten *Veegens* in zijn noot onder H.R. 10 febr. 1950, 1951, 160.

¹¹⁴ H.R. 17 april 1928, 1427 m. n. E.M.M.; 19 dec. 1932, 1933, 995 m. n. E.M.M.; 26 febr. 1959, 271 bijv. Vgl. ook H.R. 17 sept. 1953, 648 t.a.v. strafvonnis.

De Hoge Raad heeft deze vrijheid van de rechter, zoals wij zagen, indertijd gebaseerd op het ontbreken van de verplichting om beschikkingen te motiveren. Echter ook bij die requestprocedures, waar deze grondslag is komen te vervallen, omdat thans motivering van de beschikking uitdrukkelijk is voorgeschreven, handhaaft de Hoge Raad dit beginsel van vrijheid van de rechter. Om welke reden, is niet duidelijk.¹¹⁵

Gaat de vrijheid van de rechter zover, dat hij niet gebonden zou zijn aan het verzoek van de requestrant? Indien niet in de wet vermeld staat, dat de rechter ambtshalve kan beschikken, is hij in ieder geval in zoverre aan het verzoek gebonden, dat hij slechts een beschikking kan geven, indien deze hem wordt verzocht.¹¹⁶ Het lijkt voor de hand te liggen, dat de rechter dan ook slechts *de verzochte beschikking* kan geven en niet iets anders. Toch ziet men wel gebeuren, dat de rechter een andere voorziening geeft dan hem was gevraagd, zonder dat zijn beschikking in cassatie vernietigd wordt.¹¹⁷ Het betrof dan echter steeds een geval, dat de verzoeker — naar achteraf bleek — niet het voor zijn geval juiste verzoek had gedaan.

De vraag of de rechter gebonden is aan de feitelijke beweringen, waarop het verzoek steunt is ook niet zonder meer te beantwoorden. In ieder geval mag de rechter letten op na het verzoekschrift — bijvoorbeeld bij de mondelinge behandeling — gebleken feiten.¹¹⁸ Overigens oordeelt de Hoge Raad in de ene requestprocedure anders dan in de andere; momenteel is de stand: bij voogdijzaken niet,¹¹⁹ bij een alimentatieprocedure wel.¹²⁰ Onder de omstandigheden blijft het mijns inziens nog steeds een vraag of artikel 48 Rv., waarin men immers leest, dat de rechter de rechtsgronden moet aanvullen doch ten aanzien van

¹¹⁵ H.R. 10 febr. 1950, 1951, 160 m. n. D.J.V.; vgl. ook H.R. 19 dec. 1952, 1953, 131 en 31 oct. 1958, 577 m. n. H.B.

¹¹⁶ Röder p. 31 v. en in N.J.B. 1944, p. 83 (t.a.v. ingetrokken verzoek). In die zin t.a.v. appel H.R. 8 mei 1919, 865.

¹¹⁷ Bijv. H.R. 17 april 1928, 1427 m. n. E.M.M.; 19 sept. 1958, 578. Vgl. ook H.R. 17 juni 1927, 1105; Ktr. Middelburg 10 mrt 1921, W. 10702; Rb. Rotterdam 14 april 1930, 783; H.R. 17 jan. 1947, 111. Röder p. 32 en 37 v.

¹¹⁸ Bijv. H.R. 30 mrt 1931, 1469; 4 oct. 1937, 1938, 351 m. n. E.M.M.

¹¹⁹ H.R. 18 sept. 1952, 606; 2 oct. 1959, 563.

¹²⁰ H.R. 17 april 1959, 270.

de feitelijke gronden gebonden is aan datgene wat partijen hebben aangevoerd, wel geacht kan worden ook voor de requestprocedure te gelden.¹²¹

Hoe vrij de rechter in eerste instantie ook moge zijn, de Hoge Raad neemt aan, dat hij in hoger beroep aan de grenzen van het hoger beroep gebonden is, ook in de requestprocedure.¹²² Het staat hem dus niet vrij de hele zaak nog eens opnieuw te bezien, zelfs niet in die request-procedures — zoals de voogdizaken — waarbij heel andere belangen dan die der strijdende partijen beslissend zijn voor de te geven beschikking en de rechter in eerste instantie zich dan ook vrij acht om naar eigen inzicht en desnoods in strijd met de uitgesproken wens van allen die gehoord zijn te beslissen.¹²³

Conclusies ten aanzien van procesregels.

In het voorgaande heb ik getracht een zo objectief mogelijk beeld te geven van het voor de requestprocedure geldende procesrecht. Het komt mij namelijk voor, dat men er goed aan doet dit beeld voor ogen te houden, wanneer men zich gaat bezinnen over de toepassing — en de eventuele wijziging — der requestprocedure in de toekomst. De resultaten van de rechtspraak heb ik daarbij — en dat geldt ook voor het hierna volgende — als feitelijk uitgangspunt aanvaard. Het heeft immers geen enkel nut om ten aanzien van het geldende recht te spreken van een requestprocedure, geregeerd door andere regels dan in feite door de rechtspraak worden toegepast.

Bezien wij thans het resultaat, dan valt in de eerste plaats op, dat er een groot aantal requestprocedures zijn met eigen, in de wet vastgelegde, procesregels. Een sluiten-

¹²¹ A. G. van Oosten bij H.R. 17 april 1959, 270 meent van wel; evenzo Rutten p. 151, 162. H.R. 19 dec. 1932, 1933, 955 stelt uitdrukkelijk van niet; H.R. 12 april 1940, 589 en 9 april 1948, 284 laten het in het midden. Uit H.R. 17 jan. 1947, 111 zou zijn af te leiden van wel; zo ook uit H.R. 17 april 1959, 270.

¹²² Veegens p. 258; Rutten p. 160–164. H.R. 25 april 1938, 995 m. n. P.S.; 30 nov. 1945, 1946, 88; 17 juni 1955, 576; 12 juni 1959, 570.

¹²³ H.R. 22 febr. 1935, 817 m. n. P.S.: in eerste instantie was één kind aan vader toegewezen en 't andere aan de moeder; alleen vader ging in appel. Het Hof kon nu niet meer beide kinderen aan moeder toewijzen, zelfs als het dat het beste voor de kinderen zou vinden.

de regeling geven deze aparte procesregels niet¹²⁴ en daarnaast gelden zowel voor de requestprocedures met eigen regels als voor de requestprocedures zonder eigen procesrecht, een aantal procesregels die uitsluitend door de rechtspraak zijn gevormd. Van deze door de rechtspraak gevormde regels valt op, dat zij voor *alle* requestprocedures gelden (tenzij de wet anders bepaalt). Om maar eens een voorbeeld te noemen: de regel, dat bij beschikkingen geen kostenveroordeling mogelijk is (tenzij de wet het toestaat) geldt volgens de rechtspraak voor *alle* beschikkingen, ongeacht hun aard. Het in de literatuur wel verdedigde standpunt, dat de requestprocedures in verschillende categorieën kunnen worden ingedeeld waarvoor verschillende procesregels dienen te gelden,¹²⁵ wordt door de rechtspraak niet ingenomen. Opvallend is voorts de willekeurigheid van de door de rechter gevormde regels: sommige regels der gewone procedure worden wel toegepast en andere niet, zonder dat daarvoor speciale redenen gegeven worden;¹²⁶ soms wordt wel een bevoegde rechter aangewezen in Nederland, wanneer deze naar de letter van de wet niet te vinden is; en soms niet.¹²⁷ Van enig doordacht systeem lijkt hier geen sprake te zijn. Ten slotte is nog kenmerkend voor de huidige stand der requestprocedure, dat ten aanzien van tal van procesrechtelijke vragen geen duidelijke regel te vinden is, hetzij omdat de rechtspraak verdeeld is, hetzij omdat daarover geen gepubliceerde uitspraken bestaan.¹²⁸

Door dit alles is het procesrecht der requestprocedure zeer onoverzichtelijk en niet gemakkelijk te vinden, hetgeen niet alleen moeilijkheden maakt voor de justiciabelen en hun raadslieden, maar ook de wetgever wel parten kan spelen, wanneer hij wijzigingen in het Wetboek van Bur-

¹²⁴ Zie bijv. mijn Handelsnaam p. 92 v. voor de lacunes in de procedure van art. 6 H.N.W.

¹²⁵ Bijv. *Du Mosch* in R.M. 1915, p. 377 v. t.a.v. de merkenprocedure.

¹²⁶ Waarom bijv. bij gebreke van desbetreffende bepaling wel appel van interlocutoire beschikkingen na verloop van de appel termijn maar geen incidenteel appel (tenzij een verweerschrift „aanknopingspunt” geeft)?

¹²⁷ Zie noot van *Veegens* onder H.R. 24 febr. 1950, 742.

¹²⁸ Bijv. soms omtrent de bevoegde rechter of over de vraag of een bepaalde beschikking naar haar aard vatbaar is voor appel of niet.

gerlijke Rechtsvordering aanbrengt en daarbij — ongemerkt en ongewild — ook de requestprocedure wijzigt.¹²⁹ De vele aparte requestprocedures met kleine en vaak node-loze verschillen in de geldende termijnen en andere voorschriften maken het procederen onnodig moeilijk en kunnen tot niet-ontvankelijkheden leiden, die zeer wel te vermijden waren geweest. Vergelijkt men dit alles met het procesrecht der gewone procedure, die in beginsel en behoudens een enkele uitzondering in alle gevallen volgens dezelfde regels verloopt, dan valt deze laatste op door haar eenvoud en overzichtelijkheid.

Ook de door wet en rechtspraak gevormde procesregels zelf, afgezien van hun eventuele onduidelijkheid en onoverzichtelijkheid, geven aanleiding tot klachten. Zo zijn de belangen van de verweerder vaak onvoldoende gewaarborgd, waardoor het onder meer kan voorkomen, dat zijn termijn voor hoger beroep of cassatie voorbijgaat, zonder dat hij er iets van weet.¹³⁰ Zo is de te grote vrijheid van de rechter soms bezwaarlijk¹³¹ evenals de te geringe rechtsmiddelen¹³² en de onmogelijkheid in de meeste requestprocedures van incidenteel appel en cassatie.¹³³ Een samenvatting van een aantal bezwaren vindt men in het praeadvies van Grosheide voor de Advocatenvereniging.¹³⁴ Voor de tegenwoordige tijd kan daaraan nog worden toegevoegd, dat die wijzigingen van de gewone procedure, die tot strekking hebben deze minder formeel te maken

¹²⁹ Als bij de wet van 21 januari 1954, Stbl. 27, waarbij art. 333 Rv. is vervallen verklaard, omdat het niet meer nodig zou zijn gezien de nieuwe regeling van art. 157 b, terwijl hierdoor, zonder nieuwe regeling, ook het beroep van beschikkingen werd beperkt.

¹³⁰ Bijv. Hof Amsterdam 21 dec. 1929, W. 12090 (griffier vergat kennisgeving); H.R. 26 jan. 1931, 545; 21 aug. 1933, 1633; 4 nov. 1938, 366 (allen met noten P.S.); H.R. 29 oct. 1953, 729.

¹³¹ Vgl. *Elion* in N.J.B. 1927, p. 8 over onvoldoende controle op proces-verbaal; *Veegens* onder H.R. 10 febr. 1950, 1951, 160 over geheime rapporten.

¹³² Zie bijv. Hof Arnhem 11 febr. 1952, 579: „dat het Hof het als een ernstige lacune in de wet beschouwt, dat request civiel bij on-eigenlijke rechtspraak in pachtzaken en in het bijzonder tegen beschikkingen in procedures over verlenging van den pachtvereenkomst niet mogelijk is...”

¹³³ Noten van *Scholten* onder H.R. 22 febr. 1935, 817 en 25 april 1938, 995; *Veegens* onder H.R. 20 mei 1949, 1950, 50 bijv.

¹³⁴ Gepubliceerd in Advocatenblad oktober/november 1935.

— zoals de wijziging van art. 134 Rv. en de verwijzingsartikelen — aan de requestprocedure voorbijgaan, zodat het niet denkbeeldig is, dat deze op den duur formeler zou worden dan de gewone procedure.

Tegenover deze bezwaren staan uiteraard wel enige voordelen, doch het voorgaande wettigt toch wel de conclusie, dat de requestprocedure naar geldend recht allerm minst ideaal is.

Rechtskracht der beschikkingen.

Met de hier besproken procesregels zijn de eigenaardigheden der requestprocedure nog niet uitgeput. Een belangrijk punt is nog, dat de beslissing die een rechter bij beschikking geeft niet dezelfde rechtskracht heeft als een beslissing die bij vonnis wordt gegeven.

Van een vonnis kan, in het kort, het volgende worden gezegd: het gaat op eenvoudige wijze in kracht van gewijsde;¹³⁵ het kan slechts worden aangetast door één der in de wet aangegeven rechtsmiddelen en zolang dat niet gebeurd is blijft het van kracht;¹³⁶ het dictum is bindend voor partijen en voorzover het iets anders dan een verklaring voor recht inhoudt ook in zekere mate voor derden;¹³⁷ het declaratoire deel van het vonnis (in dictum of overwegingen) heeft tussen partijen gezag van gewijsde; het vonnis kan, voor zover het een veroordeeling inhoudt, worden geëxecuteerd en daartoe kan in het vonnis een dwangmiddel (lijfswang of dwangsom) worden gegeven.

Hoe is het nu met beschikkingen? In de eerste plaats zijn er beschikkingen die niet in kracht van gewijsde gaan. Dat is het gevolg van de regeling van het hoger beroep in art. 345 Rv. Zolang niet aan *alle* belanghebbenden is betekend blijft de mogelijkheid van beroep bestaan en uit

¹³⁵ Alleen een verstek vonnis, dat men niet in persoon kan doen betekenen en ook niet kan executeren, kan op dit punt moeilijkheden geven.

¹³⁶ Al is het door een onbevoegde rechter gegeven en al zou er de grootst mogelijke onzin in staan.

¹³⁷ Dat de zg. constitutieve vonnissen jegens iedereen gelden wordt algemeen aangenomen. Ook echter een veroordeeling, een van waarde verklaring van een beslag, een bepaling van een schadebedrag, een beperking van een concurrentiebeding bijv. zijn bevelen van de rechter waarmee derden rekening zullen hebben te houden.

de rechtspraak ten aanzien van de kwaliteit van belanghebbende blijkt wel, dat er tal van beschikkingen zijn, waarbij men onmogelijk kan overzien wie zich als belanghebbenden zullen kunnen melden. Een verklaring van non-appel, zoals bijvoorbeeld door de griffier pleegt te worden afgegeven in curatelebeschikkingen voordat de Kantonrechter overgaat tot benoeming van curator en toezienende curator, is mijns inziens dan ook een stuk zonder waarde. Een gevolg is onder meer, dat cassatie in het belang der wet niet mogelijk zal zijn, al trekt men zich daar in de praktijk niet altijd wat van aan.¹³⁸ Dit alles geldt uiteraard slechts voor de beschikkingen, waarop art. 345 Rv. van toepassing is. Bij beschikkingen waarvan in de wet uitdrukkelijk bepaald is aan wie het recht van beroep toekomt, doet dit probleem zich niet voor.

De rechtskracht van beschikkingen is in zoverre ruimer dan die van vonnissen, dat daartegen minder rechtsmiddelen openstaan. Verzet is in het algemeen niet mogelijk; derden-verzet of requeste civiel ook niet, evenmin als cassatie op grond van art. 427 Rv. (tegenstrijdige vonnissen).¹³⁹ Ook dit brengt bezwaren met zich mede, speciaal bij die beschikkingen waarbij het recht van beroep slechts aan enkelen is toegekend. Het komt bijvoorbeeld niet zelden voor, dat een voogdijvoorziening wordt gegeven, terwijl reeds een rechtsgeldig benoemde voogd aanwezig is. Tracht deze laatste dan de ten onrechte gegeven voogdijbeschikking aan te tasten, dan wordt hij onverrichter zake naar huis gestuurd, want hem komt geen recht van beroep toe en derdenverzet of enig ander buitengewoon rechtsmiddel staat tegen de beschikking niet open.¹⁴⁰

¹³⁸ Vgl. H.R. 14 febr. 1947, 228 m. n. D. J. V. Volgt men de opvatting van Röder (p. 71), dat aan beschikkingen iedere kracht moet worden ontzegd, wanneer daartegen nog een rechtsmiddel openstaat, dan zouden vele beschikkingen op request nooit enige rechtskracht hebben!

¹³⁹ Vgl. Hof den Bosch 8 nov. 1921, 1922, 1195; Ktr. Rotterdam 21 mrt 1933, 1469.

¹⁴⁰ Zie bijv. H.R. 17 oct. 1918, 1114; Rb. Haarlem 24 nov. 1925, W. 11539. Vgl. Rb. Rotterdam 10 mrt 1947, 284, die aan de Commissie voor Oorlogspleegkinderen — op juridisch niet sterke gronden — wel recht van appel toekent tegen een voogdijbenoeming door een absoluut onbevoegde rechter.

Minder ruim is anderzijds de rechtskracht van beschikkingen, doordat zij soms als nietig kunnen worden beschouwd of nietig kunnen worden verklaard, ook zonder dat enig rechtsmiddel wordt ingesteld. Een beschikking is namelijk niet zonder meer geldig, maar wanneer zij geldig is en wanneer niet is een vraag waarover de rechtspraak niet eenstemmig is.

De vraag heeft zich bijvoorbeeld voorgedaan bij beschikkingen gegeven door een onbevoegde rechter. In 1881 oordeelde de Hoge Raad¹⁴¹ ten aanzien van een machtiging van een gehuwde vrouw door een onbevoegde Kantonrechter „dat, daargelaten of de wet eenig middel aan de hand geeft om tegen deze beslissing op te komen, die uitspraak, zoolang zij wettelijk bestaat behoort te worden geëerbiedigd, hetgeen niet zoude geschieden, indien het eenen anderen regter vrij stond, haar op grond van eene beweerde onbevoegdheid des kantonregters terzijde te stellen.” Op dit standpunt kwam de Hoge Raad evenwel terug in 1912,¹⁴² toen hij als zijn oordeel uitsprak, dat de rechter zelfs ambtshalve zal hebben te onderzoeken of een gehuwde vrouw, die in rechte optreedt, wel door de bij de wet daartoe aangewezen rechter gemachtigd is. De vrouw in kwestie, die zich had laten machtigen door de Kantonrechter te Hilversum (haar werkelijk verblijf krachtens presidiale beschikking) in plaats van de Kantonrechter te Amsterdam (haar wettelijk domicilie) werd daarop in haar vordering tegen de gemeente-ontvanger niet-ontvankelijk verklaard. Sindsdien is de Hoge Raad bij zijn laatste standpunt gebleven.¹⁴³ De gevolgen zijn speciaal daarom bezwaarlijk, omdat lang niet altijd duidelijk uit de wet blijkt, welke rechter ten aanzien van een bepaalde beschikking als de bevoegde moet worden beschouwd.¹⁴⁴ Wedt men op het verkeerde paard, dan kunnen de gevolgen in het systeem van de Hoge Raad buitensporig ernstig zijn. Als ik mij niet vergis is er dan ook in de lagere rechtspraak de laatste jaren een kentering te be-

¹⁴¹ H.R. 17 juni 1881, W. 4155.

¹⁴² H.R. 15 nov. 1912, W. 9425 m. n. F.M.M.

¹⁴³ Zie bijv. H.R. 21 juli 1931, 1406. In die zin ook o.a. Rb. Rotterdam 29 juni 1933, 1934, 1079; Rb. Breda 8 jan. 1943, 769; Hof den Haag 14 jan. 1954, 653.

¹⁴⁴ Zie hiervoor p. 102: H.R. 21 juli 1931, 1406.

speuren en wordt ook aan een beschikking van de relatief onbevoegde rechter wel rechtskracht toegekend, speciaal wanneer degeen die zich op de onbevoegdheid beroept daartegen een rechtsmiddel had kunnen instellen en het niet gedaan heeft.¹⁴⁵

Een andere vraag is wat de kracht is van een beschikking, waarbij de rechter zijn bevoegdheid te buiten is gegaan. In theorie is deze vraag eenvoudig te beantwoorden: de rechter dankt zijn bevoegdheid tot het geven van een beschikking aan die wetsbepalingen die ten aanzien van een bepaalde beschikking hem die bevoegdheid geven. Een beschikking die niet aldus haar grondslag in de wet vindt, kan hij als daad van rechtspraak niet rechtsgeldig geven;¹⁴⁶ ditzelfde principe geldt logischerwijze indien een deel van een beschikking niet op de wet gegrond is. In overeenstemming met dit principe is bijvoorbeeld een uitspraak van de Amsterdamse Rechtbank,¹⁴⁷ dat als de Kantonrechter door het geven van een te ruime machtiging aan een gehuwde vrouw zijn bevoegdheid te buiten zou zijn gegaan, de Rechtbank zich daarbij niet zou behoeven neer te leggen. In overeenstemming met dit principe is ook de beslissing van de Hoge Raad, dat nu de lagere rechter in het onderhavige geval niet bevoegd was te bepalen, dat zijn beschikking tot aanvulling van de registers van de burgerlijke stand tegen een ieder zou gelden „aan een bepaling van den rechter desondanks in dien zin rechtskracht moet worden ontzegd”.¹⁴⁸ Ten aanzien van een uitspraak van de Afdeling Rechtspraak van de Raad voor het Rechtsherstel, welke uitspraak in dit verband mijns inziens met een beschikking op request kan worden vergeleken, oordeelde de Hoge Raad evenwel „dat de uitspraken van een dergelijke rechter rechtskracht hebben, zolang zij niet langs de bepaaldelijk daarvoor in de wet aangewezen weg zijn te nietgegaan, zodat, ook al mocht de afdeling naar het oordeel van een anderen rechter haar bevoegdheid te buiten zijn gegaan, deze andere

¹⁴⁵ Bijv. Hof Arnhem 14 oct. 1940, 1941, 389 (machtiging gehuwde vrouw); Hof Amsterdam 12 jan. 1956, 446 (benoeming bijz. voogd).

¹⁴⁶ Zie hiervoor p. 100 en 101.

¹⁴⁷ 19 mrt 1940, 975.

¹⁴⁸ H.R. 19 april 1951, 396 m. n. D.J.V., besproken door *Kingma Boltjes* in W.P.N.R. 4212 v.

rechter ook om die reden aan haar uitspraak de rechtskracht niet kan ontzeggen".¹⁴⁹

Een beroep op nietigheid is verworpen ten aanzien van een benoeming van een curator, waarbij de door de wet vereiste formaliteiten niet in acht genomen waren¹⁵⁰ en bij een benoeming die te vroeg was gegeven;¹⁵¹ eveneens is het beroep op nietigheid verworpen ten aanzien van een verlof tot beslaglegging, waarvan later gesteld werd dat het niet had mogen zijn gegeven.¹⁵² Een machtiging van een gehuwde vrouw ex art. 800 (oud) Rv., gegeven in strijd met de wet: de man was namelijk niet opgeroepen, is soms wel en soms niet als nietig beschouwd;¹⁵³ een machtiging die gegeven was, hoewel de feitelijke voorwaarden (tegenstrijdig belang of afwezigheid van echtgenoot) zouden hebben ontbroken, werd door de Haagse Rechtbank geëerbiedigd.¹⁵⁴ Op één punt is de rechtspraak echter constant: een voogdijbenoeming die gegeven is terwijl de voogdij niet openstond of om andere redenen de feitelijke voorwaarden voor de benoeming ontbraken heeft geen rechtskracht.¹⁵⁵ De Hoge Raad heeft hier een duidelijke antwoord gegeven op een vraag, die door de schrijvers verschillend werd beoordeeld¹⁵⁶ en heeft daarmee de rechtszekerheid gediend. Toch blijft het onbevredigend, dat de nietige voogdijbenoeming niet wordt vernietigd; er blijven op deze manier twee voogden over eenzelfde kind bestaan, die zich beiden als zodanig kunnen legitimeren; een situatie waaruit stellig moeilijkheden ontstaan kunnen.

Ik heb hier slechts een kleine bloemlezing kunnen

¹⁴⁹ H.R. 16 april 1948, 532.

¹⁵⁰ Hof Arnhem 30 mrt 1910, W. 9076.

¹⁵¹ H.R. 21 nov. 1924, 1925, 270.

¹⁵² H.R. 1 dec. 1927, 1928, 548 m. n. E.M.M. (beslag met verlof H.R. krachtens art. 73 Indische Comptabiliteitswet); vgl. ook Rb. Zwolle 23 jan. 1924, W. 11149; Hof den Haag 30 dec. 1924, W. 11477.

¹⁵³ Nietig: Ktr. Amsterdam 15 aug. 1929, W. 12085; bindend: Rb. Haarlem 22 mei 1945, 1946, 153.

¹⁵⁴ Hof den Haag 6 febr. 1933, 775.

¹⁵⁵ O.a. H.R. 17 oct. 1918, 1114; 18 aug. 1950, 675 m. n. D.J.V.; 12 febr. 1953, 249.

¹⁵⁶ Zie bijv. rechtsvraag in W.P.N.R. 2188 met antwoord P.S. en de naar aanleiding daarvan ingezonden stukken in W.P.N.R. 2196, 2204 en 2208.

geven. Voor een diepgaander bespreking van het probleem der nietige beschikkingen zie men Kingma Boltjes.¹⁵⁷ Dát er een probleem is en dat een beslissing van de rechter gegeven bij beschikking minder zekerheid geeft, dat de zaak inderdaad *beslist* is als een beslissing in een vonnis meen ik met het voorgaande wel te hebben aangetoond.¹⁵⁸

Als een beschikking niet nietig is, heeft het dictum (als ik dat zo mag noemen) tussen partijen, ofwel verzoeker en eventuele belanghebbenden, bindende kracht. Een aantal beschikkingen zijn van constitutieve aard en gelden, evenals constitutieve vonnissen, tegen iedereen. Er zijn ook beschikkingen waarbij de rechter dat kan bepalen.¹⁵⁹ Röder's mening, dat *alle* beschikkingen tegen een ieder zouden gelden¹⁶⁰ gaat mijns inziens echter te ver: een veroordeling tot het betalen van alimentatie, een bevel tot wijziging van een handelsnaam bindt derden niet meer dan soortgelijke veroordelingen bij vonnis gegeven. Wanneer een beschikking een veroordeling inhoudt kan zij worden geëxecuteerd; een dwangmiddel, bijvoorbeeld een dwang-

¹⁵⁷ De rechtspraak van de Hoge Raad inzake de ongeldigheid, anders dan wegens vormgebreken, van rechterlijke beschikkingen, in R.M. Themis 1952, p. 303 e.v.

¹⁵⁸ Vgl. ook Röder p. 62 e.v. *Meijers* in zijn noot onder het arrest van 1912 onderscheidt vier opvattingen: 1. zolang de beschikking wettelijk bestaat is zij voor een ieder bindend; 2. een beschikking kan als van nul en gener waarde worden beschouwd, indien zij gegeven is door een onbevoegde rechter; 3. de beschikking is niet alleen niet verbindend ingeval van onbevoegdheid van de rechter, maar in het algemeen wanneer zij steunt op een rechtsdwaling; 4. de beschikking is met iedere andere daad van administratie gelijk te stellen, zodat niet alleen onderzocht mag worden of de beschikking een gevolg is van rechtsdwaling, maar ook of daarbij ten onrechte de door de wet vereiste feitelijke voorwaarden als bestaande zijn aangenomen. Hij zelf zou niet verder willen gaan dan 2 en zelfs dat niet bij alle beschikkingen. Daarnaast meent hij echter, dat in ieder geval nietig zijn beschikkingen die niet kunnen worden uitgevoerd, omdat de feitelijke of juridische grondslag voor de toepassing ontbreekt, bijv. de benoeming van een voogd over een meerderjarige of een minderjarige die al een voogd heeft. Het verschil tussen de feitelijke *grondslag* en de feitelijke *voorwaarden* zal echter niet altijd duidelijk zijn en zijn opvatting geeft dus weinig houvast. Zie hierover nog *Veegens* onder H.R. 18 aug. 1950, 675.

¹⁵⁹ Beschikking aanvulling registers Burg. Stand krachtens K.B. F 281.

¹⁶⁰ P. 63.

som, kan in de beschikking echter niet worden gegeven, tenzij de wet zulks uitdrukkelijk bepaalt.¹⁶¹

Er zijn beschikkingen die door de rechter op grond van gewijzigde omstandigheden kunnen worden gewijzigd. Dat staat soms uitdrukkelijk in de wet, zoals bij de voogdijen alimentatiebeschikkingen, en soms volgt het uit het systeem van de wet, dat de rechter de bevoegdheid geeft in een latere beschikking wijzigingen te bevelen waardoor de gevolgen van een eerdere beschikking ongedaan kunnen worden gemaakt. Zo kunnen bijvoorbeeld de registers van de burgerlijke stand steeds opnieuw worden aangevuld of verbeterd en mijns inziens geldt hetzelfde voor de inschrijvingen in het handelsregister. Ook tal van benoemingen zijn aldus voor wijziging vatbaar.

Echter: lang niet alle beschikkingen kunnen later worden gewijzigd. Een bevel tot wijziging van een handelsnaam, een executoir verklaring van een arbitraal vonnis, een bevel tot heropening van de vereffening van een naamloze vennootschap — om maar eens enkele voorbeelden te noemen — zijn niet meer voor wijziging vatbaar, wanneer daartegen geen rechtsmiddel meer openstaat.

Dit is van belang in verband met het feit, dat volgens vaste rechtspraak aan beschikkingen geen gezag van gewijsde toekomt,¹⁶² zodat het bestaan van andere, daarmee tegenstrijdige uitspraken van de rechter zeer wel mogelijk is. Die mogelijkheid zal vooral bestaan in die gevallen, dat de rechter bij het geven van zijn beschikking moet oordelen over z.g. vóórvragen ten aanzien van tussen partijen bestaande rechtsgeschillen.¹⁶³ Komt dan de rechter in een requestprocedure tot en ander oordeel dan de rechter in een eventuele gewone procedure tussen dezelfde partijen (hetgeen gemakkelijk kan gebeuren, omdat zij aan elkaars oordeel niet gebonden zijn) en kan de beschikking niet meer worden gewijzigd, dan krijgt men de ongelukkige situatie, dat naast elkaar twee tegenstrijdige be-

¹⁶¹ Bij verschillende bevelen, bijv. een bevel tot sequestratie, het bevel van de President ex. art. 11 lid 2 Wet op de Stichtingen is dit ongetwijfeld een bezwaar. De Handelsnaamwet geeft een dwangsom.

¹⁶² Bijv. H.R. 14 mrt 1913, 628; 17 april 1928, 1427 m. n. E.M.M.; 19 dec. 1932, 1933, 955 m. n. E.M.M.; 8 juli 1938, 1939, 345 m. n. P.S.; 26 febr. 1959, 271; 24 april 1959, 582.

¹⁶³ H.R. 8 juli 1938, 1939, 345 m. n. P.S.

slissingen van de rechter blijven bestaan.¹⁶⁴

Een beschikking, althans de daarin uitdrukkelijk of implicite gegeven overwegingen, is ook niet bindend in hetzelfde rechtsgeding. Dat kan men tenminste afleiden uit de procedure Honig/Hollandia, waarbij de Rechtbank, na verwijzing door de Hoge Raad, terugkwam op haar in cassatie niet bestreden eerder gegeven beschikking.¹⁶⁵ Merkwaardigerwijs schijnt men wel aan te nemen, dat aan beschikkingen een zeker negatief gezag van gewijsde toe zou komen, zodat men niet ten tweede male hetzelfde verzoek zou mogen doen.¹⁶⁶ Op wat voor grond men dit aanneemt, weet ik niet.

HOOFDSTUK II: WANNEER DIENT DE REQUESTPROCEDURE TE WORDEN GEVOLGD?

In het vorige hoofdstuk meen ik te hebben aangetoond, dat de requestprocedure niet onbelangrijke verschillen vertoont met de gewone procedure en dat de beslissing van de rechter, die men via de requestprocedure verkrijgt, andere rechtsgevolgen heeft dan een beslissing in een vonnis. De vraag doet zich thans voor welke beslissingen van de rechter bij beschikking dienen te worden gegeven en welke bij vonnis. Wanneer dient de requestprocedure te worden gevolgd?

De rechtspraak

Beziet men het door de rechtspraak toegepaste recht dan valt in de eerste plaats op, dat de terminologie der wet niet zonder meer beslissend wordt geacht: een rechterlijke beslissing die in de wet *vonnis* wordt genoemd, kan toch gelden als een *beschikking* waarop de regels der requestprocedure van toepassing zijn.¹⁶⁷ Evenmin is be-

¹⁶⁴ Zie omtrent dergelijke situaties bij handelsnaambeslissingen De Handelsnaam p. 110 v.

¹⁶⁵ H.R. 23 nov. 1951, 1952, 757 m. n. D.J.V.

¹⁶⁶ Zie bijv. *Scholten* in noot onder H.R. 8 april 1929, 874; Hof den Bosch 25 mrt 1931, W. 12455; Ktr. Hilversum 14 juli 1954, 689.

¹⁶⁷ H.R. 4 mei 1939, 937 en 24 febr. 1956, 132 (curatele); 8 april 1949, 514 (echtscheiding op grond van strafvonnis) bijv.

slissend of de rechter zijn beslissing vonnis of beschikking heeft genoemd; het gaat om de aard van de beslissing.¹⁶⁸

Wat is dan wel bepalend? Volgens de hoofdregel die men in de rechtspraak van de Hoge Raad kan vinden: *de formele voorschriften die ten aanzien van een beslissing in de wet worden gegeven, met name ten aanzien van het aanhangig maken der zaak*.¹⁶⁹ De Hoge Raad gaat er daarbij van uit, „dat art. 1 B.R. tot regel stelt, dat elke rechtsingang aanvangt met een dagvaarding”,¹⁷⁰ in welk geval een gewoon geding, eindigend met een vonnis volgt. Afwijkingen van deze regel moeten blijken uit de wet, hetgeen kan gebeuren doordat de wet bepaalt, dat een bepaalde zaak bij verzoekschrift aanhangig zal worden gemaakt.¹⁷¹ Wordt dan niet de gewone procesgang voorgeschreven,¹⁷² dan volgt een requestprocedure eindigende met een beschikking.¹⁷³ Dit is eveneens het geval, wanneer weliswaar geen verzoekschrift is voorgeschreven, doch op andere wijze uit de wet kan worden afgeleid, dat een requestprocedure is beoogd, bijvoorbeeld doordat er sprake is van een ambtshalve gegeven beschikking¹⁷⁴ of

¹⁶⁸ O.a. H.R. 18 juni 1926, 1235 m. n. E.M.M.; 7 jan. 1938, 552; 8 april 1949, 514.

¹⁶⁹ Zie over de rechtspraak van de Hoge Raad nog de noten van *Meijers* onder H.R. 19 dec. 1927, 1928, 528 en 21 dec. 1931, 1932, 427; *Veegens* onder H.R. 16 dec. 1955, 1956, 521.

¹⁷⁰ H.R. 14 juni 1912, W. 9361; 21 dec. 1931, 1932, 427 m. n. E.M.M., W. 12406 m. n. H.d.J.; In die zin ook H.R. 24 mei 1918, 630, 17 oct. 1933, 1934, 801 m. n. P.S.; 26 juni 1942, 578. In enkele procedures is voorafgaande machtiging van de rechter nodig (echtscheiding, scheiding van tafel en bed en van goederen, verklaring vermoedelijk overlijden enz.). Het geding begint dan echter toch met de dagvaarding — H.R. 14 juni 1912, W. 9361 — de voorafgaande requestprocedure strekt slechts tot het verkrijgen der machtiging.

¹⁷¹ Door het gebruik van de woorden „op verzoek” of „op verzoekschrift” — zie lijst hierna.

¹⁷² Als bij de arbeidsprocedure bijv. en de „eigenlijke” pachtzaak.

¹⁷³ H.R. 22 juni 1900, W. 7468 en 4 mei 1939, 937 (curatele); 24 mei 1918, 630 en 26 juni 1942, 578 (benoeming arbiters ex 624 Rv.); 19 dec. 1927, 1928, 528 m. n. E.M.M. (Armenwetprocedure); 18 dec. 1930, 1931, 661 m. n. P.S. en 21 sept. 1931, 1459 (merkenprocedures); 19 nov. 1954, 1955, 389 (handelsnaamprocedure); 16 dec. 1955, 1956, 521 m. n. D.J.V. (Wet Overheidsaanspr. Bezettingshand.); Hof den Haag 20 mrt 1959, 542 (vgl. ook H.R. 24 juli 1939, 1940, 218) (exequatur Belg. vonnis).

¹⁷⁴ Voogdijvoorzieningen bijv. Vgl. H.R. 17 oct. 1918, 1114; 6 mrt 1919, 433.

van een speciale vereenvoudigde procesgang, zonder oproeping van enige tegenpartij.¹⁷⁵

Een enkele maal heeft de Hoge Raad zich echter niet aan deze hoofdregel gehouden. Niet in dier voege, dat ooit de regels der requestprocedure in een dagvaardingszaak zouden zijn toegepast of de regels der gewone procedure in een zaak die volgens de wet door een verzoekschrift wordt ingeleid.¹⁷⁶ Wel echter heeft de Hoge Raad een enkel maal het aanhangig maken van een zaak bij request — met alle gevolgen van dien — geoorloofd geacht op grond van de *aard van de zaak*, ook al viel een desbetreffend voorschrift in de wet niet te vinden en had dus de Hoge Raad, indien hij consequent was, de regel van art. 1 Rv. moeten toepassen. Zo heeft de Hoge Raad in 1917 beslist, dat verhoging van alimentatie (toentertijd bij gebreke van enig desbetreffend voorschrift) bij verzoekschrift kon worden gevraagd, omdat „hier van een rechtsingang in eigenlijken zin de rede niet is” nu geen erkenning van een recht zou worden gevraagd.¹⁷⁷ Voorts oordeelde de Hoge Raad in 1934 ten aanzien van een bevel tot sequestratie „dat de sequestratie eener zaak geschiedt op rechterlijk bevel en niet is in te zien, waarom zulk een bevel, hetwelk niet de uitkomst is van een eigenlijk rechtsgeding, niet zou mogen worden ingeleid door en verkregen worden op een daartoe strekkend verzoekschrift, evenals dit bij art. 1122 B.W. het geval is.”¹⁷⁸ Men dient hier overigens bij te bedenken, dat de vraag niet zuiver aan de Hoge Raad was voorgelegd, omdat er slechts sprake was van request of incidentele conclusie; art. 1 Rv. was ook niet als geschonden aangehaald. Als laatste in deze serie past een arrest van 1946, waarbij de Hoge Raad in overweging nam of de machtiging van art. 56 h K (tot inzage van de boeken ener ontbonden n.v.) bij request had moeten worden gevraagd. De Hoge Raad overwoog,

¹⁷⁵ H.R. 8 april 1949, 514; vgl. ook Hof Leeuwarden 31 mei 1950, 788 t.a.v. echtscheiding op grond van strafvonnis.

¹⁷⁶ Al is dat wel voorgesteld, met name voor de merkenprocedure: *Du Mosch* in R.M. 1915, p. 377 v.; daartegen H.R. 18 dec. 1930, 1931, 661 en 21 sept. 1931, 1459.

¹⁷⁷ H.R. 20 dec. 1917, 1918, 154, W. 10212 m. n.H.d.J.

¹⁷⁸ H.R. 12 febr. 1934, 1575 m. n. E.M.M., W. 12791 m. n. H.d.J. *Meijers* wijst er in zijn noot op, dat voor de requestprocedure hier ook enige, zij het zwakke, geschiedkundige argumenten zijn aan te voeren.

dat art. 56 h niets bepaalde omtrent de vraag dagvaarding of verzoekschrift en overwoog voorts, dat de hier bedoelde machtiging (niet zozeer voorwaarde voor 'de bevoegdheid als dwangmiddel) de beslissing vereiste van een twistvraag tussen partijen — de bewaarder en degeen die erkenning van zijn beweerd recht tot inzage verlangt — welke beslissing ingevolge art. 1 Rv. bij dagvaarding dient te worden gevraagd.¹⁷⁹ De laatste overweging zou overbodig zijn, indien de Hoge Raad zijn hoofdregel had gevolgd.¹⁸⁰

In deze serie uitspraken horen mijns inziens niet thuis de beslissingen van de Hoge Raad betreffende de toepassing van art. 624 Rv. (benoeming van scheidslieden bij request), die in dit verband wel worden genoemd.¹⁸¹ Bij deze beslissingen heeft de Hoge Raad slechts een uitlegging gegeven van art. 624, welke erop neerkomt, dat de situatie bedoeld in dit artikel zich slechts voordoet, als partijen het erover eens zijn, dat hun geschil aan arbitrage onderworpen is. Is dat niet het geval, dan is art. 624 niet van toepassing en dient op de gewone wijze — bij dagvaarding — een uitspraak van de rechter te worden gevraagd. Een afwijking van de hoofdregel, dat formele kenmerken beslissend zijn voor de vraag wanneer de requestprocedure dient te worden gevolgd, valt in deze beslissingen naar mijn mening niet te lezen.

De Hoge Raad heeft zich, de enkele uitzonderingen daargelaten, steeds aan de hoofdregel gehouden. Deze geeft in het algemeen voldoende houvast, al blijft een enkel twijfelgeval, waarbij de bedoeling van de wetgever niet duidelijk is, bestaan.¹⁸² Bij de nieuwere wetten komen twijfelgevallen zo goed als niet meer voor, daar de wetgever de wijze van rechtsingang, indien die afwijkt van de regel van art. 1 Rv. met zoveel woorden pleegt aan te

¹⁷⁹ H.R. 8 nov. 1946, 1947, 36 m. n. E.M.M.

¹⁸⁰ Zie in dit verband nog Rb. Maastricht 12 nov. 1936, 1938, 235 voor een materieel criterium. Vgl. ook Hof den Haag 6 nov. 1952, 1953, 59, die besliste dat een verklaring voor recht rechtsgeldig de Indonesische nationaliteit te hebben verworpen (art. 14 Overeenkomst Toescheiding Staatsburgers) bij beschikking op request kon worden gegeven en H.R. 30 sept. 1954, 633, waarbij zonder commentaar de nietigverklaring van een huwelijk bij beschikking op request voor mogelijk schijnt te zijn gehouden.

¹⁸¹ H.R. 24 mei 1918, 630; 17 oct. 1933, 1934, 801 m. n. P.S.; 26 juni 1942, 578.

¹⁸² Zie de lijst van requestprocedures hierna.

geven. Dit is belangrijk, omdat de rechtspraak tot de conclusie leidt, dat *of* de requestprocedure *of* de gewone procedure dwingend is voorgeschreven.¹⁸³ Doet men een verkeerde keus, dan is men niet-ontvankelijk.

De literatuur

Het systeem van de Hoge Raad is in overeenstemming met het standpunt, dat Meijers indertijd heeft verdedigd.¹⁸⁴ Andere schrijvers hebben echter met dit systeem geen vrede gehad en hebben getracht volgens *materiële criteria* een grondslag voor de indeling in requestprocedures en gewone procedures te vinden. Men heeft daartoe de rechterlijke werkzaamheden ingedeeld in „eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak” of „voluntaire en contentieuze jurisdictie” en brengt dan hetzij alle, hetzij het merendeel der requestprocedures onder in de categorie der „oneigenlijke” of „voluntaire rechtspraak”.

Tegen het gebruik van deze terminologie zijn twee bezwaren in te brengen: in de eerste plaats is zij niet gebaseerd op de wet. Het enige wetsartikel waarop men wellicht zou kunnen steunen is art. 868 Rv. sprekende over rechterlijke machtigingen enz. „buiten eigenlijk regtsgeding”, doch dit is dunkt mij onvoldoende basis.¹⁸⁵ Het tweede bezwaar is, dat de gemaakte onderscheiding *of* samenvalt met die tussen requestprocedure en gewone procedure, zoals bij Röder¹⁸⁶ en dan is er geen goede grond om de termen

¹⁸³ Dit volgt uit het feit, dat in de rechtspraak de vraag of een bepaalde zaak wel bij dagvaarding, c.q. bij request, aanhangig mag worden gemaakt herhaaldelijk aan de orde is geweest. Wat hoger beroep en cassatie betreft, schrijft de wet met zoveel woorden bij beschikkingen een request voor. Anders slechts Rb. Maastricht 27 april 1950, 1951, 143, die t.a.v. de echtscheiding ex art. 265 B.W. dagvaarding en request beide geoorloofd acht.

¹⁸⁴ Eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak volgens de Nederlandsche wet in W.P.N.R. 2403, 2407 e.v.

¹⁸⁵ De Pachtwet vermeldt ook „verzochtschriften buiten eigenlijk regtsgeding” doch geeft daarmee hoogstens een basis voor een dergelijk onderscheid in pachtzaken; dit onderscheid valt overigens samen met dat tussen requestprocedure en gewone procedure — dus toch formele criteria beslissend.

¹⁸⁶ In hoofdstuk I duidt hij niet precies aan waar hij de scheidslijn trekt; bij zijn bespreking van het geldende recht identificeert hij echter de vrijwillige rechtspraak met de requestprocedure.

„eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak” of iets dergelijks in te voeren — want waarom zal men twee woorden gebruiken voor hetzelfde begrip? — of elders komt te liggen dan de scheidslijn requestprocedure/gewone procedure, zoals bij Star Busmann,¹⁸⁷ in welk geval de onderscheiding in „eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak” zinloos is, omdat daaraan geen rechtsgevolgen verbonden zijn: wet en rechtspraak verbinden immers slechts rechtsgevolgen aan de onderscheiding in requestprocedures en gewone procedures en niet aan een daarmede niet overeenstemmende onderscheiding in eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak. Het gebruik van deze termen en het maken van een dergelijke indeling werkt in het algemeen dan ook niet verhelderend.

De indeling zou slechts van nut kunnen zijn als een criterium voor de twijfelgevallen;¹⁸⁸ immers kan men dan terugvallen op een duidelijk onderscheid tussen eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak, dan heeft dat onderscheid inderdaad zin. Het grote struikelblok is hier evenwel het vinden van de materiële criteria, waarop de onderscheiding in eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak zou zijn te baseren. Van enig algemeen aanvaard criterium valt alvast niet te spreken: iedere schrijver die zich aan dit onderwerp waagt, komt met een eigen formulering. Dat is op zichzelf al een bezwaar. Daar komt bij, dat de voorgestelde criteria te vaag zijn en, gezien de voorbeelden, onjuist, in ieder geval onbruikbaar.

Wanneer bijvoorbeeld Van Boneval Faure de *aanwezigheid of mogelijkheid van een geschil* noemt als criterium voor de eigenlijke rechtspraak,¹⁸⁹ dan klopt dat niet met zijn voorbeelden, want ook bij een voogdijvoorziening of benoeming van een bewindvoerder kan zich zeer wel een geschil voordoen, terwijl er anderzijds gewone procedures zijn, waarbij zich geen geschil behoeft voor te doen, doch partijen slechts om een of andere reden een vonnis nodig hebben: bijvoorbeeld de verklaringsprocedure tussen be-

¹⁸⁷ Paragraaf 15 en 16.

¹⁸⁸ Aldus ongeveer het systeem van Zuidema, die als regel stelt: oneigenlijke (hij noemt het vrijwillige) rechtspraak in principe bij request, eigenlijke bij dagvaarding, tenzij de wet anders bepaalt (p. 67).

¹⁸⁹ P. 94.

slaglegger en derde-gearresteerde.¹⁹⁰ Met zijn criterium komen wij er dus niet. Star Busmann noemt als kenmerk voor de eigenlijke rechtspraak het *onderwerpen van een rechtsbetrekking tussen partijen aan 's rechters oordeel*, of — even later — het *vaststellen van recht in een geschil*¹⁹¹ en daarbij doet zich onmiddellijk reeds het bezwaar voelen, dat deze twee formules elkaar allerminst dekken. Bovendien passen zij evenmin bij zijn voorbeelden, want het onderwerpen van een rechtsbetrekking tussen partijen aan 's rechters oordeel vindt ongetwijfeld plaats bij de behandeling van een verzoek tot faillietverklaring en het vaststellen van recht in een geschil evenzeer bij de benoeming van een curator over een onbeheerde nalatenschap, wanneer deze benoeming wordt bestreden door erfgenenamen die stellen, dat de nalatenschap niet onbeheerd is,¹⁹² twee procedures die door Star Busmann als voorbeelden van oneigenlijke rechtspraak worden genoemd. Zuidema's criterium is eveneens het *vaststellen van wat recht is in een aan de kennisneming des rechters onderworpen geschil*¹⁹³ en daarvoor geldt hetzelfde bezwaar. Röder waagt zich niet met zoveel woorden aan een criterium, doch vermeldt wel, dat een eigenschap van de vrijwillige rechtspraak zou zijn, dat naast het belang van „partijen” steeds òf het belang van een derde òf het algemeen belang betrokken zou zijn,¹⁹⁴ een stelling die bij tal van requestprocedures — ontbinding arbeidsovereenkomst op grond van gewichtige redenen, alimentatiegeding bijvoorbeeld — niet opgaat. Jansen stelt in zijn artikel in het Juristenblad¹⁹⁵ als criterium of er is een

¹⁹⁰ De procedure tot rekening en verantwoording van beneficiaire erfgenenamen kan moeten worden gevoerd, zonder dat er enig geschil bestaat, alleen om de erven tegen toekomstige aanspraken te vrijwaren; de procedure tot ontkenning wettigheid kan (bijv. als het kind meer dan 180 dagen na de ontbinding van het huwelijk is geboren en dus erkend en gewettigd kan worden) in het belang van alle partijen zijn; een onteigeningsvonnis kan nodig zijn alleen om het goed vrij van eventuele erfdienstbaarheden te krijgen, zonder dat in feite enig geschil bestaat.

¹⁹¹ Paragraaf 15.

¹⁹² Zie de voorbeelden in hoofdstuk I noot 94 t.a.v. „belanghebbende”.

¹⁹³ P. 52.

¹⁹⁴ P. 30.

¹⁹⁵ N.J.B. 1956, p. 53 e.v.

geschil tot strekking en doel hebbende de vaststelling of handhaving van een subjectief, aan partijen ter vrije beschikking staand recht; in dat geval is er eigenlijke rechtspraak, anders niet. Hij erkent daarbij, dat er talloze „on-eigenlijke” dagvaardingsprocedures zijn, die hij verder buiten beschouwing laat, en anderzijds tal van request-procedures, die tot de „eigenlijke rechtspraak” behoren, waarvoor hij de regelen der gewone procedure zou willen doen gelden. Dat dit criterium voor het geldende recht onbruikbaar is, blijkt wel uit zijn bespreking van een aantal bestaande requestprocedures.

Conclusies inzake het geldende recht.

Het voorgaande leidt tot de conclusie, dat een indeling der procedures in requestprocedures en gewone procedures naar materiële kenmerken voor het geldende recht onmogelijk is. Wie daaraan nog mocht twijfelen kan niet beter doen dan de artikelen van Meijers en de daar vermelde voorbeelden nog eens te bezien, terwijl men voorts dient te bedenken, dat de situatie sindsdien nog veel veranderd is geworden, doordat de wetgever talloze nieuwe requestprocedures heeft ingevoerd, zonder zich daarbij om de materiële achtergrond te bekommeren, uitsluitend omdat een requestprocedure hem eenvoudiger voorkwam. De regel van de Hoge Raad — slechts formele kenmerken — biedt voor het geldende recht de enige uitkomst.

Toepassing der requestprocedure in de toekomst.

Valt er voor de toekomst een bruikbaar criterium te bedenken ten aanzien van de gevallen dat de requestprocedure dient te worden gevolgd en zo ja, is het mogelijk dit met enig effect in de wet vast te leggen?

Bij de poging deze vraag te beantwoorden dient te worden vooropgesteld, dat het niet redelijk zou zijn aan degenen die de rechtsingang instelt de vrije keus te laten, omdat de requestprocedure en de gewone procedure te veel van elkaar verschillen. Het zou niet billijk zijn indien de aanlegger, door zijn keus van procedure, het in de hand zou hebben te bepalen welke procesregels van kracht zijn. Het huidige systeem, dat of de requestprocedure of de

gewone procedure op straffe van niet-ontvankelijkheid dient te worden gevolgd, zal dus moeten worden gehandhaafd. Dat brengt met zich mede, dat het criterium dat dient om te bepalen welke rechtsgang gevolgd zal worden zo duidelijk mogelijk moet zijn en zo min mogelijk twijfelgevallen moet laten bestaan. Rechtszekerheid is hier van het grootste belang, belangrijker zelfs dan dat altijd voor ieder geval de meest geschikte procedure zou worden voorgeschreven.

Houdt men dit voor ogen, dan blijkt ook voor het toekomstige recht het vinden van een bruikbaar materieel criterium moeilijkheden te geven. In de eerste plaats is het niet mogelijk om het kenmerkende van datgene wat men *oneigenlijke rechtspraak* noemt in enkele woorden samen te vatten of op andere wijze één algemene omschrijving te geven voor die beslissingen van de rechter die men bij beschikking op request wil doen geven. Daartoe zijn deze beslissingen te verschillend van aard. De schrijvers die zich met deze materie bezig houden volstaan dan ook met een beschrijvende opmerking, die geen volledigheid beoogt en de trouwens steeds zo vaag is, dat men niet zou weten wat ermede bedoeld werd, als er geen voorbeelden bijstonden,¹⁹⁶ en zoeken het criterium daarna in een *omschrijving van datgene wat men eigenlijke rechtspraak noemt*, waarvan men de oneigenlijke afscheidt uitsluitend door te vermelden, dat deze niet het terrein der eigenlijke rechtspraak omvat.

Wat nu de „eigenlijke rechtspraak” betreft is het niet onmogelijk om een formulering te vinden voor datgene wat men als het essentiële element, het meest *eigenlijke*, beschouwt. Een zinsnede als *het vaststellen van wat recht is in het concrete, aan 's rechters oordeel onderworpen geval* zal vermoedelijk veler goedkeuring wegdragen. Wellicht zullen enkelen in plaats van „geval” het woord „geschil” prefereren, doch dat het kenmerkende van onze rechtspraak is het vaststellen van wat recht is in een concrete

¹⁹⁶ Bijvoorbeeld *Zuidema's* het verlenen van medewerking bij de uitvoering der wet of bij het verrichten van rechtshandelingen (p. 53) of *Star Busmann's* rechterlijke werkzaamheden die nodig zijn ter voorbereiding van sommige rechtshandelingen of voor de uitvoering van wetsvoorschriften waarin maatregelen in het belang van bepaalde personen zijn vervat (Par. 15).

situatie zal wel ieder toegeven. Echter: in ons rechtstelsel doet de rechter ook in de gewone procedure veel meer dan dat: hij geeft een veroordeling, een verbod, een bevel; hij wijzigt een rechtstoestand — allemaal handelingen en beslissingen die geen rechtsvaststelling zijn. Zou men nu alleen de rechtsvaststelling als eigenlijke rechtspraak beschouwen en alle andere handelingen van de rechter als oneigenlijke,¹⁹⁷ dan krijgt men wel een logische en duidelijke indeling, doch een die medebrengt, dat slechts een gering deel der rechterlijke activiteiten tot de „eigenlijke rechtspraak” zou behoren.

Indien men echter tracht het begrip „eigenlijke rechtspraak” ruimer te nemen, dan komt men te staan voor de moeilijkheid, dat elders geen duidelijke grens te trekken valt. Wat moet dan, naast de rechtsvaststelling, nog eigenlijke rechtspraak heten? Ook die bevelen, veroordelingen en wijzigingen van een bestaande rechtstoestand die, ingevolge het systeem onzer wet, rechtstreeks uit de rechtsvaststelling volgen (ontzegging der vordering als vaststaat, dat eiser geen aanspraak op schadevergoeding heeft; veroordeling tot ontruiming als vaststaat, dat gedaagde het pand zonder recht of titel bewoont)? Ook die beslissingen, waarbij de rechter zijn eigen oordeel over wat redelijk en billijk is in belangrijke mate moet doen meespreken (de beslissing of een gepleegde wanpraestatie zo ernstig is, dat de ontbinding der overeenkomst dient te volgen, of een gegeven ontslag kennelijk onredelijk is, of de verhuurder het onroerend goed zo dringend voor eigen gebruik behoeft, dat van hem de economische belangen en maatschappelijke behoeften van beide partijen en van de wettige onderhuurders naar billijkheid in aanmerking genomen niet kan worden vergegd, dat de gewezen huurder nog langer in het genot van het goed blijft)? Of wellicht ook die beslissingen van de rechter die uitsluitend dienen ter bevordering van de billijkheid en de goede gang van zaken en met rechtsvaststelling niets meer te maken hebben (het vaststellen van de schadevergoeding naar billijkheid bij kennelijk onredelijk ontslag; het gunnen van een termijn aan de huurder om alsnog aan zijn betalingsverplichting te voldoen; de matiging van een boete of van een concurrentiebeding; de ver-

¹⁹⁷ Dit is het standpunt van J. L. A. Visser, *Procesgeding van civiele uitspraken*. Zie bijv. p. 61 e.v.

minderde toewijzing van een vordering tot terugbetaling van teveel betaalde huur of van de teruggave van vruchten en inkomsten van de goederen van een teruggekomen afwezige, na een verklaring van vermoedelijk overlijden)? Noemt men al deze beslissingen „eigenlijke” rechtspraak, dan is er geen oneigenlijke. Wil men een of meer categorieën uitzonderen, dan doet zich het probleem voor, dat de onderlinge verschillen slechts gradueel zijn, zodat geen duidelijke onderscheidingen te maken zijn. Het trekken van een duidelijk onderkenbare scheidslijn is hier dunkt mij onmogelijk.

Zou men wel een scheidslijn kunnen trekken naar de aard der beslissing van de rechter — hetgeen naar mijn mening alleen mogelijk is als men slechts de zuivere rechtsvaststelling tot de „eigenlijke rechtspraak” rekent — dan doet zich de moeilijkheid voor dat deze onderscheiding voor de indeling der procedures niet goed te gebruiken is. In de eerste plaats pleegt de rechter in één procedure meerdere beslissingen te geven van verschillende aard. Moet men nu een dergelijke procedure splitsen in een „eigenlijk” deel, te beslissen bij vonnis en een „oneigenlijk” deel, te beslissen bij beschikking op request? Het zou een logische indeling zijn, doch een die mij onaanvaardbaar voorkomt, omdat het procederen nodeloos ingewikkeld en langdurig wordt, wanneer de rechter die van de zaak kennisneemt, niet in één keer *alle* vereiste beslissingen kan geven. Wil men echter de gehele procedure, naar gelang van het zwaartepunt, indelen in de ene of andere categorie, dan stuit men op teveel onzekerheden om een dergelijke indeling praktisch mogelijk te maken (de overeenkomsten van gemengde aard hebben al tot genoeg vragen aanleiding gegeven). Daar komt bij — en dat is de tweede moeilijkheid — dat op het moment van rechtsingang lang niet altijd te zeggen valt wat voor beslissingen van de rechter kunnen worden verwacht. En men zal toch op het moment van rechtsingang moeten weten welke procesgang dient te worden gevolgd. Dit alles moet mijns inziens tot de conclusie leiden, dat een indeling der procedures naar de aard van de door de rechter te geven beslissing onmogelijk is.

Maar, zal men mij wellicht tegenwerpen, men kan toch de rechtsvaststelling als criterium nemen in dier voege, dat een uitspraak van de rechter die een element van rechts-

vaststelling inhoudt altijd tot de eigenlijke rechtspraak wordt gerekend, ongeacht welke verdere beslissingen worden gegeven? Mogelijk is dit inderdaad, maar dan kan ik geen uitspraken van de rechter bedenken die geen „eigenlijke” rechtspraak zouden zijn. Juist bij de beschikkingen, waarbij de bevoegdheid van de rechter om te beslissen op een uitdrukkelijke wetsbepaling moet steunen, zal altijd een element van rechtsvaststelling aanwezig zijn. Op zijn minst het oordeel van de rechter, dat zijn beslissing op de wet gegrond is, dat hij bevoegd is haar te geven, dat de eventuele verzoeker gerechtigd is haar te vragen, dat de feitelijke voorwaarden vervuld zijn. De aanwezigheid van enige rechtsvaststelling kan dus niet dienen als criterium voor de onderscheiding requestprocedure/gewone procedure.

Naast de rechtsvaststelling als kenmerkend voor de „eigenlijke rechtspraak” noemt men ook wel de *aanwezigheid of mogelijkheid van een geschil*. Ik heb reeds betoogd, dat dit niet als kenmerk kan worden beschouwd, omdat de *mogelijkheid* van een geschil zich bij iedere beslissing die die men van de rechter vraagt voordoet,¹⁹⁸ terwijl de *aanwezigheid* van een geschil niet als vereiste kan worden gesteld, omdat men op het tijdstip der rechtsingang veelal niet kan weten of er een geschil bestaat of niet. Het onderscheid dat men hier meent te zien berust hoofdzakelijk op de gevolgde procestechniek: in een gewone procedure noemt men altijd een tegenpartij (al zijn het maar „alle bekende en onbekende schuldeisers”), waardoor de indruk wordt gewekt, dat een geschil zou bestaan, ook al is dat in feite vaak niet het geval; in sommige requestprocedures evenzo; in andere requestprocedures wendt men zich tot de rechter zonder een tegenpartij te noemen, waardoor de indruk wordt gewekt dat er geen geschil bestaat, al kan dat in feite zeer wel het geval zijn: men zie slechts de jurisprudentie ten aanzien van de „belanghebbende”. Het geschil kan dus evenmin als criterium dienen.

Uit het voorgaande volgt, dat voor de beantwoording van de vraag wanneer de requestprocedure moet worden gevolgd ook in de toekomst een materieel criterium niet

¹⁹⁸ Zie hiervoor p. 132 en de voorbeelden t.a.v. „belanghebbenden” in noot 94.

te gebruiken valt. Ook niet, indien men daarbij een voorbehoud maakt in de zin van „tenzij de wet anders bepaalt”. Men bedenke hierbij, dat het invoeren van een materieel criterium zou betekenen, dat de thans bestaande regel van art. 1 Rv — elke rechtsingang vangt aan met een dagvaarding¹⁹⁰ — terzijde zou worden gesteld en dat de wetgever in de bestaande wetten gewoonlijk niet heeft aangegeven wanneer de dagvaardingsprocedure gevolgd moest worden, doch slechts wanneer deze niet gevolgd diende te worden, zodat de terzijde stelling van de regel van art. 1 Rv tengevolge zou hebben, dat van allerlei kwesties die thans zonder twijfel langs de weg der gewone procedure dienen te worden beslist ineens onzeker zou worden of zij wellicht niet tot het terrein der requestprocedure dienden te behoren. Het gehele procesrecht komt op die manier op losse schroeven te staan.

Zou men dus in de wet een bepaling invoeren, dat de gewone procedure, indien de wet deze niet uitdrukkelijk voorschrijft, slechts dient te worden gevolgd, indien de procedure leidt tot bepaling van een rechtsbetrekking in geschil (een criterium dat in de Memorie van Toelichting bij het ontwerp van het nieuwe bewijsrecht wordt genoemd), dan bestaat niet alleen het bezwaar, dat dit criterium onduidelijk is en dat op het moment van rechtsingang niet steeds te constateren zal zijn of de procedure die strekking heeft — bezwaren die al erg genoeg zijn — doch bovendien rijst het gevaar, dat allerlei gewone procedures hierdoor tot requestprocedures worden gewijzigd, zonder dat daartoe enige noodzaak bestaat. In ieder geval zal men veelvuldig en langdurig kunnen procederen over de vraag of een bepaalde procedure wel of niet tot bepaling van een

¹⁹⁰ Er wordt wel betoogd, dat deze aanhef van art. 1 Rv. slechts de strekking heeft aan te geven, dat geen voorafgaande machtiging van de rechter of poging tot minnelijke schikking vereist is (Bijv. noot van de Jong onder H.R. 21 dec. 1931, W. 12406). Van den Honert doet van een zo enge betekenis echter niet blijken; slechts is bij de beraadslagingen omtrent art. 1, evenals bij de beraadslagingen omtrent art. 19, de vraag of geen voorafgaande machtiging of verzoening als vereiste moest worden gesteld ter sprake gekomen en ontkennend beantwoord (p. 156 en 172). Het komt mij dan ook volkomen verantwoord voor om, gelijk de Hoge Raad doet, uit art. 1 de algemene regel af te leiden, dat iedere rechtsingang met een dagvaarding begint, tenzij de wet anders bepaalt.

rechtsbetrekking in geschil leidt en of dus wel de juiste procesgang gevolgd is.

Wat dan? Slechts formele criteria blijven als mogelijkheid over. Artikel I Rv dient als hoofdregel te worden gehandhaafd en afwijkingen slechts toegestaan als de wet dat uitdrukkelijk aangeeft. Vraagt men dan wat er gebeuren moet als de wet zwijgt, dan meen ik te moeten antwoorden, dat dat geval zich niet voor kan doen, omdat art. 1 Rv bepalend is, wanneer geen ander voorschrift in de wet te vinden is. Dat er enkele twijfelgevallen overblijven, omdat de bedoeling van de wetgever niet altijd duidelijk is, kan worden toegegeven. Zij zijn echter slechts gering en hebben tot dusverre, blijkens de jurisprudentie, geen grote moeilijkheden opgeleverd. Ieder ander criterium zal in ieder geval veel meer twijfelgevallen doen ontstaan.

Men kan zich thans nog afvragen of de wet hiertoe dient te worden gewijzigd of aangevuld. Noodzakelijk is dit dunkt mij niet, nu de rechtspraak een systeem dat slechts formele criteria bepalend zijn reeds op de bestaande wetsartikelen heeft opgebouwd. Wellicht zou men op dit punt nog iets meer zekerheid kunnen geven door artikel 1 Rv te wijzigen in „Tenzij de wet anders bepaalt vangt iedere rechtsingang aan met een dagvaarding...” Aldus wordt ook in de wet vastgelegd, dat een afwijking van de regel van art. 1 uitdrukkelijk op een wetsbepaling gebaseerd moet zijn. Wellicht zou men voorts een aantal gevallen, waarbij de requestprocedure dient te worden gevolgd, in enkele wetsartikelen kunnen opsommen, zulks ter bevordering van de overzichtelijkheid en ook met het doel voor toekomstige soortgelijke gevallen een richtlijn te geven. Ik denk hier bijvoorbeeld aan de gevallen, dat de wet een verlof of machtiging van de rechter vereist voor het nemen van een maatregel tot bewaring van recht (onder welke maatregelen dan wellicht ook de sequestratie zou kunnen worden opgenomen) of — ter bescherming van de verzocker of een ander — voor andere rechtshandelingen. Voorts de gevallen, dat een benoeming of ontslag door de rechter dient te geschieden, als bij voogden, curators, bewindvoerders, scheidslieden, deskundigen enz. Wellicht zou hier de bevoegdheid van de rechter kunnen worden uitgebreid, zodat hij ook kennis kan nemen van verzoeken tot benoeming en ontslag die niet op de wet zijn gebaseerd, doch

bijvoorbeeld op een verordening, reglement of statuten, of een overeenkomst. Daaraan schijnt immers behoefte te bestaan. Noodzakelijk zijn deze aanvullingen niet, doch zij zijn wellicht toch het overwegen waard.

HOOFDSTUK III: POSTSCRIPTUM

Als het voorgaande een onbevredigd gevoel achterlaat, dan is dat mede daaraan te wijten, dat de voorzieningen waaraan eigenlijk de meeste behoefte bestaat niet ter sprake zijn gekomen. In de eerste plaats kan het procesrecht der requestprocedure in niet onbelangrijke mate worden verbeterd en voorts — dat is wellicht het belangrijkste probleem — zou het te wensen zijn, dat voor de toekomst aan de wetgever een bindende richtlijn zou kunnen worden gegeven in welke gevallen hij de requestprocedure dient voor te schrijven en in welke gevallen hij dat bepaald niet moet doen. Een aantal van de reeds ingevoerde requestprocedures zouden voorts gevoegelijk geschrapt kunnen worden.

De reden waarom tal van schrijvers gezocht hebben naar een materieel criterium is namelijk niet dat er zoveel twijfelgevallen zouden zijn — met die vraag houden zij zich in feite ook niet bezig — maar dat de wetgever in steeds toenemende mate een requestprocedure heeft voorgeschreven voor gevallen die beter in een gewone procedure zouden kunnen worden beslist, gevallen die de waarborgen en de zekerheid van een gewone procedure niet kunnen missen. De materiële criteria die men heeft voorgesteld moeten dan ook niet dienen om een aantal van de huidige dagvaardingsprocedures naar de requestprocedure over te hevelen — al zou dat wel het gevolg zijn indien één dier criteria in de wet zou worden opgenomen — doch worden slechts gebruikt om een aantal requestprocedures aan te duiden als „eigenlijke” rechtspraak, ze van de andere procedures af te scheiden en op hen de gewone procesregels van toepassing te verklaren.²⁰⁰

De wetgever schijnt namelijk het idee te hebben, dat de requestprocedure een vereenvoudigde vorm van de gewone

²⁰⁰ Bijv. *Du Mosch* in R.M. 1915, p. 377 v.; *Star Busmann* par. 16; *Jansen* in N.J.B. 1956, p. 53 e.v.

procedure is, even deugdelijk doch alleen wat minder formeel, minder ingewikkeld, sneller en goedkoper.²⁰¹ Dat tegenover de voordelen van snelheid en afwezigheid van formaliteiten niet geringe nadelen staan, dat de gewone procedure meer zekerheid geeft en minder kans op processuele ongelukken, betere waarborgen biedt voor een juiste beslissing en in het algemeen een ander karakter heeft, schijnt hem te ontgaan. Het is mede om die reden geweest, dat ik in het eerste hoofdstuk een zo uitvoerige uiteenzetting gegeven heb van de wijze waarop de request-procedure blijkens de rechtspraak in feite werkt en van de problemen die zich daarbij voordoen. Daaruit volgt mijns inziens, dat de requestprocedure niet als een vereenvoudigde vorm van de gewone procedure (te vergelijken met het kort geding bijvoorbeeld) dienst kan doen.

Een gevolg van 's wetgevers opvatting is voorts, dat hij bij verschillende door hem ingevoerde requestprocedures op den duur toch weer de procesregels gaat aanvullen waardoor deze requestprocedures hoe langer hoe meer gaan gelijken op de gewone procedure (men zie bijvoorbeeld de wijzigingen in de procedure der Merkenwet). Ook deze ontwikkeling is naar mijn mening niet gewenst. Nu ons procesrecht twee vormen van procederen kent heeft het geen zin ze steeds meer naar elkaar toe te doen groeien; zij kunnen beter ieder hun eigen karakter behouden.

Het ware gewenst, dat de wetgever zijn opvattingen omtrent de requestprocedure zou wijzigen en dat hij zich zou realiseren dat de gewone procedure voor alle gevallen, dat tussen twee of meer personen een geschil bestaat of kan bestaan in principe de aangewezen weg is. Wil men van deze weg afwijken, dan moeten daarvoor deugdelijke redenen aanwezig zijn. Een dergelijke reden kan bijvoorbeeld zijn, dat voor een bepaald geschil een speciaal onderzoek vereist wordt, waardoor de gewone proces- of bewijsregels zich niet voor toepassing lenen, als in verschillende kinderkas. Een reden kan ook zijn, dat op korte termijn een beslissing moet worden verkregen, welke evenwel niet definitief is doch door een andere rechtelijke beslissing zo nodig nog weer terzijde kan worden gesteld, als bij ver-

²⁰¹ Zie bijv. t.a.v. de procedure van art. 6 Handelsnaamwet mijn prtt. p. 102. Door de recente wijziging in de griffierechten is het argument van goedkoopte grotendeels vervallen.

schillende conservatoire maatregelen. Bij al die beslissingen van de rechter die naar hun aard voor wijziging vatbaar zijn is het volgen der requestprocedure in ieder geval niet al te bezwaarlijk, al zijn daaronder wel gevallen waarvoor de waarborgen der gewone procedure gewenst zijn. Men zou echter voor die gevallen (ik denk bijvoorbeeld aan de alimentatieprocedure) wellicht een deel der gewone procesregels, waaronder het bewijsrecht, van toepassing kunnen verklaren. Absoluut ongeschikt is de requestprocedure voor al die gevallen, dat een voor twee of meer personen bindende beslissing van de rechter wordt vereist, wanneer die personen ten aanzien van die beslissing verschillende belangen hebben en de beslissing, wanneer zij eenmaal in kracht van gewijsde is gegaan, niet meer voor wijziging vatbaar is. In dat geval dient naar mijn mening altijd de gewone procedure te worden gevolgd, ongeacht de vraag of de rechter bij het nemen van zijn beslissing een grote mate van vrijheid heeft en of zijn beslissing dus meer het karakter van een billijkheidsbeslissing dan van een rechtsbeslissing zal hebben.

De requestprocedure is voorts de aangewezen weg in die gevallen dat geen aanwijsbare tegenpartij bestaat. In dat geval is dagvaarding onmogelijk²⁰² en is ook het procesrecht der gewone procedure minder geschikt. Op dit punt zou men zich zelfs kunnen afvragen of niet een ruimere mogelijkheid tot het verkrijgen van een rechterlijke uitspraak zou kunnen worden geschapen. Bij tijd en wijle schijnt er namelijk behoefte te bestaan aan het verkrijgen van een verklaring voor recht in gevallen, dat van een tegenpartij geen sprake is.²⁰³ Men zou hier zeer wel de rechter de bevoegdheid kunnen geven zulks bij beschikking op request te doen. De enige mogelijkheid is dit evenwel niet. Men zou ook een ambtshalve tegenpartij voor dergelijke

²⁰² Dat als er wel een tegenpartij is een dagvaarding altijd nog de beste wijze is om die te bereiken, behoeft hier wellicht niet te worden betoogd. Noch de politie noch de posterijen kunnen de „service” verlenen en de moeite doen die men van de deurwaarder verwachten kan. Zijn intermediair werkt bovendien dikwijls een vlotte afwikkeling in de hand.

²⁰³ Zie bijv. Hof Amsterdam 27 febr. 1946, 645 (verklaring dat bewezen was, dat de echtgenoot van verzockster in Dachau was overleden); H.R. 12 juni 1953, 1954, 1; Hof den Haag 6 nov. 1952, 1953, 59.

gevallen kunnen aanwijzen, bijvoorbeeld het openbaar ministerie, om als gedaagde te fungeren.²⁰⁴ Doet zich in de loop van een requestprocedure zonder tegenpartij toch een belanghebbende met tegenstrijdig belang voor, dan ware te overwegen of niet overeenkomstig de procedure van art. 829 Rv. verwijzing naar de rolzitting en verdere berechting volgens de gewone procedure mogelijk moet worden gemaakt.

Dit alles is slechts een verlanglijst. Er bestaat immers geen mogelijkheid om de wetgever in zijn bevoegdheid de requestprocedure voor te schrijven te beperken?

Wat de procesregels betreft, ligt het voor de hand dat deze dienen te worden verbeterd door de invoering van één algemeen procesrecht voor de requestprocedure, dat zoveel mogelijk in alle requestprocedures moet gelden. Dit algemeen procesrecht zou uiteraard in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dienen te worden opgenomen. Men krijgt dan een overzichtelijk geheel, dat bovendien bij gebleken behoefte gemakkelijk kan worden gewijzigd. Een aantal van de thans bestaande, niet noodzakelijke verschillen tussen de verschillende requestprocedures kunnen worden geschrapt,²⁰⁵ terwijl voorts de door de rechtspraak gevormde procesregels, voor zover te behouden, in de wet kunnen worden vastgelegd, waardoor zij gemakkelijker kenbaar zijn.

Dit procesrecht dient algemene regels te geven; de minutieuze voorschriften die men in sommige requestprocedures aantreft bijvoorbeeld ten aanzien van de inhoud van het request kunnen in het procesrecht gewoonlijk wel worden gemist, zeker in een procedure als deze waarbij de rechter altijd nadere inlichtingen kan vragen. Wel dient te worden vermeld welke artikelen van het gewone procesrecht van overeenkomstige toepassing zijn, opdat de huidige onzekerheid op dat punt wordt weggenomen. Enige

²⁰⁴ Ik zou deze oplossing prefereren, in de eerste plaats omdat het O.M. door het politie apparaat een onderzoek kan instellen — hetgeen de rechter moeilijk kan doen — en voorts omdat ik meen dat in het algemeen een rechtstrijd, waarbij de argumenten pro en contra door partijen voor de rechter worden aangevoerd de beste waarborg voor een juiste beslissing geeft.

²⁰⁵ Bijvoorbeeld de verschillende beroepstermijnen, die al tot vele niet-ontvankelijkheden hebben geleid.

aanvullingen, waaraan blijkens de rechtspraak behoefte bestaat, kunnen worden ingevoerd, als de mogelijkheid van incidenteel appel en van een kostenveroordeling. Een grote verbetering zou voorts zijn, indien in het algemeen voor beschikkingen op request een aanwijzing van de bevoegde rechter of rechters wordt gegeven, zodanig dat zoveel mogelijk voor alle verzoeken in Nederland een bevoegde rechter te vinden is; heel wat van de thans bestaande problemen worden daarmee opgelost.

Dit alles zijn verbeteringen van de bestaande procedure. Voorts verdient evenwel een wijziging van die procedure overweging. Ik zou namelijk de mogelijkheid van beroep voor alle „belanghebbenden” niet willen handhaven, omdat daardoor de rechtskracht van de beschikking te onzeker blijft. Deze ruime appelmogelijkheid is bij zo goed als alle nieuwere requestprocedures trouwens reeds uitgesloten, doordat aldaar limitatief wordt aangegeven wie recht van beroep heeft. Ook voor de overige requestprocedures zou zij kunnen worden geschrapt, als men daarnaast een ruimere mogelijkheid om belanghebbenden op te roepen of door publicatie op het verzoek attent te maken invoert. Men kan dan het recht van beroep beperken tot degene die in vorige instanties zijn gehoord, of althans opgeroepen, en enkele andere uitdrukkelijk vermelde personen of instanties. Daarnaast dient echter de mogelijkheid te worden geopend voor derden/belanghebbenden om in bepaalde gevallen vernietiging van de beschikking te vorderen (bij dagvaarding): indien de feitelijke gronden voor het geven der beschikking ontbraken; indien de rechter zijn bevoegdheid te buiten is gegaan; indien de beschikking is gegeven op grond van een onware voorstelling van zaken door de verzoeker (maar alleen indien bij een ware voorstelling van zaken de beschikking niet zou zijn gegeven). Geen grond voor vernietiging dient naar mijn mening de betrekkelijke onbevoegdheid van de rechter te zijn. Zolang een beschikking niet op deze wijze of door het instellen van een gewoon rechtsmiddel vernietigd is, dient zij als geldig te worden beschouwd, anders blijven er teveel onzekerheden bestaan. Ook dat zou in de wet kunnen worden opgenomen.

Dit is geen prae-advies over het procesrecht der request-procedure en ik wil het dus bij deze algemene opmerkin-

gen laten. Slechts één vraag zou ik nog ter overweging willen geven: zou het geen aanbeveling verdienen om ook de beschikkingen van Rechtbank en Hof (en ten dele ook van de Kantonrechter) in het openbaar te doen uitspreken? Als dan de datum der uitspraak bij de mondelinge behandeling bekend wordt gemaakt, kunnen in ieder geval die personen die gehoord zijn gemakkelijk tijdig van de beschikking kennis nemen. De kans dat een beroepstermijn ongemerkt voorbijgaat wordt daardoor aanmerkelijk minder. Gezien het feit, dat reeds voor tal van beschikkingen uitspraak op de openbare terechtzitting is voorgeschreven, komt invoering van een dergelijke algemene regel mij niet bezwaarlijk voor.

LIJST VAN REQUESTPROCEDURES IN HET B.W.

nr.	Korte omschrijving	Evt. procesregels	Reden waarom request-procedure
e.v.	voornaamsverandering	68 BW	op verzoek
e.v.	verbetering akten burg. stand.	829 Rv	verzoekschrift
e.v.	verlof aangaan huwelijk minderjarige	95-97 BW	hoger beroep bij verzoekschrift
	tussenkomen Ktr huwelijk meerderjarige	99 BW	dubieus - rechtspr. neemt aan van wel
7	akte van bekendheid	127 BW	dubieus - in praktijk wel
9	genoegzaamverklaring van stukken	129 BW	verzoekschrift
0	nietigverklaring huwelijk	—	m.i. niet, zie echter H.R. 30-9-54, 633
2a	voogdijvoorziening na nietigverklaring huwelijk	152a BW, 929v Rv	ambtshalve voorziening
0	tenietdoen beslissing echtgenoot plaats samenwoning	798 Rv	verzoekschrift
1	beslissing geschillen bijdrage kosten huishouding, wijziging bijdrage	798 Rv	verzoekschrift
2	beslissing geschillen huishoudgeld bij niet samenwonen	798 Rv	verzoekschrift
3	bepaling niet-aansprakelijkheid verbintenissen andere echtgenoot	163 BW, 798 Rv	verzoekschrift
4	machtiging aangaan koop en verkoop op afbetaling	164 BW, 798 Rv	verzoekschrift
4a	toestemming aangaan rechtshandelingen bij gebreke toestemming echtgen.	164a BW, 798 Rv	verzoekschrift
5	opdragen bestuur goederen gemeenschap of andere echtgenoot, opheffing of wijziging beschikking	165 BW, 798 Rv	verzoekschrift
3	verlenging termijn art. 1082 BW	188 BW	uit verband af te leiden
4	goedkeuring maken of wijzigen huwelijksvoorwaarden tijdens huwelijk	204 BW, 799 Rv	verzoekschrift
1a & b	voogdijvoorziening na echtscheiding na scheiding v. tafel en bed, en wijziging daarvan	929v Rv	ambtshalve of op verzoek
i	echtscheiding op grond van strafvonnis	265 BW	dubieus, rechtspr. neemt aan van wel
1, 285	voogdijvoorziening na echtscheiding en wijziging daarvan	929v Rv	ambtshalve of op verzoek
.	bekleding ouderlijke macht na hertrouwen echtgenoten	929v Rv	verzoeken
.	scheiding van tafel en bed op verzoek beide echtgenoten	292v BW	verzoekschrift
a-c	voorziening ouderl. macht na scheiding v. tafel en bed en wijziging	929v Rv	ambtshalve of op verzoek
a & b	voorziening voogdij na overlijden ouder/voogd bij leven andere ouder	929v Rv	ambtshalve of op verzoek
.	benoeming bijzonder voogd bij ontkenning wettigheid	315 BW	dubieus, rechtspr. neemt aan van wel

332, 333	bekleding ouderlijke macht of voogdij na wettiging	929v Rv	verzoek
344i	bepaling door erfgename ouder te betalen som onderhoud onwettig kind	344i BW	op verzoek
344j	adoptie	970v Rv	verzoekschrift
344n	herroeping adoptie	977v Rv	verzoekschrift
356	tenietdoening beslissing vader	356 BW	ten verzoeken
360	benoeming bijz. curator bij tegenstrijdig belang ouder	360 BW	dubieus, aan te nemen van wel wegens analog
365	ondertoezichtstellen kind en benoeming gezinsvoogd	935v Rv	verzoekschrift
367	vervanging gezinsvoogd	935v Rv	ambtshalve
369	verlenging of opheffing ondertoezichtstelling	942 Rv	ambtshalve
371	beslissing geschil ouder/gezinsvoogd	943 Rv	op verzoek
372a e.v.	opneming observatiehuis, inrichting, tucht school	944v Rv	ambtshalve
374	onthefing ouderlijke macht	947v Rv	op verzoek
374c	ontzetting ouderlijke macht	947v Rv	op verzoek
374e	schorsing ouderlijke macht hangende onderzoek	374c BW 949 Rv	ambtshalve
374f	bekrachtiging toevertrouwing door officier, verlenging beschikking	374f BW 949 Rv	op vordering OM, op verzoek
374i	voorziening voogdij na onthefing of ontzetting	374i BW 952 Rv	ambtshalve, op verzoek
374k	herstel ouderlijke macht	374k & l BW, 954, 955 Rv	verzoek
376	benoeming bewindvoerder als voogd in gebreke blijft	376 BW	op verzoek of ambtshalve
379	benoeming curator ongeboren vrucht	957v Rv	op verzoek of ambtshalve
380	benoeming moeder natuurlijk kind tot voogdes	380 BW, 961 Rv	verzoek
382	benoeming vader natuurlijk kind tot voogd	382 BW, 961 Rv	verzoek
383	benoeming vader of moeder tot voogd of voogdes	383 BW, 961 Rv	verzoek
385	wijziging een dezer beschikkingen	—	op verzoek
388	ontslag testamentaire voogd	388 BW, 962 Rv	verzoek
398 e.v.	voogdijbenoeming door Ktr	389v BW, 957v Rv	op verzoek of ambtshalve
391	ontslag tijdelijk voogd	391 BW	op verzoek
400	toestemming met voogdij belaste rechtspersoon tot plaatsing minderjarige buiten Rijk in Europa	964 Rv	verzoek
401 e.v.	benoeming toezien voogd	401 BW, 957v Rv	op verzoek of ambtshalve
416	ontslag toezien voogd	900v Rv	verzoekschrift
417	ontslag en vervanging onbevoegde voogd en toez. voogd, hernieuwde benoeming ouder-voogd	417 BW, 900v Rv	op verzoek of ambtshalve
418	ondertoezichtstelling onder voogdij staande kinderen	935v Rv	verzoekschrift

3 e.v.	ontzetting voogd of toez. voogd	947v Rv	op verzoek
1	schorsing voogdij en toevertrouwing aan Raad v. d. Kinderbesch.	421 BW, 949 Rv	ambtshalve
3	onthefing ouder-voogd	947v Rv	op verzoek
4	voorziening voogdij na ontheffing of ontzetting	424 BW, 952 Rv	ambtshalve, op verzoek
5	herstel ouder-voogd	953v Rv	op verzoek
3	bepaling hoe vermogen minderjarige bewaard zal worden	423 BW	ambtshalve
9	bepaling nadere termijn boedelbeschrijving	429 BW	ambtshalve
3 e.v.	machtiging voogd	967v Rv	op verzoek
2	beslissing t.a.v. jaarlijkse rek. en verantwoording voogd	442 BW, 920v Rv	op verzoek of ambtshalve
4	beslissing geschillen voogd en toez. voogd nopens slot der rekening	444 BW	dubius
6	vaststelling schade minderjarige en veroordeling voogd vergoeding	446 BW, 967v Rv	ambtshalve of op verzoek
7	bevel zekerheidsstelling voogd	967v Rv	ambtshalve
3	aanwijzing bewindvoerder gemene goederen minderjarigen met ver- schillende voogden	453 BW	dubius, wegens analogie aan te nemen
7	beslissing geschillen rek. en verantw. bij einde voogdij	457 BW, 968 Rv	beschikking
3 e.v.	bepaling door ouder voor kind te betalen uitkering	468, 469 BW, 828a v Rv	op verzoek
3	bepaling uitkering onderhoud	828a v Rv	verzoekschrift
1	wijziging uitkering	828a v Rv	op verzoek
3 e.v.	verlenen brieven meerderjarigverklaring	475v BW	verzoekschrift
9	toestemming vervreemding onr. goed na meerderjarigverklaring	479 BW	na verhoor etc.
0	beperkte handlichting	481 BW	op verzoek
5	intrekking beperkte handlichting	485 BW	op verzoek
7	onder curatele stelling	488v BW	verzoekschrift
5	benoeming provisioneel bewindv.	495 BW	volgt uit verband
3	benoeming curator en toez. curator	393 BW, 957v Rv	op verzoek
5	benoeming echtgenoot tot curator	505 BW	verzoek
9, 510	machtiging gedwongen verpleging onder curatele gestelde drankzuchtige, intrekking of verlenging	511v BW	verzoeken
3	opheffing curatele	488v BW	verzoekschrift
3	benoeming bewindvoerder afwezige	519 BW	op verzoek
3	verlof dagvaarding vermoedelijk overlijden	523 BW	verlof
3	bevel verkoop roerende goederen vermoedelijk overledene	—————	dubius
3	benoeming deskundigen tot opneming vaste goederen, goedkeuring verslag	536 BW	dubius, uit verband af te leiden
7	verlof verkoop vaste goederen	537 BW	verlof
3	vergunning inbezittingen aan afwezige opgekomen legaat of nalatenschap.	546 BW	vergunning, denoods openbare oproeping

549	verlof dagvaarden afwezige tot aan- gaan ander huwelijk	549 BW	verlof
638c lid 2	benoeming onzijdig persoon voor akte splitsing appartementen	638c BW	verzoekschrift
lid 3	vaststelling salaris onz. persoon	638c BW	dubieus, uit verband te leiden verzoek
638 l	nietigverklaring besluit ver. v. eige- naren en machtiging ter vervanging toestemming	638 l lid 3 BW	
638r	beslissing geschillen wijze herstel ge- bouw	638 l lid 3 BW	verzoek
638s	machtiging tot opheffing splitsing, wijziging of aanvulling akte	638s lid 4 BW	verzoek
638t	machtiging sloping	638s lid 4 BW	verzoek
799	benoeming deskundigen tot bepaling afkoopprijs grondrenten	—————	dubieus
880 lid 3	in bezitstelling erfenis door staat	—————	dubieus
1026	bij erfstelling over de hand: benoe- ming bewindvoerder i.p.v. testamen- taire	1026 BW	op verzoek
1030	onder beheerstelling bezwaarde goe- deren, benoeming bewindvoerder	1030 BW	op verzoek
1032	verlof vervreemding of bezwaring on- roerende goederen	1032 BW	verlof na verhoor
1059	verlof verkoop onr. goed tot uitkering legaten	1059 BW	verlof
1067	voorziening in opvolging bewind	1067 BW	dubieus, rechtspr. nee aan van wel
1071	verlenging termijn beraad erven	1071 BW	dubieus, rechtspr. nee aan van wel
1073	verlof verkoop goederen, verrichten daden die geen uitstel dulden door zich beradende erfgenaam	—————	verlof
1074	voorschrijven maatregelen tot behoud goederen etc.	—————	op verzoek
1107	machtiging aanvaarding verworpen nalatenschap door schuldeiser	—————	dubieus, rechtspr. nee aan van wel
1117	benoeming onzijdig persoon	1117 BW	verzoekschrift
1118	benoeming deelvoogden	1118 BW	ambtshalve
1120	benoeming notaris boedelscheiding	1120 BW	verzoekschrift
1121	weigering goedkeuring ontwerp boe- delscheiding en beslissing op bezwa- ren tegen die weigering	1121 BW	beschikking, verzoek- schrift
1122	bevel verkoop onroerende goederen	1122 BW	na verhoor etc.
1124	benoeming deskundigen tot schatting goederen etc.	1124 BW	dubieus, wegens ana- logie aan te nemen
1128	benoeming bewaarder boedelpapieren	1128 BW	dubieus
1173	benoeming curator onbeheerde na- latenschap	1173 BW	op verzoek
1448	verlof in bewaringstellen verschuldig- de zaak	—————	dubieus, rechtspr. nee aan van wel
1576r	bevel teruggave bij voorraad in huur- koop overgedragen goed	125j Rv	verzoekschrift

337s	machtiging minderjarige tot opne-	1637s BW	op verzoek
339t	ming gelden uit spaarfonds vaststelling en wijziging afkoopsom	1639t BW	op verzoek
339w	i.p.v. herstel dienstbetrekking ontbinding arbeidsovereenkomst ge-	1639w BW	verzoek, beschikking
399	wichtige redenen voorschrijven maatregelen in belang	1699 BW	op verzoek
763	zedelijk lichaam verlof om in bewaring gegeven goed	—————	dubieus
773	op andere plaats in bewaring te stel- len sequestratie op rechterlijk bevel	—————	dubieus, rechtspr. neemt aan van wel

INHOUD

Hoofdstuk I: de civiele requestprocedure naar stellig recht	95
Gebruikte terminologie	95
Wettelijke grondslag	96
Onderscheid door rechtspraak	97
Geldende procesregels	99
1. De beschikking, vorm en inhoud	99
gebaseerd op uitdrukkelijke wetsbepaling	100
ambtshalve of op verzoek	101
bevoegde rechter	102
2. Het verzoek, de verzoeker	103
vorm en inhoud	103
verplichte vertegenwoordiging	104
3. De procesgang, incidentele voorschriften	104
toepasselijkheid regels gewone procedure	105
hoger beroep en cassatie	107
andere rechtsmiddelen	114
mindere lijdelijkheid rechter	114
Conclusies ten aanzien van procesregels	117
Rechtskracht der beschikkingen	120
Rechtskracht vonnis	120
Beschikkingen, kracht van gewijsde	120
minder rechtsmiddelen	121
nietigheid	122
bindende werking	125
mogelijkheid van wijziging	126
geen gezag van gewijsde	126
Hoofdstuk II: wanneer dient de requestprocedure te worden gevolgd?	127
De rechtspraak	127
De literatuur	131
Conclusie inzake het geldende recht	134

Toepassing der requestprocedure in de toekomst,	
geen vrije keus	134
moeilijkheid vinden materieel criterium	135
gevaar door invoering materieel criterium	138
formele criteria	140
eventuele wetswijzigingen	140
Hoofdstuk III: Postscriptum	141
Behoefte bindende richtlijn voor wetgever . . .	141
Requestprocedure niet te beschouwen als ver-	
eenvoudigde vorm van gewone procedure .	141
Voorkur gewone procedure, tenzij deugdelijke	
redenen	142
Enkele wensen voor wijziging van het procesrecht	144

Dient de wet algemene regelen te bevatten omtrent de gevallen, waarin de civiele rekestprocedure moet worden gevolgd, en zo ja, welke?

Praeadvies van Prof. Mr. A. P. Funke

„Een goed Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering is van oneindig meer belang dan goede voorschriften van stellig regt in het Burgerlijk Wetboek of Wetboek van Koophandel.”

De Pinto (1845)

... „een zoo verbrokkelde, vaak willekeurige, onduidelijke en onvolkomen regeling als die der vrijwillige rechtspraak”...

Petit (1940)

1. Inleiding

In zijn praeadvies „De grondslagen van het burgerlijk procesrecht”¹ schreef *Petit*: „Ik wil mij in dit bestek niet wagen aan de taak, een zoo verbrokkelde, vaak willekeurige, onduidelijke en onvolkomen regeling als die der vrijwillige rechtspraak naar hare grondslagen te beoordelen.”

Inderdaad laat die regeling wel iets te wensen over. Op verbetering daarvan is reeds jaren lang van vele zijden aangedrongen, o.a. door *Scholten*², *Meijers*³, *Van Rossem-Cleveringa*⁴, *Grosheide*⁵, *Suyling*⁶, en *Hugenholtz*⁷.

Het Bestuur van de N.J.V. heeft niet de vraag, *op welke wijze* de civiele rekestprocedure in de toekomst dient te

¹ Voor de Vereniging tot het bevorderen van de beoefening der wetenschap onder de Katholieken in Nederland, 1940, p. 41—42.

² Noten onder H.R. 21-8-1933, N.J. 1633 en 22-2-1935, N.J. 817.

³ Toelichting Ontwerp B.W. (p. 12): „...„wanneer, hetgeen zeer toe te juichen zou zijn, de requestprocedure in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een algemene en afdoende regeling zou krijgen.”

⁴ Deel I, 8e dr., p. 570: „Rechtszekerheid is in vormen van procedure zeer gewenscht” en in noot 1: „Wettelijke regeling dezer materie blijft dus dringend gewenscht, maar wordt door het ontwerp — Gratama van 1920 niet gebracht (M. v. T. p. 217).”

⁵ Praeadvies Ned. Adv. Ver. over de rekestprocedure (Adv. B. 1935, p. 118 v.).

⁶ *Int. Burg. Recht*, 1e st., 2e ged., p. 17.

⁷ Hoofddlijnen Ned. Burg. Procesrecht, 8e dr., 1958, p. 41.

worden geregeld, aan de orde gesteld. Hieromtrent heeft de Minister van Justitie Beerman in de Memorie van Antwoord inzake de begroting aan de Eerste Kamer (februari 1961) medegedeeld: „Een belangrijk onderwerp, waarvan hij t.z.t. de totstandkoming hoopt te bevorderen, is de regeling van de rekestprocedure. Een ontwerp hiervoor wordt opgesteld door de Staatscommissie voor de Burgerlijke Wetgeving.”

Hoe die regeling er uit zal zien, zal de toekomst moeten leren. Het ligt voor de hand te verwachten dat zij rekening zal houden met het in 1935 met algemene stemmen door de Advocatenvergadering bevestigend beantwoord vraagpunt 6⁸, luidende:

„Behoort de wetgever de requestprocedure te regelen in dien zin dat

- a. requestrant en belanghebbenden recht hebben op bewijslevering?
- b. requestrant en belanghebbenden bevoegd zijn, hun belangen mondeling door een advocaat te doen voordragen?
- c. de beslissing gemotiveerd moet zijn?
- d. incidenteel appel wordt toegelaten?
- e. interventie wordt toegelaten?
- f. maatregelen worden getroffen, dat alle belanghebbenden, die in de betreffende instantie zijn verschenen, kennis krijgen van dagtekening en inhoud der beschikking?
- g. ten aanzien van de proceskosten het bepaalde in de artt. 56, 57 en 58 Rv. kan worden toegepast?”

Zo lang de in de toekomst verborgen regeling zich nog niet gemanifesteerd heeft, zal de bestaande zeer gebrekkige regeling van de civiele rekestprocedure als uitgangspunt genomen moeten worden.

De strekking van de vraag van het Bestuur is volgens mij om te onderzoeken, of het gewenst is één of meer algemene bepalingen in de wet op te nemen, waarin men kan lezen of men ingeval van twijfel een rekest- dan wel een gewone procedure moet instellen.

Met mijn mede-praeadviseur is afgesproken dat zij zich

⁸ Adv. B. dec. 1935, p. 128 (ten rechte 159).

in hoofdzaak op het huidige en toekomstige Nederlandse recht zal concentreren en de verschillen tussen de gewone en de rekestprocedure zal behandelen, terwijl ik op mij genomen heb ook enige aandacht aan de geschiedenis en aan buitenlands recht te zullen wijden.

Daar de vraag betrekking heeft op de „civiele rekest-procedure”, heb ik mij afgevraagd, waar ik deze zou kunnen vinden. Ik ben er eerst naar gaan zoeken in Rv.

2. Artikel 1 Rv.

Lezing van art. 1 Rv. wekt de indruk dat er slechts dagvaardingsprocedures bestaan: „ELKE” (door de wetgever nog wel met hoofdletters geschreven) „regtsingang vangt aan met eene dagvaarding”...

In de wet van 1828 was de tekst: „ELKE regtsvordering wordt gedaan bij een exploit van dagvaarding”... De woorden „regtsvordering wordt gedaan bij” werden bij de wet van 10 mei 1837 vervangen door „regtsingang vangt aan met”, omdat een eis in reconventie en incidentele vorderingen rechtsvorderingen zouden zijn, die in een reeds bestaand geding ingesteld worden⁹.

Bij deze redenering werd m.i. over het hoofd gezien dat een eis in reconventie¹⁰ de aanvang van een nieuwe rechtsingang kan zijn, daar zij geen verband met de conventionele vordering behoeft te hebben. Ook incidentele vorderingen kunnen de aanvang van een nieuwe rechtsingang zijn.

Het is verwonderlijk dat het aanvangswoord van art. 1 reeds één en een kwart eeuw lang de argeloze rechtzoekende in strijd met de waarheid tracht wijs te maken dat elke rechtsingang met een dagvaarding begint¹¹. Het lijkt wel of de wetgever de rechtzoekende er direct op heeft willen

⁹ *Van den Honert*, Handboek voor de Burgerlijke Regtsvordering, 1839, p. 156.

¹⁰ Overgenomen van het oud-Hollands recht en onbekend in de Code de Procédure Civile; wel bekend in de Franse praktijk, in navolging van de oude Franse usantiën, volgens welke er echter verband tussen de vordering in conventie en reconventie moest zijn (*Van Rossem-Cleveringa*, aant. 1 op art. 250; zie voorts *Van den Honert*, p. 334–336, *Hugenholtz*, Over reconventie, 2e dr., p. 5 v.).

¹¹ Art. 48 Consulaire wet bepaalt in lid 1: „Elke regtsingang” „vangt aan met een verzoekschrift”, maar geeft reeds in het derde lid de onjuistheid van die stelling toe: „Het verzoekschrift kan

attenderen dat het in de burgerlijke procedure niet steeds om de waarheid, althans niet om de materiële of de absolute waarheid, gaat ¹².

De Ned. Ind. wetgever heeft reeds in 1847 een betere formulering gekozen (Art. I Regl. Rv.): „Elke regtsingang, welke daarvan niet bepaaldelijk is uitgezonderd, vangt aan met eene dagvaarding”...

In 1838 waren er nog niet veel rekestzaken; de procedure, waarbij de „regtsingang” met een rekest „aanvangt”, overtreffen *tegenwoordig* naar mijn schatting ¹³ de dagvaardingszaken in aantal.

De rechtsingang vangt voorts nog op tal van andere wijzen aan, zoals: ambtshalve ¹⁴, mondeling verzoek aan Kantonrechter ¹⁵, aanmelding van partijen bij Kantonrechter (art. 43 R.O. ¹⁶), vrijwillige verschijning voor de President in kort geding (290 Rv.), verwijzing door rechter-commissaris naar terechtzitting van de Rechtbank ¹⁷ (b.v. 320 i, 320 l, 486, 558 Rv., 122 F.W.), mondeling verzoek aan Rechtbank (b.v. eigen aangifte faillissement, artt. 1 en 4 F.W.), vordering O.M. (b.v. tot faillietverklaring, art. 1

worden vervangen door eene mondelinge verklaring” Waarom dan niet direct bepaald: Elke rechtsingang vangt aan met een verzoekschrift of een mondelinge verklaring?

¹² De Duitse wetgever verlangt de waarheid en niets dan de waarheid ook van partijen krachtens § 138 lid 1 ZPO: „Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß anzugeben”, maar ook deze waarheid „kann nur die persönliche Wahrheit meinen; die sächliche ist der Partei oft unbekannt”. (*Baumbach-Lauterbach*, ZPO, 25e dr., 1958, p. 280, die eraan toevoegt (p. 281): „Die Partei ist nicht verpflichtet mehr zu offenbaren als ein Zeuge; sie braucht namentlich nichts zu erklären, was ihr zur Unehrre gereicht oder eine Strafverfolgung herbeiführen könnte”).

¹³ De op rekest afgegeven dwangbevelen van het Besluit ter vergemakkelijking van de inning van kleine geldvorderingen van 1942 reken ik daarbij tot de rekestzaken. De aantallen daarvan (ontleend aan „Justitiële Statistiek”) zijn zeer imponerend: 1956: 43.949; 1957: 50.546; 1958: 63.411; 1959: 60.292 ($\pm$ 5% minder dan 1958).

¹⁴ B.v. artt. 393, 401 B.W. (benoeming voogd en toezienende voogd), 446 B.W. (vaststelling schade en veroordeling voogd tot vergoeding), 660 Rv. (verzegeling).

¹⁵ *Van Brakel en Jonker*, Handboek Kantongerecht, 1954, p. 96.

¹⁶ Wordt beschouwd als een gewone met een vonnis eindigende procedure, H.R. 23-6-1893 W. 6365, 18-6-1926, N.J. 1235, 16-12-1926, N.J. 1927, 285, *Van Brakel en Jonker*, a.w., p. 15-16.

¹⁷ C.q. verwijzing door raadsheer-commissaris naar terechtzitting Hof (*Jansen*, Executie en Beslagrecht, p. 482 ad art. 486 Rv.).

F.W.¹⁸, tot ontheffing of ontzetting van de ouderlijke macht (374 a en d B.W.) of voogdij (423, 420 B.W.), tot bekrachtiging toevertrouwing kinderen aan de raad voor de kinderbescherming (374 f, 421 a B.W.¹⁹), eis in reconventie²⁰, verzoek in reconventie²¹, enz.

Hoe zijn de aanvangswoorden van art. 1 Rv. te verklaren? M.i. als een reactie op het oud-Hollandse en Franse recht.

Oud-Hollands recht

In het oud-Hollands recht moest de eiser zich eerst met een rekest tot het Hof van Holland wenden om toestemming tot dagvaarding te verzoeken.

Rombout *Hogerbeets*²² heeft in zijn verhandeling „Van het aenleggen ende volvoeren der Processen voor de Respectieve Hoven van Justitie in Holland. Korte Inleydinghe tot de Practijcke”²³ vastgelegd, hoe het aanleggen van een proces voor het Hof van Holland voorbereid werd: „Voor eerst wordt ingesteld een Request, het welk (gelijk alle volgende schrifturen) bij²⁴ een Advocaat moet geteykent

¹⁸ Mondeling of schriftelijk (dit laatste is gebruikelijk volgens N. J. Polak, *Faillissement en surséance van betaling*, 6e dr., 1960, p. 44).

¹⁹ Schriftelijk (901 jo. 900 Rv.).

²⁰ In Rv. alleen vermeld inzake procedures Rechtbanken, Hoven en H.R. in eerste aanleg (250 Rv.), in de praktijk ook bekend in de Ktg-procedure, zelfs, indien een rechtmatig belang van de wederpartij zich daartegen niet verzet, bij dupliek (*Coops-Westerouen van Meeteren*, *Grondtrekken Ned. Burg. Procesrecht*, 7e dr., 1957, p. 194, Rb. Assen 7-4-1959, N.J. 1960, 196, enz.).

²¹ Hof Den Haag 24-9-1951, N.J. 1952, 349 (inzake procedure van art. 828 a Rv.).

²² 1561—1625, is advocaat, pensionaris van Leiden en raadsheer in de Hoge Raad (1596—1617) geweest, heeft met Hugo en diens broer Willem de Groot gevangen gezeten op Loevestein (*Zeylemaker*, *Geschiedenis van de wetenschap van het burgerlijk procesrecht (praktijkrecht) in Nederland tot 1813*, 1952, p. 105 v.; *Meijers*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, I, p. 409).

²³ 1631, vele malen herdrukt (als toevoeging aan de „Inleydinge tot de Hollandsche Rechts-geleertheit beschreven bij Hugo de Groot”) o.m. in 1641, 1644, 1652, 1657, 1727, 1767.

²⁴ Het woord „bij” in de betekenis van „door” wordt nog steeds in ere gehouden in de arresten en beschikkingen van de H.R.: „Gedaan (c.q. „Gedaan en gewezen”) bij de Heren President, en Raden”, enz.

zijn, daer van in 't narré²⁵ de gelegentheyten van de zake voorgesteld, ende by de conclusie de provisie van Justitie verzogt word, die tot bekominge ende voorstand van des Supplicants goed recht is dienende. Deze Requeste wordt bij een Procureur²⁶ gepresenteert, ende de Commissarissen van de Rolle, ofte in zware zaeken 't Collegie van den Rade, verlenen daer op zodanige Apostille, als na rechten en style van den Hove bevonden wordt te behooren." Enz.

De Hoven van Justitie waren „altijd gewoon hun best te doen, om de Processen in derzelver geboorte te smooeren²⁷ en „ordonneerden" te dien einde verzoeningscomparities.

De Franse verzoeningsprocedure (1790–1949)

Niemand minder dan *Voltaire* heeft zich volgens *Boitard*²⁸ omstreeks 1750, met enige literaire vrijheid, in de navolgende enthousiaste (zij het voor de toenmalige balie niet vleiende) bewoordingen over de Hollandse verzoeningsprocedure uitgelaten: „La meilleure loi, le plus excellent usage, le plus utile que j'aie jamais vu, c'est en *Hollande*. Quand deux hommes veulent plaider l'un contre l'autre, ils sont obligés d'aller d'abord au tribunal des *conciliateurs*, appelés *faiseurs de paix*. Si les parties arrivent avec un avocat et un procureur, on fait d'abord retirer les derniers comme on ôte le bois d'un feu qu'on veut éteindre. Les *faiseurs de paix* disent aux parties: Vous êtes de grands fous de vouloir manger votre argent à vous rendre mutuellement malheureux: nous allons vous accommoder sans qu'il vous en coûte rien."

Deze uitspraak heeft er, naar *Boitard* vermeldt, toe bijgedragen dat in 1790 in Frankrijk de verzoeningsprocedure voorgeschreven werd onder de leuze „*Mauvais accommodement vaut mieux que bon procès*." In de *Code de procédure Civile* (1806) werd deze vóórprocedure neergelegd

²⁵ Feitelijke uitzetting.

²⁶ Dubbele rechtsbijstand! Zie ook *Merula*, *Manier van Procederen*, ed. 1761, p. 333, n. 2 en *Van der Linden*, *Judiciele practijc*, I, 1794, p. 111. Het aantal procureurs bij het Hof van Holland was beperkt tot 16 (*Willem de Groot*, *Inleyding tot de Practijc van den Hove van Holland*, 1656, 2e dr. 1667, p. 13).

²⁷ *Van der Linden*, a.w., p. 113–114.

²⁸ *Boitard*, *Leçons de Procédure Civile*, bewerkt door Colmet-Daage en Glasson, I, 15e dr., 1890, p. 73.

in de eerste titel „De la conciliation” van deel I, boek 2. Zij moest voor de juge de paix gevoerd worden (art. 48 oud), maar er waren vele uitzonderingsgevallen (art. 49 oud). Deze verplichte verzoeningsprocedure, waarvan de Haarlemse rechter *van Voorst* reeds in 1827 schreef²⁹, dat zij weinig meer was dan een blote formaliteit, die zowel vermeerdering van kosten als vertraging van het proces te weeg bracht, is bij ons in 1838 en in Frankrijk pas in 1949³⁰ afgeschaft³¹.

Ook het Wetboek op de Regterlijke Instellingen en Regtspleging in het Koninkrijk Holland (1809, nooit in werking getreden) schreef een rekest ter verkrijging van verlof tot dagvaarding en een verzoeningscomparitie voor.³²

De ontwerpers van art. 1 Rv. wilden door de aanvangswoorden duidelijk doen uitkomen dat de eiser geen voorafgaande toestemming tot dagvaarding nodig had. „Dit artikel alreeds strekt tot bewijs, dat het Ontwerp de strekking niet heeft, om de regtsvormen der oude Hollandse Praktijk” ... „opnieuw in te voeren”, schreef *Lipman*.³³

Uit het bovenstaande blijkt dat de wetgever van 1838 niet van een aan de dagvaarding voorafgaande verplichte rekestprocedure wilde weten.³⁴ Dit bracht hij in art. 1 op

²⁹ Iets over het Ontwerp van Wetboek van Burgerlijke Regtspleging, p. 18.

³⁰ Onze wetgever is de Franse dus meer dan een eeuw voor geweest. Dit geldt ook voor het (zij het gebrekkig) regelen van appel inzake rekestprocedures (art. 6 van de Franse wet van 15 juli 1944 inzake de „chambre du conseil” bepaalt dat appel mogelijk is „en toutes matières, même gracieuses”) en voor de afschaffing van de „kamer der rekestten” van de H.R. Deze stond in de oorspronkelijke tekst van R.O. (wet van 18 april 1827 St. 20) maar is in 1837 geschrapt (de „chambre des requêtes” van de Cour de Cassation is in 1947 afgeschaft).

³¹ De „juge de paix” heeft zijn bestaan nog weten te rekken tot 2 maart 1959, op welke datum hij van het Franse rechtstoneel verdwenen is. Zijn rol is overgenomen door de „juge du tribunal d'instance”, terwijl de „tribunal de première instance” vervangen is door de „tribunal de grande instance”.

³² Artt. 559–564, afgedrukt op p. 2–5 van de „Aanmerkingen op het Ontwerp van Wetboek van Burgerlijke Regtspleging”, 1827, van de Amsterdamse advocaat *Lipman*.

³³ Met betrekking tot de tekst van 1827: „Elke regtsvordering wordt gedaan bij een exploit van dagvaarding” (a.w., p. 1).

³⁴ Behalve in de uitzonderingsgevallen, zoals echtscheiding, scheiding van tafel en bed, enz.

zodanige wijze tot uiting dat zelfs het bestaan van de zelfstandige rekestprocedure genegeerd werd. Deze negatieve houding hield hij tot aan art. 345 vol.³⁵

Lex generalis

Door de rechtspraak is art. 1 terecht als een *lex generalis* opgevat. Dat de regel, dat elke rechtsingang met een dagvaarding aanvangt, moet wijken voor de in de wet bepaalde andere gevallen van rechtsingang, is o.a. beslist door H.R. 21-12-1931, N.J. 1932, 427 (E.M.M.).³⁶

De wetgever van 1838 was zo zeer van de dagvaarding vervuld dat hij het gewone proces tot in finesses³⁷ regelde, maar geen algemene regels voor de rekestprocedure in eerste aanleg gegeven heeft. Het gevolg hiervan is geweest een grote onzekerheid, zelfs over de meest elementaire vragen, een onafzienbare rij beslissingen over allerlei formaliteitskwesties en een nog steeds ten aanzien van allerlei punten onbevredigende situatie.

In zoverre kan de wetgever van 1838 zijn handen in onschuld wassen, dat zijn voorganger en voorbeeld, de Franse wetgever, de rekestprocedure eveneens ongeregeld heeft gelaten, hetgeen tot „difficultés presque insurmontables”³⁸ geleid heeft.

3. Hoger beroep (art. 345 Rv.)

In één opzicht heeft de wetgever van 1838 zich een betere bouwmeester getoond dan zijn Franse voorganger van 1806. Al heeft de Nederlandse wetgever verzuimd de

³⁵ Het op rekestprocedures betrekking hebbende lid 3 van art. 288 b Rv. („De verwijzing van eene zaak, welke niet ter rolle is gebracht, geschiedt door toezending van het verzoekschrift”) dateert (ondanks de tweede „g” in „gebracht”) van 1932 (stond toen in art. 288 a; de oorspronkelijke versie is van 1909).

³⁶ De aanvangswoorden van art. 1 Rv. hebben de H.R. eens verleid tot de woordspeling dat elke rechtsingang wel met een dagvaarding aanvangt maar dat elke dagvaarding nog geen rechtsingang is (9-10-1885 W. 5215) en *De Pinto* tot de stelling: „Wat dus het artikel zegt, dat elke rechtsingang aanvangt met eene dagvaarding, is alleen waar voor die zaken, welke bij dagvaarding worden aanhangig gemaakt” (Rv. II, 1845, p. 32).

³⁷ De conclusies moeten door de *procureurs* worden „voorgedragen” (artt. 140, 141, 145 Rv.) en door *partijen* vóór de aanvang der pleidooien worden „voorgelezen” (Regl. I, art. 45).

³⁸ *Japiot*, *De la juridiction gracieuse* (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1914, p. 343; dit artikel is ook opgenomen in zijn *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*).

zelfstandige rekestprocedure gelijkvloers „aan te leggen”, hij heeft niettemin het grote kunststuk uitgehaald wel de eerste verdieping te construeren, zij het ook een zeer wankele.

Dit is pas in 1837 geschied. Aanvankelijk werd de volgende tekst voorgesteld: „Het hooger beroep van beschikkingen op requesten wordt aan den hoogerem regter insgelijks bij requeste aangebracht”, met de toelichting: „Daar het zeer dikwijls gebeurt dat bij de regtbanken van eersten aanleg beschikkingen worden gegeven op requesten, welke geene eigenlijk gezegde regtsgedingen betreffen en iemand bij zoodanige beschikking zoude kunnen bezwaard zijn, heeft men begrepen het regt van hooger beroep daarvan niet te moeten uitsluiten, maar dat beroep insgelijks te moeten aanbrengen bij request.”³⁹

De eerste afdeling merkte hierover op: „Deze vonnissen worden in den regel niet geïnsinueerd; wanneer begint nu de termijn van appel te loopen? Men zoude eene slotbepaling in dit artikel kunnen bijvoegen: binnen drie maanden na dagteekening der beschikking”, waarna bij de wet van 10 mei 1837 de huidige tekst tot stand kwam, met dit verschil dat de appeltermijn drie in plaats van twee maanden bedroeg.⁴⁰

De door de tweede afdeling gestelde vraag: „of dit request door eenen procureur moet worden ondertekend?” werd onbeantwoord gelaten.⁴¹

³⁹ *Van den Honert*, p. 394.

⁴⁰ Bij de wet Hartogh van 1896 werd de appeltermijn van art. 345 van drie tot twee maanden verkort, met de simpele toelichting: „Een termijn van twee maanden komt den ondergeteekende voldoende voor” (*Belinfante I*, p. 38). Aan „sommige leden”, die tegen de verkorting bezwaar hadden, werd geantwoord „dat voor bedoelde beschikking een termijn van twee maanden voldoende geacht kon worden” (*Belinfante I*, p. 111).

⁴¹ *Van den Honert*, i.a.p. Door deze negatieve houding van de toenmalige Regering is het nodig geworden deze vraag op de rug der justitiabelen in vele procedures uit te vechten. De rechterlijke macht heeft de algemene regel opgesteld dat bij de colleges vertegenwoordiging door een procureur (advocaat) vereist is, tenzij de wet anders bepaalt (o.a. H.R. 9-3-1906, W. 8346, 1-10-1931, N.J. 1458, 27-11-1959, N.J. 1960, 96, voor cassatie H.R. 28-1-1943, N.J. 256). Zie voor gevallen van zonder rechtsbijstand (op grond van art. 16 D Kieswet, resp. art. 31 wet van 1909 ter uitvoering van het Rv. verdrag van 1905) ingediende cassatierekestten: H.R. 10-6-1955, N.J. 563 en 17-4-1958, N.J. 304.

Art. 345, tweede lid, Rv.

Van den Honert vermeldt niet wie de auctor intellectalis geweest is van het onderscheid, dat art. 345, lid 2, maakt tussen „degeen, die zodanige beschikking heeft verkregen” (die moet appelleren binnen twee maanden na de *dagtekening* der beschikking) en „de overige belanghebbenden” (die binnen twee maanden na de *betekening* der beschikking hoger beroep moeten instellen). Een vage uitdrukking als „overige belanghebbenden” doet de rechtszekerheid geen goed en verschaft de rechterlijke macht veel werk.

Voor iedere soort beschikkingen moet uit de daarmede in verband staande bepalingen worden afgeleid wie „de overige belanghebbenden” zijn.⁴²

Bij nieuwe rekestprocedures moet dus onvermijdelijk nieuwe jurisprudentie ter zake volgen, tenzij de wetgever deze kwestie afwijkend van art. 345 geregeld heeft. Dit is b.v. geschied in art. 975 en 982 Rv. inzake adoptie, maar alleen voor hoger beroep. Op cassatie in adoptiezaken zijn de artt. 428 en 429 Rv. toepasselijk (artt. 976 en 983 Rv.), waardoor het tweede lid van 345 Rv. met al zijn vaagheid weer een rol gaat spelen (Zie *Rutten*, Burgerlijke Rechtsvordering, Wijzigingen vanaf 1952, p. 200—201).

De vraag, wie een beschikking „verkregen” hebben, heeft ten slotte geleid tot het volgende antwoord van de „constante rechtspraak”⁴³: „degenen, die in een der vorige instanties verschenen zijn”.⁴⁴

⁴² H.R. 23-4-1857, W. 1849; 7-6-1901, W. 7615; 10-11-1910, W. 9085 (Zie het voortreffelijke boek van *Veegens*, Cassatie in burgerlijke zaken, 1959, p. 253, met vermelding van enige „staaltjes uit de casuïstiek”).

⁴³ *Veegens* (p. 252—253) vermeldt de laatste jurisprudentie. Zie ook *Rutten*, p. 200.

⁴⁴ Vgl. art. 426, lid 1, van het Cassatie-Ontwerp van 1951: „Tegen beschikkingen op request kan beroep in cassatie worden ingesteld door degenen, die in een der vorige instantiën verschenen zijn, binnen twee maanden na dagtekening der beschikking en binnen twee maanden na derzelver betekening door de overige belanghebbenden.” Ik vraag mij wel af of zodoende aan „de overige belanghebbenden” niet te veel eer bewezen wordt. Zouden zij bij appel en cassatie niet geschrapt kunnen worden? Tegelijkertijd zou dan de mogelijkheid van derdenverzet tegen beschikkingen geopend moeten worden, zoals in de Ontwerpen-1865 en -1920 voorgesteld is (*Van Rossem-Cleveringa* I, p. 607, n. 1.).

Appellabiliteit

Art. 345 bepaalt niet dat belanghebbenden in hoger beroep kunnen komen van in eerste ressort gewezen beschikkingen, zoals art. 332 ten aanzien van vonnissen van kantonrechters, rechtbanken en hoven bepaalt. Het kent het recht van hoger beroep niet uitdrukkelijk toe, maar veronderstelt wel de mogelijkheid daarvan, overwoog de H.R. op 17-5-1866, W. 2810, tevens een (zwak) beroep doende op de woorden „in eersten aanleg” van art. 53 R.O.⁴⁵

Met *Van Rossem-Gleveringa* (aant. 2 op art. 345) en *Veegens* (p. 250) ben ik het eens dat in de wet R.O. geen fundering voor de appellabiliteit van beschikkingen te vinden is.⁴⁶

Vaste rechtspraak is thans dat van beschikkingen op rekesten in het algemeen hoger beroep open staat, tenzij de wet het uitsluit of de aard der beschikking het niet toelaat (o.a. H.R. 8-10-1925, N.J. 1221; 30-1-1933, N.J. 453 (E.M.M.); 9-4-1934, N.J. 1284 (P.S.)).⁴⁷

Deze formule is een onuitputtelijke bron van procedures. Op één wetsartikel gebaseerde beschikkingen kunnen onderling van aard verschillen. Het is dus moeilijk te weten waar men aan toe is. Zoals *Scholten* het uitdrukte in zijn noot onder H.R. 9-4-1934, N.J. 1284: „Bovendien bepaalt somtijds de inhoud van de beschikking de mogelijkheid van hooger beroep, is deze nu eens wel, dan weer niet daaraan onderworpen.” De appellabiliteit kan er van

⁴⁵ De H.R. heeft bij beschikking van 23-1-1919, N.J. 262, een beroep op art. 53 R.O. ingeval van „extra-judicieele werkzaamheden” verworpen.

⁴⁶ *Kingma Boltjes* spreekt van een ongeschreven regel, waarop de bevoegdheid van de appelrechter om van een tegen een beschikking ingesteld appel kennis te nemen door de H.R. gegrond wordt (De Rechtspraak van de Hoge Raad inzake de ongeldigheid, anders dan wegens vormgebreken, van rechterlijke beschikkingen, Themis 1952, p. 312, n. 3).

⁴⁷ Bij beschikking van 24-4-1959, N.J. 582, heeft de H.R. beslist „dat de wetgever voorts geacht moet worden de uitsluiting van het hoger beroep te hebben gewild voor de gevallen, waarin de aard van de beschikking in verband met de schorsende kracht van het beroep het beroep niet gedooft”. *Veegens* stelt hiermede op p. 251 (zie n. 2) bij vergissing op één lijn: H.R. 20-4-1923, N.J. 721 (waarbij beslist is dat bij de „administratieve beschikking” van art. 239 (oud) (thans 250) F.W. art. 345 Rv. niet van toepassing is) en H.R. 11-5-1931, N.J. 1617 (zie hieronder p. 226).

afhangen, of het verzoek al dan niet is ingewilligd; of de beschikking om deze of gene reden is genomen, enz. (*Van Rossem-Cleveringa*, I, p. 569, n. 7). Moge de wetgever ons van deze onzekerheid verlossen b.v. door te bepalen dat hoger beroep toegestaan is, tenzij de wet anders bepaalt.

De andere mogelijkheid, om het appel over de gehele linie uit te sluiten tenzij het uitdrukkelijk is toegekend ⁴⁸, lijkt mij minder aantrekkelijk. Wel ben ik er voor om het de *minimis non curat praetor* op hoger beroep toe te passen (Zie b.v. art. 125 j. lid 6 Rv.: Tegen de beschikking van de Kantonrechter (inzake de teruggave bij voorraad van een in huurkoop overgedragen zaak) staat hoger beroep open indien de gehele koopprijs meer dan f 50,— beloopt).⁴⁹

„De aard van het geding”

Zoals de H.R. met betrekking tot art. 345 Rv. van de aard der beschikking spreekt, wordt de aard van het geding een rol toebedeeld in art. 182 van het Ontwerp Bewijsrecht van de Staatscommissie voor de burgerlijke wetgeving (1959), luidende:

„De bepalingen van de vijfde tot en met de negende afdeling A van deze titel vinden ten aanzien van gedingen in oneigenlijke rechtspraak en in kort geding overeenkomstige toepassing voorzover de aard van deze gedingen zich daartegen niet verzet.” Men behoeft geen Cassandra te zijn om te kunnen voorspellen dat dit artikel, gezien de verschillende geaardheden van de honderden soorten rekest-procedures (die bovendien ieder op zich zelf anders van aard kunnen zijn) in navolging van art. 345 Rv. wel enige jurisprudentie zal uitlokken.⁵⁰

⁴⁸ Zoals op beperkt terrein geschied is in art. 910 Rv., 282 F.W., enz.

⁴⁹ In het Cassatie-Ontwerp wordt de thans bestaande mogelijkheid van cassatie tegen niet aan hoger beroep onderworpen Kantongerechtsbeschikkingen (H.R. 8-4-1949, N.J. 510 (D.J.V.)) beperkt (artt. 426, lid 3, jo. 406).

⁵⁰ C. H. Beekhuis (Het nieuwe Ontwerp Bewijsrecht, Themis 1960, p. 598) acht een consequentie van het voorgestelde art. 182, dat de rechter, wanneer hij zich in rekestprocedures met bewijs gaat bezig houden, de bepalingen van het bewijsrecht in acht zal moeten nemen en b.v. getuigen zal moeten beëdigden. Ik ben geneigd het art. anders

Zou het niet mogelijk zijn om ten bate van de rechtszekerheid in de wet concreet vast te leggen welke bepalingen van het nieuwe bewijsrecht ook voor rekestprocedures zullen gelden en welke niet?

4. *Revisie (art. 364 jo. 345 Rv.)*

De wetgever van 1838 heeft in art. 364 (revisie) verwezen naar art. 345. Hieruit volgt dat revisie van in eerste aanleg door de H.R. genomen beschikkingen denkbaar is.

Zodanige beschikkingen inzake rechtswegering zijn volgens art. 360 niet voor revisie vatbaar.

Beschikkingen in eerste aanleg van de H.R. komen voor ingeval minderjarigen, die twintig jaar oud zijn, brieven van meerderjarigverklaring verzoeken. Revisie daarvan acht de H.R. echter niet mogelijk (beschikking van 9-1-1929, N.J. 375 (P.S.), waarbij de vraag of in het algemeen tegen door de H.R. in eerste aanleg gegeven beschikkingen revisie open staat in het midden is gelaten).⁵¹ Zie hierover *Van Rossem-Cleveringa* ad art. 364.

Revisie is denkbaar ten aanzien van beschikkingen in eerste aanleg van de H.R. inzake de wet van 1925 (gewijzigd in 1956) tot herziening of vervallen verklaring van bij erfstelling of legaat gemaakte bedingen⁵² en inzake art. 20 jo. 12 van de Vreemdelingenwet.

5. *Cassatie (artt. 428—429 Rv.)*

In iedere cassatiezaak werd vroeger (van 1838 tot 1876) niet gedayvaard maar gerekestreerd.

Bij de oorspronkelijke opzet van de H.R. zou er zelfs, in navolging van de Franse „chambre des requêtes”,

te lezen: de aard van een bepaalde rekestprocedure zou kunnen medebrengen dat sommige bepalingen wel en andere niet toegepast worden, b.v. dat wel getuigen gehoord worden maar zonder eedsaflegging.

⁵¹ In het nieuwe B.W. zijn de brieven van meerderjarigverklaring geschrapt. De Toelichting geeft als reden op (p. 90): „Sinds de leeftijdsgrens der meerderjarigheid tot 21 jaar is verlaagd, hebben deze brieven” „geen zin meer.”

⁵² Zie *Van Rossem-Cleveringa* ad art. 364, n. 2 en *F. J. de Jong*, Het in het leven roepen van een stichting bij testament, *Bundel Het Testament*, 1951, p. 111.

een „kamer der rekesten” van de H.R. zijn, die alle cassatierekestten voorlopig zou onderzoeken. Indien de voorgestelde cassatiemiddelen niet-ontvankelijk of ongegrond geacht werden, zou het rekest van de hand gewezen worden. Was dat niet het geval, dan zou het rekest aan de wederpartij medegedeeld worden en de cassatieprocedure verder worden afgewikkeld en beslist door de andere kamer van de H.R. Een en ander was reeds in enige wetten van 1827 en 1828 vastgelegd.⁵³

De H.R. zou oorspronkelijk⁵⁴ bestaan hebben uit één president, twee vice-presidenten en 20 raadsheren (art. 85 van de wet van 18 april 1827, St. 20). Na de afscheiding van België werd bij de herzieningswet van 28 april 1835 het aantal vice-presidenten gehalveerd en het aantal raadsheren teruggebracht tot ten minste twaalf en ten hoogste veertien.⁵⁵

Door deze vermindering van het aantal raadsheren was het niet mogelijk de rekestkamer te handhaven; zij verdween in 1837 uit de wetgeving.⁵⁶

Maar niettemin werd er (van 1838 tot 1876) in iedere cassatiezaak gerekestreed. Het beroep in cassatie ving (naar Frans voorbeeld) aan met het ter griffie van de H.R. consigneren van een boete van f. 100.—⁵⁷, gevolgd

⁵³ *Van den Honert*, p. 103, 104, 105, 431, 440—441.

⁵⁴ *Van den Honert*, p. 94—95.

⁵⁵ Blijkens de wet op de samenstelling van de burgerlijke gerechten van 1957 telt de huidige H.R. één president, ten hoogste twee vice-presidenten en ten hoogste 17 raadsheren. Het is wel opmerkelijk, gezien het sterk gestegen aantal justitiabelen in Nederland, dat het aantal raadsheren (thans 16) zo weinig is toegenomen, waarbij nog komt dat de H.R. vroeger geen afzonderlijke belastingkamer had (De eerste belastingzaak van de H.R. dateert van 1915, terwijl de belastingkamer op 1 sept. 1919 geboren werd. Vide *Nypels*, De Belastingkamer, *Bundel Tijd en Vlijt*). Ter vergelijking moge dienen dat de Franse Cour de Cassation in 1800 48 leden telde en sinds 1952 (voor zover ik heb kunnen nagaan) bestaat uit één „premier président”, vijf „présidents de chambre” (vier civiele kamers en één strafkamer) en 77 „conseillers” (15 per civiele kamer en 17 in de strafkamer).

⁵⁶ *Van den Honert*, p. 95, 431, 442.

⁵⁷ Bij verwerping van het verzoek in cassatie werd de „aanlegger” in die boete veroordeeld (art. 428 (oud) Rv.). De boetebepalingen, die o.a. ook bij rechtsweigeren, derdenverzet en rekest civiel voorkwamen, zijn in 1869 geschrapt. In Frankrijk is het consigneren van boete in cassatie pas in 1956 afgeschaft, maar de eiser in cassatie, wiens beroep verworpen wordt, kan nog steeds tot betaling van

door het overleggen van een memorie in de vorm van een verzoekschrift inhoudende de cassatiemiddelen, enz.

Bij de wet van 26 juni 1876 (St. 124) werd voor gewone zaken de dagvaarding in cassatie ingevoerd.⁵⁸ Als reden hiervoor gaf de Regering o.a. op dat de praktijk van de memories „breede schrifturen heeft gemaakt, met overzichten van feiten en procedures, die overbodig mogen worden geacht, en met min of meer uitgebreide regtsgeleerde betoogen, die geheel aan de mondelinge voordracht kunnen worden overgelaten”.⁵⁹

Voor rekestprocedures werd een regeling getroffen in artt. 428 en 429. De Memorie van Toelichting vermeldde ten deze bij de algemene beschouwingen: Art. 345 Rv. „bevat eene regeling der wijze waarop, en den termijn binnen welken in zaken van vrijwillige jurisdictie het hooger beroep moet worden ingesteld. Dergelijke regeling ontbreekt geheel voor de procedure in cassatie en daar nu toch, *volgens art. 95 in verband met art. 99 Regterlijke Organisatie*, het beroep in cassatie open staat tegen alle *handelingen van den lagere regter* en dus ook tegen *beschikkingen op request* in het hoogste ressort gewezen, schijnt de gevolgtrekking niet gewaagd, dat dit beroep niet anders dan op de gewone en voor deze zaken zeker veel te omslagtige en kostbare wijze kan worden ingesteld en vervolgd. De praktijk moge dien weg nu niet altijd volgen, zeker is het dat eene eenvormige en eenvoudige regeling der procedure in cassatie in zaken van vrijwillige jurisdictie ontbreekt, en dat de wenschelijkheid om ook deze leemte aan te vullen niet kan worden ontkend”; en bij de artt. zelf: „De daarbij voorgeschreven procedure is gelijk aan die voor het hooger beroep in die zaken. Voor 's Raads beslissing gelden dezelve voorschriften als voor zaken van contentieuze juris-

boete aan de staat en van schadevergoeding aan de tegenpartij veroordeeld worden.

⁵⁸ In Frankrijk begint de cassatieprocedure nog met een ter griffie in te dienen rekest, waarna de griffier aan de wederpartij bij aangetekende brief (met bericht van ontvangst) kennis geeft van het ingestelde beroep in cassatie.

⁵⁹ Blijkens het V.V. d.d. 4-2-1957 inzake het Cassatie-Ontwerp hebben „vele leden” v. d. Vaste Commissie voor Justitie betoogd dat de beoordeling van de vraag, of „schending van het recht” heeft plaats gehad, zich „veel meer voor een schriftelijke dan voor een mondelinge behandeling” leent.

dictie. Een en ander behoeft dus geen nadere toelichting."

Uit de door mij gecursiveerde woorden blijkt dat „beschikkingen op request" volgens de opvatting van de Regering van 1876 onder „handelingen" van artt. 95 en 99 R.O. vallen. Dit komt overeen met de opvatting van de Regering van 1835.⁶⁰ Artt. 95 en 99 R.O. vormen dus een fundering van het cassatieberoep in rekestprocedures⁶¹ (welk steunpunt bij het hoger beroep ontbreekt).

Art. 179 Grondwet geeft de H.R. het recht „handelingen, beschikkingen⁶² en vonnissen" te vernietigen. Hoe het te verklaren is dat het daarmee corresponderende art. 99 R.O. alleen spreekt van „handelingen, arresten en vonnissen", is mij niet gebleken.

Cassatie-Ontwerp (artt. 99, 100, 102 R.O.)

In het bij de Tweede Kamer aanhangige Cassatie-Ontwerp is een nieuwe tekst van art. 99 R.O. voorgesteld, waarin echter de aanvang gelijk blijft: „De Hoge Raad vernietigt de handelingen, arresten en vonnissen." Aanpassing aan art. 179 Grondwet door in die zinsnede het woord *beschikkingen* op te nemen lijkt mij aanbevelenswaardig.⁶³

Het woord „uitspraak" in het voorgestelde laatste lid van art. 99 R.O. zou dan door „uitspraak of beschikking" vervangen kunnen worden. Twee categorieën beschikkingen vallen m.i. onder „uitspraak", te weten die, welke de

⁶⁰ Van den Honert, p. 101; Veegens, p. 250 (Veegens schrijft op p. 252 „Cassatieberoep tegen handelingen van rechters is uiterst zeldzaam" maar uit het zinsverband en de twee door hem vermelde gevallen blijkt dat hij daarmee handelingen in enge zin op het oog heeft).

⁶¹ H.R. 22-12-1922, N.J. 1923, 362 (tevens met een beroep op art. 165 (thans 179) Grondwet); zie ook (implicite) H.R. 8-4-1949, N.J. 516 (D.J.V.) en 15-3-1951, N.J. 260.

⁶² Het woord beschikkingen in genoemd Grondwetsartikel dateert van 1848 (art. 162); in de Grondwetten van 1814, 1815 en 1840 stond „disposities" (resp. artt. 107, 180, 178). Vgl. de woorden „In gevalle een vonnis of andere regterlijke dispositie door den Hoogen Raad vernietigd wordt" in art. 11 van een ontwerp R.O. 1820, geciteerd door Veegens (p. 32).

⁶³ Tevens zou art. 95 R.O. met het woord „beschikkingen" aangevuld kunnen worden.

wet vonnis⁶⁴ noemt en die, welke volgens wettelijk voorschrift ter openbare terechtzitting moeten worden uitgesproken. De overblijvende categorie wordt in raadkamer genomen of gegeven (spraakgebruik) of „gedaan” dan wel „gedaan en gewezen” (aan de voet van beschikkingen gestelde termen). Ik moet echter toegeven dat het woord uitspraak door de wetgever ook wel voor in raadkamer genomen beschikkingen gebruikt wordt (Zie b.v. artt. 638 I, lid 3, 638 s, lid 4 B.W.).⁶⁵

Wellicht zou achter „vonnissen” in het voorgestelde art. 100 R.O. „en beschikkingen” toegevoegd kunnen worden. Dat dit art. ook voor beschikkingen zal gelden, blijkt uit het voorgestelde art. 126, lid 3 jo. 406 Rv. (*Veegens*, p. 251).

In het voorgestelde art. 102 R.O., dat praktisch gelijk is aan het huidige 100 R.O., is vermeld dat de H.R. (behoudens uitzonderingen) met vijf raadsheren „vonnist”.⁶⁶ In de wet van 18 april 1827 was de tekst als volgt:

„De kamers kunnen geen regt spreken, dan ten getale van negen leden in materie van cassatie wegens strafzaken; ten getale van zeven leden, in materie van cassatie in burgerlijke zaken; en insgelijks ten getale van zeven leden, in alle andere burgerlijke zaken aan de regtsmacht van den Hoogen Raad onderworpen.”⁶⁷

Om door *Van den Honert* niet vermelde redenen is „regt spreken” in 1835 door „vonnissen” vervangen.

Hoewel dit misschien tegen de geest van ons astronomische tijdperk ingaat, zou ik er voor gevoelen om de klok

⁶⁴ Dat civiele vonnissen steeds in het openbaar moeten worden uitgesproken, blijkt uit artt. 175, lid 2 Grondwet; 20, lid 3 R.O.; 62, lid 3 Rv.; H.R. 16-12-1926, N.J. 1927, 285. Niettemin stipuleren diverse artt. (b.v. 496 B.W. (onder-curatele-stelling), 972, lid 7 (adoptie), 979, lid 5 Rv. (herroeping adoptie), 4, lid 3 F.W.) ter openbare terechtzitting of in het openbaar uit te spreken vonnissen. Dit is verdedigbaar omdat deze vonnissen in wezen beschikkingen op rekest zijn.

⁶⁵ Zie verder *Gerlings*, „Beslissing - Beschikking - Vonnis - Minuut”, *Themis* 1954, p. 222 en 223, n. 4, waar hij de wettelijke terminologie in belastingzaken, volgens welke de H.R. „uitspraak in raadkamer” deed, bestrijdt. Sinds de „Wet administratieve rechtspraak belastingzaken” van 1956 (St. 323) „beslist” de H.R. in raadkamer bij „arrest”, terwijl de door een Hof in raadkamer genomen beslissing „uitspraak” wordt genoemd, welke wel moet worden ondertekend maar niet uitgesproken!

⁶⁶ Vgl. de artt. 21, 49 lid 1, 57, 70, 101 R.O.

⁶⁷ *Van den Honert*, p. 103.

voor één keer 134 jaar terug te zetten en de H.R. voortaan met vijf raadsheren te laten „recht spreken” in plaats van „vonnissen”.

Recht spreken omvat m.i. beschikken, ook indien de beschikking in raadkamer genomen wordt. Het woord „beslissen” lijkt mij minder geschikt omdat daarin niet voldoende het vonnissen en beschikken als uitvoering van een tevoren genomen besluit uitgedrukt wordt.

Cassatietermijn (art. 428, lid 2 Rv.)

Oorspronkelijk was er geen afzonderlijke cassatietermijn voor rekestzaken, zodat deze drie maanden bedroeg. Ten tijde van het ontstaan in 1876 van het huidige art. 428 en erna was de cassatietermijn nog steeds drie maanden.

Veegens stelt, dat de wetgever na zijn niet bijzonder indrukwekkende prestatie van 1876 op zijn lauweren gerust heeft, en vermeldt de wet-Hartogh alleen volledigheidshalve wegens enige kleine wijzigingen (p. 36). Ik heb echter wel enige bewondering voor de wet-Hartogh, omdat deze erin geslaagd is volkomen geruisloos (er wordt in de stukken geen woord aan verspild) de cassatietermijn in rekestzaken van drie tot twee maanden te reduceren. De verkorting van de appeltermijn van art. 345, lid 2, naar welk lid art. 428 verwijst, leidde namelijk automatisch tot gelijke beknotting van de cassatietermijn.

Art. 428 verwijst tegelijkertijd naar het tweede lid van art. 398, hetgeen tot enige verwarring aanleiding heeft gegeven. Op grond van die verwijzing werd betoogd dat de cassatietermijn in rekestprocedures vier maanden (*Zeldenrust* in W. 12642) of drie maanden (*J. A. H. Coops* in W. 12647, e.a.) bedroeg. De H.R. heeft het verlossende woord gesproken: het dubbele van een verkorte appeltermijn met een maximum van twee maanden (H.R. 12-3-1943⁶⁸, N.J. 318; 28-4-1950, N.J. 394).⁶⁹

⁶⁸ Tengevolge van een drukfout als 1934 vermeld bij *Veegens* in n. 2 van p. 254.

⁶⁹ Met mogelijkheid van verlenging indien de laatste dag op een zondag (H.R. 12-2-1934, N.J. 1575 en 20-8-1946, N.J. 732) valt of op een andere dag, waarop de griffie ingevolge art. 68 Reglement I gesloten is (H.R. 17-7-1934, N.J. 1628 (niet 1611, zoals bij vergissing vermeld door *Veegens*, p. 253, n. 9)). *Veegens* wijst er terecht op dat voorzichtigheid geboden blijft wegens H.R. 19-6-1936, N.J. 1046 (F.M.M.). Zie ook Hof Amsterdam 25-6-1942, N.J. 715.

Gelukkig is in art. 426 van het Cassatie-Ontwerp de termijn van twee maanden in de tekst opgenomen (eerste lid), terwijl het tweede lid de tekst van het huidige art. 398, lid 2, Rv. bevat. Het is te hopen dat hierdoor verdere misverstanden⁷⁰ voorkomen worden. Twijfelt men hieraan, dan zou men in het voorgestelde tweede lid expliciete tot uitdrukking kunnen brengen dat de verdubbeling van de kortere appeltermijn aan het maximum van twee maanden gebonden is.

6. *Rechtsweigerig (art. 844 Rv.)*

Zoekende naar algemene, de rekestprocedure betreffende, artt. in Rv. trof ik art. 844 aan: Er bestaat regtsweigerig indien de registers weigeren *op verzoekschriften te beschikken*, of een voor hen aanhangig regtsgeing te beslissen.

Zoals de procureurs, daartoe volgens de Advocatenwet geroepen of aangewezen, hun dienst niet mogen weigeren (art. 67 Advocatenwet), mogen de rechters niet weigeren recht te spreken, zelfs niet bij stilzwijgen, duisterheid of onvolledigheid der wet (art. 13 A.B.). Het is hun dus niet geoorloofd het non liquet uit te spreken.⁷¹

In het volkenrecht is *déni de justice* (denial of justice) een zeer belangrijk begrip geworden, waarvan de betekenis ver uitgaat boven de in artt. 13 A.B. en 844 Rv. bedoelde rechtsweigerig.⁷²

Er bestaat maar weinig jurisprudentie over rechtsweigerig. Er is echter eens een Kantonrechter geweest, die het Hof Amsterdam en de H.R. in de gelegenheid heeft gesteld zich in totaal vier maal met rechtsweigerig bezig te houden.⁷³ De Kantonrechter had een door een

⁷⁰ Zoals bij *Asser-Wiarda*, p. 1019, waar bij vergissing de cassatie-termijn inzake onder-curatele-stelling op drie maanden besteld is.

⁷¹ Ook arbiters „mogen niet in een vonnis verklaren, geen beslissing te kunnen of te willen geven” (*Nolen*, Handleiding voor arbiters, 3e dr., 1957, p. 141, met verwijzing naar een zodanig vonnis van 9-3-1921 en zijn artikel „Rechtsweigerig” in A.R. 55).

⁷² Zie o.a. *Oppenheim-Lauterpacht*, International Law, I, 8e dr., 1957, p. 360: „The term „denial of justice” is also applied to unjust action or inaction by the Executive”, en „In fact, the term „denial of justice” is at times used to cover all international injuries affecting aliens”. *François* staat een beperkter gebruik van de term voor (Handboek Volkenrecht, I, 2e dr., 1949, p. 212 v.).

⁷³ Hof 27-11-1928, W. 11922 (waarbij tevens beslist is dat de Kantonrechter geen procureur nodig had „daar hier het motief van

voogd verzochte machtiging ex art. 451 (oud) B.W. bij beschikking geweigerd. Toen dezelfde voogd enige maanden later een rekest van dezelfde inhoud bij dezelfde Kantonrechter indiende, zond deze het bij brief terug, met de mededeling dat het, waar er niet de minste aanleiding bestond op de gegeven beslissing terug te komen, niet meer in behandeling kon komen.

De H.R. heeft overwogen „dat de wet niet onderscheidt of een weigering het gevolg is van plichtsverzuim dan wel van de meening, dat de rechter tot het geven eener beschikking niet naar de wet gehouden is”, en rechtsweigering aangenomen (besch. van 8-4-1929, N.J. 874). In zijn noot brengt *Scholten* de vraag ter sprake of de rechter tot beschikken verplicht blijft, indien *misbruik van het recht* om zich tot de rechterlijke macht te wenden, gemaakt zou worden. Hij is geneigd de rechter zelfs dan verplicht te achten om een beschikking, waarin dat misbruik geconstateerd wordt, te geven. Ook *Van Rossem-Cleveringa* (II, p. 587) geeft de goede raad: „Meent de rechter, dat hij ten onrechte ten tweeden male met eenzelfde vordering lastig wordt gevallen, dan geve hij in elk geval een beslissing; desnoods spreke hij een niet-ontvankelijkverklaring uit.”⁷⁴

In het vermelde geval was het rekest op een bepaald wetsartikel (451 (oud) B.W.) gebaseerd. Volgt uit art. 844 Rv. ook dat op een tot een rechter gericht maar niet op een bepaald wetsartikel steunend rekest beschikt moet worden?

Het „recht om verzoeken, mits schriftelijk, aan de bevoegde macht in te dienen”, wordt een ieder gegeven in art. 8 van de Grondwet. Mag men nu uit art. 8 Grondwet en art. 844 Rv. concluderen dat de rechter steeds op een verzoekschrift, waarbij van hem een rechterlijke werkzaamheid wordt verlangd, moet beschikken?

Een bevestigend antwoord van deze vraag kan uiteraard niet op art. 8 Grondwet gebaseerd worden, omdat dit beperkt wordt geïnterpreteerd. De Kantonrechter te Leeuwarden heeft bij vonnis van 22-9-1931 (N.J. 1573) terecht beslist „dat art. 8 der Grondwet betrekking heeft op het

rechtsgeleerden bijstand niet aanwezig is”, H.R. 8-4-1929, N.J. 874 (P.S.), Hof 25-6-1929, N.J. 1132, H.R. 21-10-1929, N.J. 1681 (P.S.).

⁷⁴ Zoals de H.R. ten aanzien van een verzoek om kosteloze behandeling gedaan heeft bij beschikking van 2-6-1939, N.J. 824.

recht van petitie aan de administratieve organen⁷⁵ en dat dit niet geldt voor verzoeken, gericht tot de Rechterlijke Macht."

Evenmin kan een bevestigend antwoord afgeleid worden uit art. 844 Rv., hoewel dit van verzoekschriften in het algemeen spreekt.

De tekst van het Franse voorbeeld (art. 506 Pr.) luidt: „Il y a déni de justice, lorsque les juges refusent de répondre les requêtes" ...

In de wet van 31 maart 1828 was die tekst als volgt vertaald: „Er bestaat regtsweigeren, wanneer de regters weigeren verzoekschriften te beantwoorden"... De huidige formulering is in 1837 tot stand gekomen, nadat o.a. de opmerking gemaakt was: „De kantonregters kunnen zich daarenboven aan regtsweigeren schuldig maken, door des gevorderd geen familieraad te beleggen enz." ⁷⁶

Er is geen enkele aanwijzing, dat in art. 844 een algemeen recht, om alle mogelijke of onmogelijke verzoekschriften bij de rechterlijke macht in te dienen, is neergelegd.

Zou men een dergelijk algemeen recht wel aannemen, dan zou b.v. een Kantonrechter verplicht zijn op de meest nonsensicale rekest, ingediend door kinderen, halfwassenen of kindse volwassenen, een beschikking te geven.

Met *Vis* (W. 11978) ben ik van mening dat „rechtswegering met betrekking tot verzoekschriften slechts bestaanbaar" (is), „waar een verplichting tot het geven van een beschikking den rechter bij wetbepaling expresselijk of implicite is opgelegd."

Dit brengt niet mede dat er *steeds* rechtswegering is, wanneer niet beschikt wordt op een op een wetsartikel steunend rekest. Indien b.v. „iemand, wiens geestvermogen blijvend of tijdelijk zijn gestoord", „onder invloed van de stoornis" (om de termen van art. 3.2.2, lid 2, van het Ontwerp-B.W. te gebruiken) een wel op een wetsartikel gebaseerd, maar overigens schizophreen, rekest indient, hoeft daarop niet te worden beschikt.

Ook op overbodige verzoekschriften, b.v. ter verkrijging

⁷⁵ Conform K.B. 22-12-1924 (bijv. St. 1924, No. 307), waarbij is beslist dat art. 8 Grondwet alleen betrekking heeft op het politiek petitiericht.

⁷⁶ *Van den Honert*, p. 753.

van een gratis-admissie, welke men reeds heeft, behoeft niet te worden beschikt (H.R. 5-4-1929, N.J. 893 (P.S.), 2-11-1936, N.J. 1937, 546).

Mijn bovenstaande opvatting, waarop ik nog terugkom⁷⁷, moge ik met enige voorbeelden toelichten.

Wanneer een voogd aan de Kantonrechter machtiging verzoekt om de penningen van zijn pupil in aandelen van een lucht- of ruimtevaartmaatschappij te beleggen (art. 438 B.W.) of om een luchtvaartuig van zijn pupil te verkopen (art. 433 B.W.) teneinde uit de opbrengst de kosten van diens opleiding tot vlieger of kosmonaut te bestrijden⁷⁸, dient de Kantonrechter een zodanig verzoek in behandeling te nemen en er toe- of afwijzend op te beschikken.

Verzoekt een voogd met veel verantwoordelijkheidsgevoel de Kantonrechter machtiging om een moeilijke beslissing te nemen, b.v. zijn, met hart en ziel de lucht- en ruimtevaart toegewijde, pupil tot vlieger of kosmonaut te laten opleiden (op kosten van de voogd zelf), dan zal de Kantonrechter een zodanig, naar ik aanneem niet op een wetsartikel steunend, verzoek zonder meer kunnen afwijzen. Zou zich het onwaarschijnlijke geval voordoen dat de Kantonrechter op een dergelijk verzoek zou ingaan en het toewijzen, dan zou dit geen daad van rechtspraak maar slechts een z.g. welwillendheidsbeslissing⁷⁹ zijn.

Wordt een rechter iets verzocht wat kant noch wal raakt, b.v. om verzoeker een aardolieconcessie voor de maan te verlenen of hem toe te staan een reis naar Venus en Mars ter bestudering van het interplanetaire ruimte-recht te maken, dan kan de rechter een zodanig verzoek naast zich neerleggen of in een dossier „curiosa” opbergen.

„Buiten eigenlijk rechtsgeding” en „extra-judicieel”

Nog één art. van Rv. verdient een ogenblik de aandacht, t.w. art. 868: „Indien een on- of minvermogende, buiten eigenlijk rechtsgeding, eenige geregtelijke magtiging, goedkeuring of andere regtelijke beschikking op eenvoudig request of andere aanvraag behoeft, legt hij” ... „over”.

⁷⁷ Zie p. 225 v.

⁷⁸ Vgl. *Asser-Wiarda*, p. 727, laatste alinea.

⁷⁹ Zie p. 230.

De voorganger hiervan, art. 872 — daterende van 1837 — bevatte reeds de woorden „buiten eigenlijk regtsgeding”.⁸⁰

Ook de term *extra-judicieel* werd toen gebruikt, zoals blijkt uit een door een lid van de Tweede Kamer tegen de naam van het Wetboek gemaakt bezwaar, omdat het „niet alleen de voorschriften omtrent de judiciële, maar ook omtrent de extra-judiciële procedure” bevat. „Regtsvordering kan alleen op de judiciële procedure slaan, want regtsvordering of actie onderstelt de inroeping van den regter tot handhaving van regt, hetgeen bij de extra-judiciële procedure geene plaats heeft.” Op grond daarvan stelde hij de naam W. v. B. *Regtspleging*, omvattende beide soorten procedures, de „judiciële procedure of regtsvordering en de extra-judiciële procedure”, voor.⁸¹

De Regering heeft hierop geen beter antwoord weten te geven dan „dat dit punt voor geen nadere overweging vatbaar was”, daar het wetboek „bij de overige wetboeken steeds onder de benaming van Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering is aangeduid.”⁸²

Hiermede is mijn speurtocht door Rv. geëindigd. Een algemene regeling van de rekestprocedure heb ik niet kunnen vinden. De buit is ten dele negatief (art. 1) en bestaat voorts uit enige voor mijn doel weinig belangrijke artt. (288 b, lid 3: enkelvoudige kamer; 364: revisie; 844: rechtsweigering; 868: buiten eigenlijk rechtsgeding i.v.m. on- of minvermogen) en drie zeer belangrijke: 345: appel en 248—249: cassatie.

Onderweg vond ik enige steunpunten voor de cassatie in artt. 95 en 99 R.O. en art. 179 Grondwet, maar voor de rekestprocedures in eerste aanleg en hoger beroep heb ik geen solide basis kunnen ontdekken.

⁸⁰ Deze woorden treft men o.a. ook aan in de Pachtwet (Hoofdstuk V, § 4: „De behandeling van verzoekschriften buiten eigenlijk rechtsgeding”). De Consulaire Wet bevat de term „buitengeregte lijke handelingen” (artt. 6a, 35).

⁸¹ *Van den Honert*, p. 809.

⁸² De Grondwet sprak in die tijd van de manier van procederen (art. 161) en later (1848) van „burgerlijke regtsvordering” (art. 146). De huidige Grondwet gebruikt sinds 1887 de term *rechtspleging* (art. 164 = art. 150 van 1887), maar de Statuut-Wetgever heeft de voorkeur gegeven aan „burgerlijke regtsvordering” (art. 39). Artt. 49, lid 3, en 97 R.O. spreken van W.v.B. *Regtspleging*.

7. Terminologie

Alvorens naar een algemene regeling van de rekestprocedure in andere landen te gaan zoeken, wil ik trachten aan te geven hoe ik de door het Bestuur gebruikte term „civiele rekestprocedure” opvat.

Er is maar weinig voor nodig om op dit gebied, waar men ook de termen beschikkingen op rekest, vrijwillige rechtspraak (voluntaire jurisdictie), buitengerechtelijke (extra-judiciële) werkzaamheden, buiten eigenlijk rechtsgeding, oneigenlijke rechtspraak, en dgl. tegenkomt, in een al dan niet Babylonische verwarring⁸³ te geraken. Dit heeft *Josef* ertoe gebracht de volgende stelling te verkondigen: „Niemand kann sagen: unter einer Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit versteht *man* dieses oder jenes; sondern es kann jeder nur sagen, was er *selbst* darunter versteht”.⁸⁴

Welnu, ik versta onder de term rekestprocedures (of rekestzaken) hetzelfde als de Regering in de voorgestelde afdeling, getiteld „Van beroep in cassatie tegen beschikkingen op request” van het Cassatie-ontwerp⁸⁵, en als de rechtspraak bij de toepassing van artt. 345 en 428–429 Rv.

Ik versta er hetzelfde onder als de „procedures van vrijwillige rechtspraak” van *Reuder*, opgesomd op p. 99–117 van zijn proefschrift „De grondtrekken van het procesrecht der vrijwillige rechtspraak” (1939). Deze lijst van ± 250 procedures, voorkomend in het B.W., W.v.K., F.W. en Rv., welke ook op dit beperkte gebied niet als volledig bedoeld is, is sterk verouderd.⁸⁶ Er zijn er enige verdwenen en vele nieuwe bijgekomen. Bovendien zijn er de vele bij bijzondere wetten in het leven geroepen rekestprocedures.

⁸³ Ik vlei mij geen ogenblik met de hoop dat dit practadvies tot vermindering daarvan zal bijdragen. Deze verwarring bestaat niet alleen bij ons maar is een internationaal verschijnsel.

⁸⁴ Geciteerd door *Schlegelberger*, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, I, 6e dr. (1952), p. 85.

⁸⁵ Vgl. de eerste zin van de Toelichting op art. 426: „Bij de requestprocedure, die geen eigenlijke partijen kent, is een netelig punt, aan wie het recht van hoger beroep moet worden toegekend.”

⁸⁶ Met instemming van de auteur heeft *Emmering*, De Advocatuur, 1961, die lijst overgenomen (p. 266–292, zie ook p. 155–156) zonder deze echter voldoende aan de sinds 1939 zeer gewijzigde wetgeving te hebben aangepast.

Het aantal rekestprocedures is zo groot, zij verschillen zo in aard en de crop betrekking hebbende wettelijke regels zijn zo gevarieerd, dat het uitermate moeilijk is er een enigszins houdbare omschrijving van te geven.

Poging tot omschrijving van de technische term rekestprocedure

Na enig wikken en wegen kom ik tot de volgende omschrijving van wat *door mij* onder rekestprocedures verstaan wordt:

die procedures, welke krachtens een bepaald wetsartikel (explicite of implicite) op een der volgende wijzen aanvangen:

een schriftelijk of mondeling verzoek⁸⁷; een „vordering” (in de zin van verzoek)⁸⁸, requisitoir⁸⁹, voordracht⁹⁰ van het Openbaar Ministerie; of ambtshalve, *en met een beschikking* (die door de wet in enige gevallen⁹¹ „vonnis” genoemd wordt) *eindigen*.

Ik gebruik „rekestprocedures” als tegenstelling tot de „gewone procedures”, zoals deze in hoofdzaak in Bock I Rv. geregeld zijn, te weten de procedures, die met een dagvaarding of op andere wijze aanvangen en met een „echt” vonnis eindigen (uitgezonderd de korte gedingen⁹²).

⁸⁷ Ook wel aangifte (art. 1 F.W.), bezwaarschrift (art. 184 F.W.), voordracht (art. 61 Wet Regeling Levensverzekeringbedrijf), enz. genoemd.

⁸⁸ B.v. artt. 363, 374 a, d en f, 420, 421, 423 B.W. jo. 901 Rv., art. 1 F.W., art. 10 Merkenwet, art. 10 Wet Ver. en Verg. van 1855 (H.R. 30-10-1931, N.J. 1528 (P.S.), 21-3-1932, N.J. 629 (P.S.)), artt. 9, 10, 12, 13, 14, 15 Wet op Stichtingen.

⁸⁹ B.v. art. 1699 B.W.

⁹⁰ B.v. art. 1173 B.W.

⁹¹ B.v. artt. 496, 516 B.W., 82 K., 4 F.W., 972, 979 Rv. Ook 832 Rv. ingeval de verzoeker „alleen in het geding” is; de rekestprocedure van artt. 829—832 Rv. verandert als een kameleon in een gewone procedure, indien de belanghebbende partijen op bevel van de Rb. (art. 830) worden opgeroepen (H.R. 2-11-1951, N.J. 1952, 60; 21-3-1952, N.J. 257; 10-3-1955, N.J. 304. Zie ook *Jansen*, Contentieus of vrijwillig?, N.J.B. 1956, p. 53 v., 79 v.).

⁹² De korte gedingen vormen een derde categorie en blijven hier buiten beschouwing. Zowel op het gebied van de gewone als van de rekestprocedures speelt de kort-geding-rechter zijn uitermate belangrijke rol.

De *technische termen* „vrijwillige rechtspraak”, „voluntaire jurisdictie”, „oneigenlijke rechtspraak”, „buiten eigenlijk rechtsgeding”, „buitengerechtelijke werkzaamheden”, „beschikkingen op rekest”, enz. worden *door mij* als identiek met „rekestprocedures” beschouwd en gebruikt. Ook al is een rekestprocedure voor 100 % contentieus en/of contradictoir, ik blijf haar rekestprocedure noemen.

Als identiek met „gewone procedures” beschouw ik de *technische termen* „contentieus” of „contradictoire jurisdictie” („rechtspraak”), „eigenlijke rechtspraak”, „eigenlijk rechtsgeding”, „dagvaardingsprocedure”, enz. Onder de gewone procedures komen zeer vele zaken voor, waarin niet de minste strijd geleverd wordt, zoals verstekzaken⁹³, refertezaken (o.a. vele echtscheidingen in der minne) en zaken, waarin de eis uitdrukkelijk erkend wordt. Het is gebruikelijk deze toch onder de *technische term* „contentieus” of „contradictoire jurisdictie” te laten vallen (*verba valent usu*).

Uit het bovenstaande volgt dat ik tot de *rekestprocedures* reken o.a.:

de onderhoudsprocedures, geregeld in artt. 828a v. Rv. (anders het Ontwerp-Bewijsrecht van de Staatscommissie, M.v.T. p. 17, waar deze tezamen met de arbeidsovereenkomsten- en huurkoopgedingen tot de contentieus rechtspraak gerekend worden)⁹⁴;

de „gcschillen”-procedures van artt. 161, lid 3; 162, lid 2; 638 r, lid 4, B.W.; 445, 448 K., enz.;

de procedures van artt. 9 en 10 Merkenwet⁹⁵, artt. 6 en 6 a Handelsnaamwet⁹⁶, art. 28 Handelsregisterwet;

⁹³ Volgens de Justitiële Statistiek 1958 overtroffen de verstekzaken in aantal de zaken-op-tegenspraak in 1957 en 1958 bij de Rechtbanken in lichte en bij de Kantongerechten in sterke mate.

⁹⁴ *Star Busmann* (Hooftstukken Burg. Rv., 2c dr., 1955, p. 8—9) rekent tot de „eigenlijke rechtspraak (jurisdictio contentiosa)” „gedingen betreffende arbeidsovereenkomsten (artt. 125a v. Rv.), uitkeringen tot onderhoud (artt. 828a v. Rv.), zaken betrekkelijk tot een huurkoop (artt. 125g v. Rv.); artt. 9 v. Merkenwet; art. 6 Handelsnaamwet.” Mijn indeling is anders: alleen de hieronder vermelde arbeids- en huurkoopzaken acht ik gewone procedures, de drie andere niet.

⁹⁵ Anders: *Du Mosch* (Rechtspraak krachtens de artt. 9, lid 2, en 10, lid 1, der Merkenwet, R.M. 1915, p. 377 v.), die hier „eigenlijke, contradictoire, rechtspraak” aanwezig en art. 56 Rv. toepasselijk acht.

⁹⁶ *Vide Sonja Boekman*, De Handelsnaam, 1956, p. 92 v.

de procedures van artt. 9, 10, 12 t/m 23 van de Wet op Stichtingen.

Tot de *gewone procedures* reken ik o.a.:

de arbeidssaken, voorzover daarop de „gewone regelen” (art. 125 a jo. d Rv.) van toepassing zijn (de arbeidssaken van artt. 1637 s, lid 2 sub 2°; 1639 w B.W.⁹⁷, 383, 415 lid 5, 424 lid 5, 425 lid 2, 439, 445, 448, 449, 450 (vgl. 450 d) K. zijn rekestprocedures);

de huurkoopzaken van 125 g v. Rv. (de procedure van art. 125 j (bevel tot teruggave) is een rekestprocedure);

echtscheidingen⁹⁸, met dien verstande dat zij door een rekestprocedure worden voorafgegaan en, indien er kinderen zijn, gevolgd (echtscheiding ex art. 265 B.W. is geheel een rekestprocedure⁹⁹);

ontbindingen van het huwelijk na vijf jaar scheiding van tafel en bed ex artt. 255 v. B.W. (anders: *François*, Grondlijnen Volkenrecht, 2e dr., 1957, p. 402; Handboek Volkenrecht, I, 2e dr., 1949, p. 785);

scheidingen van tafel en bed, met dien verstande dat zij evenals echtscheidingen door een rekestprocedure worden voorafgegaan en, ingeval van kinderen, gevolgd (scheidings van tafel en bed ex art. 301 jo. 265 B.W. en op gezamenlijk verzoek ex art. 291 v. B.W. zijn rekestprocedures);

verklaringen van vermoedelijk overlijden¹⁰⁰, met dien

⁹⁷ *Emmering* (a.w., p. 153 en 269) vermeldt bij vergissing ook 1639 m B.W., maar de door hem bedoelde tekst van dit art. is in 1953 vervallen.

⁹⁸ *Knuttel* zou voor *alle* echtscheidingen de rekestprocedure (maar met gebondenheid aan de bewijsregels van het gewone proces) willen voorschrijven (Echtscheiding op rekest, N.J.B. 1960, p. 73–75, 271). Hij heeft medestanders in *Hamaker*, Verspr. Geschr. I, p. 382 vlg. en *Swoboda*, Das internationale Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Diss. München, 1934 (p. 11 v.), tegenstanders in *Petit* (a.w., p. 42), *Gerbrandy* (N.J.B. 1960, p. 165) en *Riezler*, Internationales Zivilprozessrecht, 1949 (p. 529; Abzulehnen ist die von Swoboda vertretene Ansicht, das Ehescheidungsrecht gehöre grundsätzlich zur Freiwilligen Gerichtsbarkeit). In de meeste landen behoren echtscheidingen tot de gewone procedures. Het lijkt mij o.a. wegens de internationale consequenties niet gewenst echtscheidingen bij de rekestprocedures te gaan indelen.

⁹⁹ H.R. 5-3-1943, N.J. 203 (implicite); 23-12-1948, N.J. 1949, 146 (D.J.V.) (implicite); 8-4-1949, N.J. 514 (D.J.V.); 16-12-1949, N.J. 1950, 47.

¹⁰⁰ Ook in het nieuwe B.W. is de verklaring van vermoedelijk overlijden een gewone procedure (artt. 1:18.2.2 v.).

verstande dat de verzoeken om te mogen dagvaarden tot de rekestprocedures behoren (*François*, t.a.p. en *Petit* (a.w., p. 4) rekenen de verklaring van vermoedelijk overlijden tot de volontaire jurisdictie)¹⁰¹;

de procedure van art. 43 R.O.¹⁰² (anders *Emmering*, p. 156, die deze procedure tot de vrijwillige rechtspraak rekent, omdat „partijen vrijwillig hun geschillen ter be-rechting aan de Kantonrechter opdragen”).

Rekestprocedure is een *technische term*, die ik gaarne voor een betere zou willen ruilen.¹⁰³ Hij is echter bij ons ingeburgerd en sticht niet meer verwarring dan de andere termen. De meeste verwarring wordt m.i. veroorzaakt, doordat er vele processen (zoals arbeidszaken, huurkoop-zaken, enz.) zijn, die met rekestten beginnen maar in een vroeg stadium (art. 125 d Rv.: De kennisgeving des grif-fiers... zal ten opzichte van partijen de kracht hebben van eene *dagvaarding*) een metamorphose tot een gewone pro-cedure ondergaan met alle gevolgen van dien (eindigend met een vonnis, appel en cassatie bij dagvaarding, appel-en cassatietermijnen in principe drie maanden, enz.). In-dien voor bedoelde zaken de dagvaarding in ere hersteld zou worden, zou de technische term „rekestprocedure”, zoals gebruikt in dit *pracadvies*, erdoor verstevigd worden.

De kans op een zodanig eerherstel van de dagvaarding lijkt mij echter zeer gering, gezien de gang van zaken bij het

Ontwerp wijziging civiele Kantongerechtsprocedure.

¹⁰¹ In Duitsland behoort de Todeserklärung wel tot de vrijwillige rechtspraak (sinds 1939). Vide § 13 van het „Verschollenheitsgesetz” van 1951, welke wet verschillende termijnen bepaalt naar gelang sprake is van „Allgemeine Verschollenheit” (vijf jaar), „Kriegsverschollenheit” (één jaar), „Seeververschollenheit” (zes maanden), „Luftverschollenheit” (drie maanden) of „Gefahrenverschollenheit” (één jaar). Vgl. de termijnen van de wet van 26-3-1920, St. 148 (Fruin, p. 307) en art. 1.18.2.2 nieuw B.W.

¹⁰² Vide p. 158 n. 16.

¹⁰³ Tegen de term „Raadkamerprocedure” kunnen ook bezwaren worden aangevoerd. Eigenlijk zou een nieuw woord moeten worden uitgevonden, zoals voor een elektronische-informatie-verwerkende-machine een aparte „taal” dient te worden gecreëerd, waarin ieder „teken” steeds dezelfde „betekenis” heeft.

Dit ontwerp, tevens strekkende tot wijziging „van de voorschriften betreffende het getuigenverhoor in burgerlijke zaken”, dateert van begin 1952. Het bepaalde oorspronkelijk dat het geding met een verzoekschrift zou aanvangen (art. 101). De dagvaarding zou dus van het kantongerechttoneel verdwijnen, hetgeen vele protesten, o.a. van Star Busmann en Cleveringa (Themis 1952, p. 417), uitlokt heeft. Nadat ook de Vaste Commissie voor Justitie zich in haar Voorlopig Verslag van 19 juni 1957 voor behoud van de dagvaarding had uitgesproken, is op 10 oktober 1957 een gewijzigd wetsontwerp ingediend. Dit bepaalt in art. 101 dat het geding aanvangt met een dagvaarding, waarbij de gedaagde uitgenodigd wordt binnen 14 dagen een verweerschrift ter griffie in te dienen (er wordt dus niet tegen een bepaalde dag gedagvaard), en in art. 102 dat de eiser in arbeidszaken, enz. (dezelfde opsomming als in 125 a Rv.), huurkoopzaken en inzake „vorderingen van een opeisbare geldsom van ten hoogste f. 500.— ter zake van de nakoming ener overeenkomst” een verzoekschrift ter griffie kan indienen.

Indien dit gewijzigd wetsontwerp wordt aangenomen, heeft de dagvaarding geen terrein verloren, maar evenmin gewonnen en blijven rekest en inleiding van *gewone* procedures gehandhaafd met alle bestaande verwarringsmogelijkheden en perikelen.¹⁰⁴

Het is wel enigszins merkwaardig dat het ontwerp een nieuwe regeling voor de „civiele kantongerechtsprocedure” behelst, zonder dat deze de toch ook onder die term vallende rekestprocedure (in de zin van dit praecadvies) omvat.

De termen vrijwillige en contentieuze rechtspraak

In het Corpus Juris komen reeds de woorden *iurisdictio contentiosa* en *voluntaria* voor, maar slechts op één plaats¹⁰⁵, te weten l. 2 D. l. 16: (Marcianus) *Omnes proconsules statim quam urbem egressi fuerint, habent iurisdictionem, sed non contentiosam, sed voluntariam: ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi quam servi et adoptiones fieri.*

¹⁰⁴ Waaronder de „Verwijzingsperikelen” van Haardt (N.J.B. 1961, p. 63).

¹⁰⁵ Zuidema, Rechtspraak op verzoekschriften, 1917, p. 30.

Vrijlating van slaven komt in onze tijd niet vaak voor, maar wij kunnen er ons sinds 1956 wel op beroepen en be-roemen dat wij evenals het Corpus Juris de adoptie bij de vrijwillige rechtspraak hebben ingedeeld.

Met de term *iurisdictio voluntaria* werd waarschijnlijk bedoeld dat het resultaat van die rechtspraak — b.v. de vrijlating van een slaaf of de adoptie — door alle betrokkenen gewild werd. Zoals de glossator Accursius het uitdrukte: (*iurisdictio*) *contentiosa dicitur quae redditur in invitum, voluntaria vero dicitur quae inter volentes tantum*.¹⁰⁶

Contentieuze rechtspraak zou dus gericht zijn tegen een onwillige, terwijl vrijwillige rechtspraak slechts zou worden uitgeoefend tussen hen, die haar wensen (d.w.z. dat betrokkenen het eens zijn met de door hen gezamenlijk, of door één van hen, verzochte beslissing).

Het is duidelijk dat dit criterium voor de afbakening tussen onze gewone en rekestprocedures geen dienst kan doen. Bij gewone processen wordt het resultaat dikwijls door beide partijen gewild (b.v. ontbinding van een huwelijk na vijf jaren scheiding van tafel en bed, echtscheiding, scheiding van tafel en bed, inroeping (met medewerking van alle betrokkenen) van nietigheid van een in dwaling genomen besluit van een algemene aandeelhoudersvergadering ex art. 46 a K.), terwijl vele rekestprocedures juist tegen „onwilligen” gevoerd worden (b.v. ontzettingen, strijd om ouderlijke macht of voogdij, curatele verzoeken, faillissementsaanvragen, merkenzaken, handelsnaamzaken).

Dat de tussenkomst van de rechterlijke macht vrijwillig wordt aangevraagd, geldt ook voor gewone procedures. De stelling van *Petit* (a.w., p. 4), „De eischer onderneemt deze actie naar vrije verkiezing en in volkomen vrijheid”, gaat in het algemeen zeker op.¹⁰⁷

Hoewel op de termen vrijwillige en contentieuze rechtspraak verscheidene aanmerkingen te maken zijn, zullen zij het ongetwijfeld nog wel enige eeuwen uithouden. Het

¹⁰⁶ *Meijers*, Eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak volgens de Nederlandsche wet, Verz. Privaatr. Opst. II, p. 253 (oorspr. verschenen in W.P.N.R. 1916 Nos. 2405, 2407, 2408, 2409).

¹⁰⁷ De vrijwilligheid kan niet aan de zijde van de rechter worden gezocht, want boven het zwaard der gerechtigheid hangt het zwaard der rechtsweigering (art. 844 Rv.).

zijn technische termen geworden, die in vele landen ¹⁰⁸ voorkomen en waarmee men internationaal enigszins het onderscheid tussen rekest- en gewone procedures kan aanduiden.

De onjuistheid van de termen wordt ook in andere landen betoogd. „Ausgeschlossen ist es, den Ausdruck freiwillige Gerichtsbarkeit wörtlich zu nehmen und die „Freiwilligkeit“ als Unterscheidungsmerkmal zu wählen“ schrijft *Schlegelberger* (a.w., p. 87) en hij citeert de zienswijze van *Frese*, dat „freiwillige Gerichtsbarkeit“ een technische term geworden is, die „um so unbedenklicher hinzunehmen ist als er für die Sache *viel* zu *wenig* passt, um wörtlich genommen und missverstanden zu werden.“

Van het in Oostenrijk gebruikte woord „Verfahren ausser Streitsachen“ schrijft *Schima* ¹⁰⁹ dat het „als rein negative Begriffsbestimmung nichtssagend und ausserdem falsch ist, weil wohl in wenig Zivilprozessen so gestritten wird wie etwa im Verfahren nach § 142 ABGB“ ¹¹⁰...

De termen oneigenlijke en eigenlijke rechtspraak

Dat de uitdrukking „oneigenlijke rechtspraak“ de voorkeur verdient boven „rekestprocedure“ of „beschikkingen op rekest“, geloof ik niet.

De rechter heeft wel in het algemeen grotere vrijheid in rekestzaken maar daarom is zijn rechtspraak ten deze niet minder eigenlijk of zelfs oneigenlijk. De grotere vrijheid brengt zelfs verhoogde verantwoordelijkheid mede. In rekestprocedures kan de beslissing moeilijker zijn dan in gewone processen, juist omdat er meer aan het inzicht en beleid van de rechter is overgelaten. Het beslissen volgens het liberum arbitrium van de rechter (wat in het „Anglo-

¹⁰⁸ Spanje: jurisdicción voluntaria - contenciosa.

Italië: volontaria giurisdizione - contenziosa giurisdizione.

Frankrijk: juridiction volontaire (gracieuse) - contentieuse.

Duitsland: freiwillige - streitige Gerichtsbarkeit.

Oostenrijk: Gerichtsbarkeit ausser Streitsachen - streitige Gerichtsbarkeit.

¹⁰⁹ Entwicklung im Verfahren ausser Streitsachen, Oesterreichische Notariats-Zeitung, aug. 1949, p. 114.

¹¹⁰ Het is niet moeilijk te raden dat deze § van het Algemeine B.G.B. de toewijzing van de kinderen na „Scheidung oder Trennung der Ehe“ betreft.

Amerikaanse" recht wel „*sound judicial discretion*” genoemd wordt) komt overigens ook in gewone processen veel voor.¹¹¹

Indien het nodig mocht zijn de rechtspraak evenals de procedures in categoriën in te delen, zouden wellicht de termen „rechtspraak in rekestprocedures” en „rechtspraak in gewone procedures” in aanmerking komen.

Terwijl in het Cassatic-Ontwerp van „beschikkingen op request” en in de M.v.T. ad art. 426 van „de requestprocedure” wordt gesproken, wordt in het Ontwerp-Bewijsrecht van de Staatscommissie in art. 182¹¹² de uitdrukking „gedingen in oneigenlijke rechtspraak” gebruikt. Uit de uitvoerige Toelichting citeer ik een gedeelte (p. 16—17):

„Het ontwerp is in beginsel geschreven met het oog op gedingen, waarin een rechtsbetrekking, tussen partijen in geschil, aan 's rechters oordeel wordt onderworpen (contentieuze rechtspraak). De tegenover elkaar staande belangen vorderen alsdan inachtneming van vaste procesregels. Daarnaast staan rechterlijke werkzaamheden, die niet leiden tot bepaling van een rechtsbetrekking in geschil, maar strekken tot uitvoering van wetsvoorschriften waarin maatregelen ter bescherming van algemene of bijzondere belangen zijn vervat (vrijwillige of oneigenlijke rechtspraak). De procedure in oneigenlijke rechtspraak wordt doorgaans als requestprocedure betiteld. Echter in sommige gevallen van contentieuze rechtspraak begint de procedure niettemin met een verzoekschrift (gedingen betreffende arbeidsovereenkomsten, huurkoop, uitkeringen tot onderhoud). Het verdient daarom voorkeur, dit spraakgebruik hier niet te volgen.”

Hier wordt, als ik het goed zie, een principieel onderscheid op grond van een materieel criterium tussen de twee soorten rechtspraak gemaakt, waarop ik hieronder¹¹³ zal terugkomen. Ik volsta thans met uitdrukking te geven aan mijn vrees dat het gebruik van de in de Toelichting niet scherp omlijnde woorden „oneigenlijke rechtspraak” in een wettetekst misverstanden tot gevolg zou kunnen hebben.

¹¹¹ Vide o.a. *Meijers*, a.w., p. 260; *Veegens*, a.w., p. 164—165, 185 en noot onder II.R. 3-5-1946, N.J. 508.

¹¹² Vide hierboven p. 166.

¹¹³ P. 228—230.

8. *Buitenlands recht*

Daar ik in Nederland geen algemene regeling van de rekestprocedure kon vinden, heb ik ernaar gezocht in het buitenland. Voor zover ik heb kunnen nagaan, is Duitsland voor ons het belangrijkste.

Duitsland

In de Bondsrepubliek is de gewone procedure (Zivilprozess) geregeld in de Zivilprozessordnung (ZPO) van 1898, terwijl het „Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit” (FGG) van hetzelfde jaar een groot deel van de vrijwillige rechtspraak regelt.¹¹⁴ Het FGG bestaat uit 200 paragrafen, verdeeld over de volgende hoofdstukken: 1. Allgemeine Vorschriften. 2. Vormundschaftssachen. 3. Annahme an Kindes Statt (= adoptie). 4. Personenstand. 5. Nachlass- und Teilungssachen. 6. Schiffspfandrecht. 7. Handelssachen. 8. Vereinssachen, Güterrechtsregister. 9. Offenbarungseid, Untersuchung und Verwahrung von Sachen, Pfandverkauf. 10. Gerichtliche und notarielle Urkunden. 11. Schlussbestimmungen.

§ 1 luidt: „Für diejenigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche durch Reichsgesetz den Gerichten übertragen sind, gelten, soweit nicht ein anderes bestimmt ist ¹¹⁵, die nachstehenden allgemeinen Vorschriften.”

Van het ontstaan van de wet af heeft de wetgever krachtens dit artikel zeer vele onderwerpen aan bedoelde algemene voorschriften onderworpen. Het toepassingsgebied daarvan is diensgevolge sterk uitgebreid, hetgeen de volgende fraaie volzin uit *Schlegelberger's* pen heeft doen vloeien:

„In weit gespanntem Bogen wölbt sich das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit über das weite Land des Rechts, beginnend mit der Verteilung der Trümmer einer

¹¹⁴ Met het woord „Prozess” wordt het „Zivilprozess” aangeduid; het neutrale woord „Verfahren” wordt zowel voor de FGG-procedure als voor „Zivilprozess” gebruikt.

¹¹⁵ Dit betekent dat de algemene voorschriften slechts gelden, indien en voorzover de bijzondere regelingen in het FGG zelf en in vroegere of latere „Reichs- und ergänzende Landesgesetze” daarvan niet afwijken (*Schlegelberger*, p. 96—97).

zerbrochenen Ehe (Hausratsverordnung), endend mit der Entsühnung eines zerstörten Reichs (Rückerstattung).” De aan de „freiwillige Gerichtsbarkeit” (verder ook F.G. te noemen) toegewezen zaken nemen „ununterbrochen” in aantal toe.¹¹⁶

De toewijzing geschiedt door het BGB, HGB en vele bijzondere wetten, zoals het Aktiengesetz, GmbHgesetz, Genossenschaftsgesetz, Jugendwohlfahrtgesetz, Gesetz über die religiöse Kindererziehung, Landpachtgesetz, Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen, Vertragshilfegesetz, Allgemeines Kriegsfolgendesetz, Bundesrückerstattungsgesetz, Wertpapierbereinigungsgesetz, Verschollenheitsgesetz¹¹⁷, Ehegesetz, Verordnung über die Behandlung der Ehewohnung und des Hausrats nach der Scheidung, Wohnungseigentumsgesetz, Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen, Gesetz über Rechte an Luftfahrzeugen, enz.¹¹⁸

Daarbij worden dikwijls speciale „Verfahrensvorschriften” gegeven¹¹⁹, hetgeen *Baur*¹²⁰ doet verzuchten:

„Das Verfahren der F.G. würde sehr an Übersichtlichkeit und Klarheit gewinnen, wenn der Gesetzgeber nicht meinte, in jedem Sonderverfahren eigene Regeln aufstellen zu müssen, oft — so konnte man fast vermuten — mangels exakter Kenntnis der Vorschriften des FGG!”¹²¹

Er zijn vele soorten F.G.-procedures, sommige dicht bij bestuurshandelingen komende, andere zuiver twistgedingen vormende.

Het gehele complex heeft *Bettermann* aldus gekarakteriseerd:

¹¹⁶ *Bärmann*, „„Echtes Streitverfahren” in der freiwilligen Gerichtsbarkeit” Archiv für die civilistische Praxis, 1955, p. 373—421.

¹¹⁷ Zie p. 182 n. 101.

¹¹⁸ Vide o.a. *Jansen*, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 1959, p. 4—10.

¹¹⁹ *Keidel*, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 7e dr., 1959, p. 22.

¹²⁰ *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 1955, p. 178, n. 28.

¹²¹ Dit verwijt kan de Nederlandse wetgever niet gemaakt worden, daar wij geen algemene regeling van de rekestprocedure hebben. Zolang deze toestand voortduurt, zal de wetgever er goed aan blijven doen rekestprocedures min (artt. 798—799 Rv. — verzoeken van echtgenoten) of meer (artt. 28a—828i onderhoud, 900—968 ouderlijke macht en voogdij, 969—984 Rv. adoptie) uitvoerig te regelen. Het aantal artt. van Rv., dat in 1827 (ontwerp) 746 en in 1838 799 bedroeg, is thans opgelopen tot meer dan 1000 (de a's en b's, enz. meegerekend).

„Ein höchst komplexes Gebilde, teils Rechtsprechung, teils Verwaltung, teils streitige, teils nicht streitige Gerichtsbarkeit, teils zivile, teils Verwaltungsgerichtsbarkeit.“¹²²

De nadruk wordt meer gelegd op het rechtspraakarakter, o.a. door *Stein-Jonas-Schönke*¹²³: „Die F.G. ist gleich der streitigen eine Betätigung der staatlichen Gerichtsbarkeit, Rechtspflege, nicht Zweig der Verwaltung, denn sie hat ebenfalls die Aufgabe, die Privatrechtsordnung in Bezug auf konkrete Tatbestände zu verwirklichen, und kann anderen öffentlichen Interessen nur sekundär, innerhalb ihrer ersten Aufgabe dienen.“

Ook *Keidel* (p. 84—85) acht veelal rechtspraak aanwezig, niet alleen bij de „echte Streitsachen“ maar ook bij „weite Teile des alten (klassischen) Bereichs“ der F.G.

Men neemt als uitgangspunt voor verdere beschouwingen bij voorkeur de tegenstelling „streitige Gerichtsbarkeit“ (Zivilprozess) tegenover „nicht streitige Gerichtsbarkeit“ (F.G.), om dan vervolgens aan te tonen dat die tegenstelling niet juist is.

*Rosenberg*¹²⁴ wijst er met nadruk op dat er vele Zivilprozesse zonder strijd verlopen en er bij de F.G. veel twistgedingen voorkomen: „Die Abgrenzung der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann nicht aus dem Namen entnommen werden. Die Rechtsstreitigkeit des Zivilprozesses setzt keinen Streit voraus ... die F.G. aber dient oft der Streiterledigung.“

Alle schrijvers wijzen erop dat bij de F.G. „echte Streitsachen“ voorkomen.¹²⁵

Als *algemene* (niet in ieder geval aanwezige) kenmerken van de F.G. procedure noemt *Baur* (p. 16): „Elastizität der Verfahrensgestaltung, Abänderungsmöglichkeit der gerichtlichen Entscheidung, Wirkung für und gegen alle,

¹²² Festschrift Lent, 1957, p. 24, geciteerd door *Keidel* (p. 84).

¹²³ Kommentar zur Zivilprozessordnung, 18e dr., deel 1, aant. III vóór § 1.

¹²⁴ Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 8e dr., 1960, p. 1 en 53.

¹²⁵ Het gehele genoemde artikel van *Bärmann* is hieraan gewijd. Zijn conclusie is (p. 420): „„Echtes Streitverfahren“ auch in FG-Sachen ist Rechts-Streit (allerdings nicht immer „Zwei-Parteien“-Streit) um subjektive Privatrechte beliebiger Art, sei es um deren Feststellung oder Gestaltung.“

Ermessensspielruim im materiellen Gehalt der Entscheidung."

Materiële criteria?

Er zijn vele pogingen gedaan tot opstelling van materiële kenmerken van Zivilproceesse enerzijds en F.G. zaken anderzijds, maar deze zijn nooit gelukt, o.a. omdat de wetgever dikwijls op doelmatigheidsgronden zuivere „Rechtsstreitigkeiten" bij de F.G. onderbrengt.

Zo schrijft *Keidel* (p. 84) ten deze:

„Eine klare, begriffliche, materielle Abgrenzung der Angelegenheiten der F.G. von denen der streitigen Gerichtsbarkeit lässt sich aber im Hinblick auf die Regelung des geltenden Rechts nicht geben."

en *Rosenberg* (p. 54):

„Die Abgrenzung kann vielmehr nur auf dem Boden des geltenden Rechts erfolgen. Dieser hat aus Gründen der Zweckmässigkeit, zur einfacheren und schnelleren Erledigung, mit Rücksicht auf eine grössere Anzahl von Beteiligten und aus ähnlichen Erwägungen oft Angelegenheiten in das Verfahren der F.G. verwiesen, die in gleicher und ähnlicher Art auch im Verfahren der streitigen vorkommen"...

„Danach scheint es unmöglich, einen durchgreifenden materiellen Unterscheidungsgrund zwischen der streitigen und F.G. im geltenden Recht aufzuzeigen. Es bedarf dessen auch nicht, weil das Gesetz durch die Zuweisung einer Sache an den Vormundschafts-, Nachlass-, Registerrichter usf. klarstellt, dass sie dem Prozessweg entzogen ist."

Ook de volgende auteurs spreken duidelijke taal:

Jansen (p. 15): ... „ob eine Angelegenheit zur streitigen oder zur F.G. gehört, bestimmt der Gesetzgeber, der sie einer der beiden Verfahrensordnungen unterstellt."

*Blomeyer*¹²⁶: „Eine Angelegenheit gehört also niemals ihrem Wesen nach, sondern nur nach der gesetzlichen Zuteilung zur freiwilligen Gerichtsbarkeit. Man kann von einer Angelegenheit nur sagen, dass ihrem Wesen (rechtspolitisch) die Zuteilung zur freiwilligen oder streitigen Gerichtsbarkeit besser entspricht."

¹²⁶ Geciteerd door *Schönke-Schröder-Niese*, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 8e dr., 1956, p. 78.

Schönke-Schröder-Niese (p. 77–78): „Man hat vielfach versucht, das „Wesen“ der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus ihrem sachlichen Gehalt (als Verwaltung, Rechtsgestaltung, Rechtspflege, Rechtsfürsorge, Vorbeugung u.ä.) begrifflich festzulegen und gegen die Rechtsprechung begrifflich abzugrenzen. Das ist aber nicht einmal in den „klassischen“ Gebieten, die das FGG erfasst, gelungen...”

„Demnach sind Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit solche Zivilsachen, die kraft positiven gesetzlichen Zuweisung von den Zivilgerichten im Verfahren des FGG durchzuführen sind.”

Baur (p. 27–30) bespreekt de verschillende opvattingen, te weten de *Zweck-, Objekt-, Mittel- en positivistische theorieën*. Na de eerste drie verworpen te hebben, verdeelt hij de laatste in tweeën, een negatieve: 'Tot de F.G. behoren die „Angelegenheiten des bürgerlichen Rechts, bei welchen zur Erreichung irgendeines rechtlichen Erfolges die Mitwirkung eines staatlichen Rechtspflegeorgans einzutreten hat und welche nicht nach den Vorschriften der Reichsprozessgesetze unter die Angelegenheiten der streitigen Gerichtsbarkeit fallen”¹²⁷ en een positieve, die Baur zelf de juiste acht¹²⁸: ... „zur F.G. gehören alle die Materien, die der Gesetzgeber dem Verfahren oder den Behörden der F.G. ausdrücklich zugewiesen hat” ... „Aus dem gesamten Bereich der bürgerlichen Rechtspflege ist also zugunsten der F.G. ein Teilstück herausgeschnitten!”

Enige waarde kent hij toch wel aan de afbakeningspogingen toe. Deze hebben volgens hem „die Bedeutung, besonders typische Wesensmerkmale der beiden Verfahrensarten hervorzuheben und damit auch Zweifelsfragen, die das Nebeneinander der beiden Verfahren betreffen, zu lösen.”

Schlegelberger (p. 89–90) geeft te kennen dat in twijfelgevallen soms de door de wetgever gebruikte woorden uit-

¹²⁷ Deze „negative positivistische Theorie” wordt o.a. aangehangen door *Schlegelberger* (p. 87) en *Stein-Jonas-Schönke* (i.a.p.).

¹²⁸ Hij noemt als medestanders o.a. *Keidel*, *Rosenberg* en *Lent* (*Freiwillige Gerichtsbarkeit*, Studienbuch, 2e dr., 1954, p. 4). Zie ook *Wieczorek* (*Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, V, 1957, p. 92): „Abzugrenzen ist sie von der streitigen nur dadurch, dass ihr in Einzelnormen bestimmte Aufgaben zugewiesen sind,” „wobei die gesetzliche Zustellung durchaus willkürlich ist.”

komst bieden (de woorden „Klage”, „gerichtliche Geltend-machen”, „Geltendmachen im Rechtswege”, „Urteil” en „Verurteilung” wijzen op de gewone procedure (Zivilprozess)) en dat verder het betreffende wetsartikel (van het BGB, HGB, enz.) o.a. op grond van de „Zusammenhang mit dem Rechtssystem”¹²⁹ uitgelegd moet worden. Alleen wanneer alle „Hilfsmittel des positiven Rechts versagen”, zal men als „Hilfstheorie” op theoretische beschouwingen moeten terugvallen.

Evenals bij het „Zivilprozess” komen bij de F.G. declaratoire, condemnatoire en constitutieve beslissingen voor.¹³⁰

Verwijzing van een zaak van de Zivilprozess-rechter naar de F.G.-rechter (dikwijls dezelfde Amtsrichter¹³¹ (Kanton-rechter)) of omgekeerd, is in het algemeen niet mogelijk.¹³² In sommige bijzondere wetten is die mogelijkheid wel geopend.¹³³

De algemene voorschriften van het FGG

In deze voorschriften zoekt men vergeefs naar *algemene bevoegdheidsbepalingen*; het werd wegens de zeer uiteenlopende aard der verschillende procedures niet mogelijk geacht de bevoegdheid algemeen te regelen.¹³⁴

Ook treft men geen algemene bepalingen aangaande de vorm en inhoud van verzoeken („Anträge”) aan. Het ambtshalve optreden van de rechter („Amtsverfahren”) staat namelijk voorop, hetgeen niet wegneemt dat de procedure dikwijls met een „Antrag” ingeleid wordt. In vele gevallen is een „Antragsverfahren” zelfs voorgeschreven.¹³⁵

¹²⁹ Aldus ook o.a. Baur, p. 31.

¹³⁰ Baur, p. 14, n. 9; Bärmann, p. 384.

¹³¹ Baur, p. 32.

¹³² De verwijzingsparagraaf 276 ZPO is niet toepasselijk.

¹³³ Baur (p. 35) vermeldt drie gevallen van verwijzingsmogelijkheid van de Zivilprozess- naar de F.G.-rechter en één geval in omgekeerde richting. Hij voegt eraan toe: „Diese Verweisungsmöglichkeit kann in vorsichtiger Analogie auch auf andere gesetzlich nicht geregelte Fälle ausgedehnt werden, aber nur dann, wenn es sich in beiden Verfahren materiell um die Entscheidung über streitige bürgerlich-rechtliche Ansprüche handelt”....

¹³⁴ Keidel, p. 127.

¹³⁵ Schlegelberger, p. 164, Baur, p. 178.

„Anträge“ kunnen schriftelijk worden ingediend ¹³⁶, maar dat is geen verplichting (§ 11 FGG: „Anträge und Erklärungen können zum Protokolle der Geschäftsstelle des zuständigen Gerichts oder der Geschäftsstelle eines Amtsgerichts erfolgen“ ¹³⁷). Het wordt de rechtzoekenden in Duitsland dus wel gemakkelijk gemaakt. Zij kunnen bij een willekeurig „Amtsgericht“ binnenstappen en daar met bijstand van de „Urkundsbeamte“ de mondelinge „Antrag“ op het „Protokoll“ laten stellen. De „Geschäftsstelle“ van dat „Amtsgericht“ is dan verplicht het „Protokoll“ onverwijld naar het „zuständige Gericht“ te zenden. ¹³⁸

„Untersuchungsgrundsatz“

Het belangrijkste algemene voorschrift is § 12: „Das Gericht hat *von Amts wegen* die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen *Ermittlungen* zu veranstalten und die geeignet erscheinenden *Beweise* aufzunehmen.“

Men noemt dit de „Untersuchungsgrundsatz“ en spreekt ook van „Amtsprüfung“ (Schlegelberger, p. 166), „Amtsermittlung“ (Keidel, p. 191), „Inquisitionsmaxime“ (Baur, p. 164), „Offizialmaxime“, in tegenstelling tot de „Verhandlungsgrundsatz“, die als „der oberste Grundsatz des Zivilprozesses“ (Baur, p. 163) geldt, doch waarop verscheidene uitzonderingen voorkomen. ¹³⁹ De „Verhandlungsgrundsatz“ („Dispositionsgrundsatz“) houdt o.a. in dat de feiten door partijen aan de rechter „verstrekt“ worden; ook dan geldt ten aanzien van het daarop toe te passen Duitse recht de „Untersuchungsgrundsatz“, daar de rechter het recht kent (*jus curia novit*) of zelfstandig moet vaststellen. ¹⁴⁰

Buitenlands recht moet in een Zivilprozess eventueel

¹³⁶ Er bestaan uitgebreide formulierboeken voor: *Kersten-Küntzel*, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 11e dr. (1959), *Arnold-Goldmann*, Formular-kommentar, Formulare für Freiwillige Gerichtsbarkeit und Vertragsgestaltung (5 delen, waarvan 3 nog niet verschenen).

¹³⁷ Zie voor uitzonderingen *Schlegelberger*, p. 157.

¹³⁸ *Schlegelberger*, p. 155, 157.

¹³⁹ *Kegel* (Internationales Privatrecht, 1960, p. 162) noemt als uitzonderingen: „Ehe-, Kindschafts-, Entmündigungs- und Aufgebotsachen (§§ 617, 622, 640 I, 653, 680 III, 952 III ZPO)“.

¹⁴⁰ *Kegel*, t.a.p.

door partij(en) worden bewezen (§ 293 ZPO)¹⁴¹, maar in een F.G. procedure door de rechter zo nodig zelf opgespoord en vastgesteld worden.¹⁴²

Uit § 12 wordt o.a. afgeleid, dat de rechter niet met de formele waarheid genoeg mag nemen maar de materiële waarheid moet opsporen¹⁴³; dat de rechter zich niets behoeft aan te trekken van een gerechtelijke of buitengerechtelijke erkenning of van een door „Beteiligten”¹⁴⁴ getroffen schikking; dat in het algemeen verklaringen en handelingen van „Beteiligten” de rechter niet binden; dat de „Amtsprüfung” ook geldt ten aanzien van een „echtes Streitverfahren”, waarop uit doelmatigheidsoverwegingen het FGG toepasselijk verklaard is; dat de rechter dan ook de rechtsverhouding, waarover gestreden wordt, dient te bepalen en dat de rechter zelfstandig de nationaliteit van „Beteiligten”, indien deze voor zijn beslissing van belang is, moet vaststellen.¹⁴⁵

Uit § 12 volgt niet dat de F.G.-rechter *steeds* geheel vrij staat tegenover beslissingen van de gewone rechter. O.a. wordt veelal aangenomen, dat constitutieve beslissingen van de gewone rechter de F.G.-rechter binden, en omgekeerd.¹⁴⁶

Het verhoor van de „Beteiligten” wordt als een zeer belangrijk middel ter vaststelling van de feiten beschouwd. Een recht om gehoord te worden hebben zij in het algemeen niet, wel in bijzondere gevallen. Door *Lent* en anderen wordt erop aangedrongen een zodanig verhoor verplicht te stellen, hetgeen in nieuwere wetten veelal geschiedt.¹⁴⁷

¹⁴¹ Lid 1 van § 293 luidt: „Das in einem anderen Staate geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind.” In het Anglo-Amerikaanse recht moet buitenlands recht als een feit bewezen worden. Zie voorts *Kollewijn*, *American-Dutch Private International Law*, p. 46-47, *Riezler*, a.w., Hoofdstuk „Der Nachweis ausländischen Rechts”, p. 491 v. en *Veegens*, p. 132 v.

¹⁴² *Schlegelberger*, p. 185.

¹⁴³ *Bärmann*, p. 398.

¹⁴⁴ Onder „Beteiligten” worden in sommige §§ verstaan degenen, die aan de procedure formeel deelnemen, en in andere §§ degenen, die er belang bij kunnen hebben (*Keidel*, p. 146, *Schlegelberger*, p. 131; zie ook *Baur*, p. 125 v.).

¹⁴⁵ *Schlegelberger*, p. 167 v.

¹⁴⁶ *Baur*, p. 42, 45-46.

¹⁴⁷ *Schlegelberger*, p. 179.

Aangenomen wordt dat de waarheidsplicht van § 138, lid 1, ZPO¹⁴⁸ als ongeschreven recht ook voor de „Beteiligten” van de F.G. geldt.¹⁴⁹

De rechter is vrij in de keuze en hantering van de bewijsmiddelen. Hij kan inlichtingen inwinnen (ook telefonisch) bij ambtelijke instanties of particulieren, hij kan getuigen en deskundigen formeel of informeel horen, hij kan getuigen en deskundigen ook schriftelijke inlichtingen verzoecken en gebruik maken van verklaringen, die ze in een ander proces (ook een strafzaak) hebben afgelegd, zonder gebonden te zijn aan de waardering daarvan in dat andere proces.¹⁵⁰

De bewijswaardering staat in principe ter vrije beoordeling van de rechter. Deze is niet gebonden aan de beoordeling van de feitelijke toedracht door b.v. de strafrechter. Wel wordt hij gebonden geacht aan de regels betreffende het schriftelijk bewijs neergelegd in § 415 v. ZPO.¹⁵¹

Ook § 15 houdt zich met het bewijs bezig; het eerste lid daarvan luidt: „Die Vorschriften der Zivilprozessordnung über den Beweis durch Augenschein, über den Zeugenbeweis, über den Beweis durch Sachverständige und über das Verfahren bei der Abnahme von Eiden finden entsprechende Anwendung. Über die Beeidigung eines Zeugen oder Sachverständigen entscheidet jedoch, unbeschadet der §§ 393, 402 der Zivilprozessordnung, das Ermessen des Gerichts.”

De algemene bepalingen van de ZPO betreffende bewijsl levering (§§ 355—370) zijn niet van toepassing.¹⁵² Derhalve geldt het in § 357 bepaalde („Den Parteien ist gestattet, der Beweisaufnahme beizuwohnen”) niet. Het is aan de rechter overgelaten of hij de „Beteiligten” bij de bewijsl levering wil toelaten. Indien hij betere resultaten verwacht, als zij er niet bij zijn, zal hij hen niet toelaten.¹⁵³

¹⁴⁸ Zie p. 158 n. 12.

¹⁴⁹ *Schlegelberger*, p. 181, *Günther*, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 8e dr., 1939, p. 55.

¹⁵⁰ *Schlegelberger*, p. 182.

¹⁵¹ *Schlegelberger*, p. 184, vgl. *Günther*, p. 54.

¹⁵² *Schlegelberger*, p. 211.

¹⁵³ „So wird es bei einem vom Vormundschaftsrichter zu entscheidenden Streit zwischen Eheleuten oft nötig sein, die Kinder der Beteiligten in deren Abwesenheit zu hören”, schrijft *Schlegelberger* (p. 211). Vgl. H.R. 19-12-1952, N.J. 1953, 131. Vgl. ook het door

Houdt hij een getuigenverhoor wel in hun bijzijn, dan is het aan hem overgelaten of hij hen vragen wil laten stellen.

Ten gevolge van § 15 geldt voor de F.G. o.a. § 372 a ZPO, voorschrijvende dat in bepaalde gevallen (betreffende het bewijs van afstamming) en onder bepaalde omstandigheden een ieder onderzoekingen, in het bijzonder bloedproeven ten dienste van het bloedgroepenonderzoek, moet toestaan.¹⁵⁴

Van de andere algemene voorschriften kan ik er in dit bestek slechts enige vermelden:

§ 18 kent de rechter in principe het recht toe zijn beschikking te veranderen, indien hij deze achteraf onge-rechtvaardigd acht;

§ 19 kent in principe het rechtsmiddel van „Beschwerde” toe (waarover het „Landgericht” als „Beschwerdegericht” beslist);

§ 25: „Die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist mit Gründen zu versehen” (in tegenstelling tot de beslissing in eerste instantie, die niet gemotiveerd behoeft te zijn);

§ 27: Tegen een beslissing van het „Beschwerdegericht” staat in principe het rechtsmiddel van „weitere Beschwerde” open, „wenn die Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruht”;

§ 28: „Über die weitere Beschwerde entscheidet das Oberlandesgericht” (in bijzondere gevallen het „Bundesgerichtshof”).

Voor- en nadelen F.G. procedure

Als *voordelen* van de F.G. procedure worden o.a. genoemd, dat zij eenvoudiger, sneller, doelmatiger en vrijer dan het Zivilprozess is. *Baumbach* heeft zelfs voorgesteld om het Zivilprozess maar geheel in een F.G. procedure te veranderen.¹⁵⁵

Als *nadelen* van het F.G. geding worden o.a. vermeld:

Köster voorgestelde art. 199 a I Rv. (Adv.B. 1956, p. 267), welk voorstel de Vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer waardevol heeft genoemd (V.V. Wetsontwerp 2395).

¹⁵⁴ Vgl. H.R. 12-6-1953, N.J. 1954, 61 (D.J.V.).

¹⁵⁵ „Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit”, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1938, p. 583 v. Zie ook p. 629: „Ende des Zivilprozesses?” van *Bull*, die *Baumbach* bestrijdt.

onvoldoende wettelijke regeling, te grote vrijheid van de rechter, rechtsonzekerheid, onvoldoende waarborgen voor een uitgebalanceerde rechtsstrijd.

Oostzone van Duitsland

In de z.g. Oostzone, waar de „receptie” van het Sovjet-Russisch recht gestadig voortgang vindt¹⁵⁶, zijn de F.G. zaken in belangrijke mate aan de rechterlijke macht onttrokken en ten dele aan „Staatliche Notariate”, ten dele aan administratieve instanties, overgedragen. Het FGG mag door „Staatliche und freiberufliche Notare” niet meer toegepast worden.¹⁵⁷

Oostenrijk

Onderscheiden worden het „Zivilprozess” (gerichtliches Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten), vastgelegd in de Zivilprozessordnung van 1895, en het „Verfahren ausser Streitsachen” („Ausserstreitverfahren”), geregeld in het „Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten ausser Streitsachen”¹⁵⁸ (het „Kaiserliches Patent” van 1854, ook wel „Abhandlungspatent” (AP) genoemd). De „Jurisdiktionsnorm”¹⁵⁹ van 1895 behandelt in deel 2 de bevoegdheid „in Streitsachen” en in deel 3 die „in Geschäften ausser Streitsachen” (onderverdeeld in „Verlassenschaftsabhandlung”, „Vormundschaft und Kuratel”, „Legitimation unehelicher Kinder”, „Einverständliche Scheidung und Trennung”, enz.).

Ook in Oostenrijk is het niet mogelijk op grond van de aard der twee soorten procedures deze af te bakenen. Vide Wolff¹⁶⁰: „Die Abgrenzung zwischen streitigem und aus-

¹⁵⁶ Jansen, p. 3 (ook vermeldende, dat „Kreisgerichte” en „Bezirksgerichte” in de Oostzone de „Amtsgerichte”, „Landgerichte” en „Oberlandesgerichte” hebben vervangen).

¹⁵⁷ Jansen, p. 3-4; op p. 550 v. zijn afgedrukt de „Verordnung über die Errichtung und Tätigkeit des Staatlichen Notariats” (1952), „Verordnung über die Übertragung der Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit” (1952) en het „Gesetz über das Verfahren des Staatlichen Notariats” (1956).

¹⁵⁸ Zie o.a. Fetter, Das Verfahren ausser Streitsachen, 3e dr., 1949.

¹⁵⁹ Zie o.a. Fetsching, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Band I, Jurisdiktionsnorm, 1959, en Fetter, Die Jurisdiktionsnorm und die Zivilprozessordnung, 6e dr., 1958.

¹⁶⁰ Grundriss des Oesterreichischen Zivilprozessrechts, 2e dr., 1947, p. 4, resp. 76-77.

serstreitigem Verfahren ist *begrifflich unmöglich*. Geschichtlichen Ursprunges ist diese Unterscheidung nur *positivrechtlich* festzustellen. Es hängt vom geltenden Recht ab, was in jede Verfahrensgruppe gehört. Im Ausserstreitverfahren ist Streit möglich, z.B. über die Höhe des Heiratsgutes (§ 1221 ABGB) oder über die Berufswahl des Minderjährigen (§ 148 ABGB) und es gibt Zivilprozesse ohne Streit: Anerkenntnis-, Verzichts-, Versäumungsurteil...

Indien men tussen „Zivilprozess“ en „Ausserstreitverfahren“ twijfelt, „ist eine Rechtssache im Streitverfahren auszutragen“... „Ins Ausserstreitverfahren gehört:

a) insbesondere alles, was im AP geregelt ist; b) was in andern Gesetzen ausdrücklich diesem Verfahren zugewiesen ist“... c) schlüssig Zugewiesenes, z.B. durch die Worte „Einwilligung der Gerichtsbehörde“ (§ 49 ABGB) ... „Wo etwas auf den Rechtsweg verwiesen wird, ist immer das Streitverfahren anzuwenden. Die Rechtsprechung neigt jetzt mehr dazu, Ansprüche im Ausserstreitverfahren zuzulassen. *Wo sich aber kein gesetzlicher Anhaltspunkt ergibt*, sind, wie erwähnt, Ansprüche im Streitverfahren geltend zu machen.“¹⁸¹

Dat werd in 1947 geschreven. Sindsdien heeft het z.g. „Ausserstreitverfahren“ veel terrein gewonnen, zodat *Fasching* in 1959 schrijven kon (p. 128): „Obwohl § 1 Auss-StrG. ausdrücklich anordnet, dass im Ausserstreitverfahren nur jene Rechtsangelegenheiten behandelt werden, die das Gesetz in dieses Verfahren verweist“... „sind durch Lehre und Rechtsprechung weitere Anwendungsgebiete des Ausserstreitverfahrens erschlossen worden. Dabei wurde entweder aus der *Natur des Anspruches* (z.B. Festlegung des Unterhaltes ehelicher Kinder) oder aus der *Formulierung des Gesetzes* (z.B. § 1221 ABGB: „... ohne strenge Erforschung des Vermögensstandes...“) angenommen, dass diese Ansprüche im Ausserstreitverfahren zu behandeln seien.“¹⁸²

„Die Tendenz der Gesetzgebung zieht auf die Erweite-

¹⁸¹ Mijn cursiveringen.

¹⁸² Ook *Schima* (aangehaald tijdschriftartikel, p. 115) wijst erop dat de wettelijke aanwijzing niet „ausdrücklich“ behoeft te zijn; tot die aanwijzing kan door middel van *interpretatie* geconcludeerd worden.

ring des Gebietes der ausserstreitigen Gerichtsbarkeit, weil die Formlosigkeit des Verfahrens, dessen Amtwegigkeit und das Mehrparteiensystem, das die Möglichkeit der Geltendmachung von Ansprüchen verschiedener ganz oder teilweise widerstreitender Beteiligter eröffnet, das Verfahren in Ausserstreitsachen grundsätzlich für die Erledigung der meisten Ansprüche geeigneter erscheinen lässt. Dadurch ist der ursprüngliche Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit längst überschritten und viele Gebiete, die ihrer materiellrechtlichen Natur nach einwandfrei in das Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit gehören, in den ausserstreitigen Bereich einbezogen worden." ¹⁶³

Op p. 128—130 en 514—516 geeft Fasching een opsomming van aan het „Ausserstreitverfahren" door het Oostenrijkse BGB, HGB en bijzondere wetten toegewezen zaken, waartoe o.a. behoren de z.g. „ausserstreitige Verfügungen in Ehe- und Personenstandsangelegenheiten", adoptie, „Entmündigung", „Todeserklärung", handelsregister-, „Genossenschaftsregister"- en „Kartellregister"-zaken, „Wiedergutmachungs"-zaken, allerlei geschillen tussen mede-eigenaren, diverse huur- en pachtzaken, „Grenzstreitigkeiten", enz. Vele nieuwe wetten schrijven „Ausserstreitverfahren" ter berechting van geschillen voor. Meestal bevatten zij evenals bij ons eigen bevoegdheidsvoorschriften.

Voor- en nadelen „Ausserstreitverfahren"

Als *voordelen* van het „Ausserstreitverfahren" noemt Schima (p. 117) „Einfachheit, Elastizität, freiere Stellung des Richters".

Tot de *nadelen* rekent hij de verouderde wettelijke regeling, waarin het bewijsrecht als „stiefkind" behandeld is, en de rechtsonzekerheid, die veroorzaakt wordt doordat de wetgever een of andere moeilijke materie niet zelf regelt, maar geheel aan de rechter overlaat, zonder deze enig houvast te geven. „Nicht gebilligt werden kann ein Ausweichen des Gesetzgebers, dessen Unzulängigkeit den Richter oft vor unmögliche Aufgaben stellt"... „Jedenfalls sind manche Verweisungen ins Verfahren ausser Streitsachen nichts anders als ein Stück offen gelassener Gesetzgebung"... „Der unbefangene Beobachter wird mitunter ge-

¹⁶³ Mijn cursiveringen.

radezu ... eine Flucht in die freiwillige Gerichtsbarkeit feststellen müssen."

Zwitserland

In dit land bestaat geen *algemene* regeling van de vrijwillige rechtspraak. Veel is aan de kantons overgelaten, die behalve in enige bijzondere gevallen vrij zijn zelf te beslissen aan welke autoriteiten vrijwillige rechtspraak zal worden opgedragen. De behartiging van voogdij-aangelegenheden is in enige kantons aan de rechterlijke macht, maar in de meeste aan bestuursinstanties toevertrouwd.¹⁶⁴

*Guldener*¹⁶⁵ geeft als volgt het verschil tussen de twee soorten procedures aan:

„Unter streitiger Gerichtsbarkeit ist die Rechtsanwendung durch die Gerichte im Zweiparteiensystem zu verstehen"... „Ihrem Wesen nach besteht die freiwillige Gerichtsbarkeit in einem obrigkeitlichen Verfahren zur Rechtsverwirklichung auf dem Gebiet des Privatrechts, einem Verfahren, in welchem *nur eine Person* anzuheören sein kann."

Een F.G. procedure kan echter in een „Zweiparteien-verfahren" overgaan, b.v. indien een belanghebbende een rechtsmiddel tegen de beslissing aanwendt; in het algemeen wordt het geding dan formeel als een F. G. procedure voortgezet, hoewel het volgens *Guldener* matericel een „Zivilprozess" geworden zou zijn.¹⁶⁶

Ook in Zwitserland verwijst de wetgever dikwijls gescheiden, die eigenlijk tot het „Zweiparteienverfahren" („Zivilprozess") behoren, naar de F.G., waardoor complicaties en rechtsonzekerheid ontstaan. *Guldener* spreekt ten deze van aan de F.G. toegewezen „Zivilprozesse"¹⁶⁷ en acht dan de grondbeginselen van het „Zivilprozessrecht" toepasselijk.¹⁶⁸

Spanje

Tot mijn spijt heb ik geen kans gezien de 2182 artt. van de „Ley de Enjuiciamiento Civil" van 1881 te lezen. Boek I van deze wet van civiele rechtspleging bevat bepalingen

¹⁶⁴ *Guldener*, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, 1954, p. 21.

¹⁶⁵ Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2e dr., 1958, p. 38 v.

¹⁶⁶ Grundzüge, p. 6.

¹⁶⁷ Schw. Zivilpr., p. 41-42.

¹⁶⁸ Grundzüge, p. 100.

gemeen aan de contentieuse en volutaire jurisdictie (459 artt.), boek II (artt. 460—1810) behandelt de contentieuse en *boek III* (art. 1811—2182) de *voluntaire jurisdictie*. Een Duitse vertaling¹⁶⁹ van art. 1811 luidt:

„Als Akte der freiwillige Gerichtsbarkeit gelten alle jene, bei denen die Mitwirkung des Richters notwendig ist oder erbeten wird, ohne dass die Sache (in einem Prozess) rechtshängig gemacht ist, oder als Streitfrage zwischen bekannten und bestimmten Parteien auftritt.”

Het eerste deel van boek III behandelt de „klassieke” gevallen, zoals adoptie, benoeming van voogden en curators, toestemming huwelijk, erfrechtswesties, beheer van goederen van afwezigen, enz., terwijl het tweede deel betrekking heeft op de medewerking van de rechter in handelszaken.

Frankrijk

Iedere beschouwing over de juridiction „gracieuse” (welk uit het canonieke recht afkomstige woord niet in de C. de Pr. Civ. voorkomt) stelt voorop dat deze materie uitermate gecompliceerd en betwist is. In overeenstemming met deze gedragslijn begint een recent artikel van *Ancel*¹⁷⁰ met de zin: „Le problème de la juridiction gracieuse ou de la juridiction en chambre du conseil est une question difficile et très controversée, notamment en France.”

De ontwikkeling is er anders geweest dan bij ons.

De „ordonnances sur requête” van de president

Reeds twee jaar na de inwerkingtreding van de C. de Pr. Civ. werd — bij art. 54¹⁷¹ van een wet van 8 maart 1808 — de mogelijkheid geopend om een aantal opgenoemde

¹⁶⁹ Via *Swoboda* (p. 14) ontleend aan *Hoffmann*, Die freiwillige Gerichtsbarkeit im kanonischen Recht (Diss. München, 1929, p. 10—11).

¹⁷⁰ „Le problème de la juridiction volontaire ou gracieuse dans le développement du droit moderne”, *Journal des Tribunaux*, 26-3-1961, p. 217. Ik werd op dit belangrijke artikel geattendeerd door Prof. Mr. G. van Hecke en Mr. W. van Gerven te Brussel.

¹⁷¹ Het eerste lid van dit art. luidt: „Toutes requêtes à fin d'arrêt ou de revendication de meubles ou marchandises, ou autres mesures d'urgence; celles pour mise en liberté ou pour obtenir permission d'assigner sur cession de biens ou sur homologation de concordat et délibérations de créanciers, et celles pour assigner à bref délai, en

maatregelen of, geheel in het algemeen, „*autres mesures d'urgence*” aan de president van de rechtbank te vragen.

Deze autoriteit heet tegenwoordig „président du tribunal de grande instance”.¹⁷² De 351 „tribunaux de première instance” zijn op 2 maart 1959 opgevolgd door 172 „tribunaux de grande instance”. Dit is geschied in het kader van de „réforme judiciaire de la France”¹⁷³, tot stand gebracht door de „démocratie autoritaire inspirée” onder leiding van De Gaulle; men wil de rechterlijke macht laten deel hebben aan de „mouvement général de restauration des pouvoirs” en aan Frankrijk's „grandeur”.¹⁷⁴

De president heeft o.a. drie bevoegdheden:

1°. om op rekest te beschikken (bij „ordonnance sur requête”) in vele in de wet genoemde gevallen en bovendien in het algemeen krachtens vermeld art. 54.¹⁷⁵

2°. om in kort geding te beslissen (bij „ordonnance de (sur) référé”).¹⁷⁶

3°. om ten principale te beslissen in verscheidene bij de wet bepaalde gevallen.¹⁷⁷

quelque matière que ce soit, seront présentées au président du tribunal, qui les répondra par son ordonnance, après la communication, s'il y a lieu, au procureur impérial.”

¹⁷² Verder de president te noemen.

¹⁷³ De aangekondigde algehele vernieuwing van de C. de Pr. Civ. moet nog plaats vinden.

¹⁷⁴ Cornu en Foyer, *Procédure Civile*, 1958, Mise à jour 1960, p. 1.

¹⁷⁵ Van deze bevoegdheid wordt zeer veel gebruik gemaakt, zoals bevestigd wordt door dit citaat uit Morel (*Traité él. de pr. civ.*, 1e dr., 1932, p. 262, 2e dr., 1949, p. 196): „En 1930, le Président du tribunal de la Seine a rendu 150.514 ordonnances, chiffre qui comprend, à vrai dire, non seulement les ordonnances sur requête mais les ordonnances de taxe et les ordonnances en matière de divorce et d'accidents du travail. La même année le Président du tribunal de la Seine a rendu 9.519 ordonnances de référé sur placets et 27.722 ordonnances de référé sur procès-verbaux”. Zie over deze twee soorten „référé” Cornu en Foyer, p. 571, 572, alsde Hébraud, *Chronique de pr. civ.*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1959, p. 148.

¹⁷⁶ Zie Meijers, *Le développement des ordonnances sur référé en France*, *Rev. hist. de droit français et étranger*, 1948, p. 259—281, ook opgenomen in zijn *Etudes d'Histoire du Droit* (uitgegeven door Feenstra en Fischer), 1956, I, p. 185—205.

¹⁷⁷ O.a. enige huurzaken. Zie Cornu en Foyer, p. 158 (sprekende van „le référé au fond”), Cuhe en Vincent, *Précis de Procédure Civile et Commerciale*, 12e dr., 1960, p. 213, 230, César-Bru, Hébraud et Seignolle, *Traité des référés et des ord. sur requête*, III (De la juridiction contentieuse et définitive du président du tribunal), 3e dr., 1954.

De „ordonnances” sub 1° en 2° hebben een voorlopig karakter en beslissen een zaak niet ten gronde. Waar de grenslijn tussen beide loopt, is betwist. Volgens *Cuche* en *Vincent* (p. 209) moet aan drie voorwaarden tegelijk voldaan worden bij de eerstgenoemde categorie: 1°. spoed, 2°. voorlopig karakter van de gevraagde maatregel, 3°. dat de maatregel slechts effect kan hebben bij onmiddellijke tenuitvoerlegging zonder dat de tegenpartij gewaarschuwd is (deze derde voorwaarde vormt het belangrijkste verschil met de „ordonnance de référé”, waarbij de tegenpartij gehoord, althans opgeroepen of verwittigd wordt.¹⁷⁸).

Over de aard van bedoelde „ordonnances sur requête” is zeer veel meningsverschil. *Cuche* en *Vincent* spreken van „actes d'imperium” en van „actes administratifs judiciaires”¹⁷⁹, *Motulsky*¹⁸⁰ geeft de voorkeur aan „actes judiciaires d'administration”. Volgens *Giverdon*¹⁸¹ is de doctrine geneigd aan die beschikkingen een plaats tussen de jur. gracieuse en de jur. contentieuse toe te wijzen.

Over de rechtsmiddelen, die tegen die „ordonnances sur requête” aangewend kunnen worden, is veel te doen geweest. Vroeger werd aangenomen dat er geen rechtsmiddelen openstonden, maar dit geldt nu nog slechts voor de uitzonderingsgevallen dat de president een rekest mondeling heeft afgewezen.¹⁸² Is de weigering schriftelijk vastgelegd, dan wordt in het algemeen de mogelijkheid van appel erkend.

Is de verlangde maatregel toegestaan, dan kan de tegenstander van de verzoeker bij de president in verzet gaan. Over het karakter van deze „opposition” bestaat veel meningsverschil. Volgens sommigen is het een derdenverzet („tierce opposition”), volgens anderen een „opposition” sui generis of een soort rekest civiel.¹⁸³

Daar ook het Franse juridische bloed kruipt waar het niet gaan kan, heeft de praktijk een betere oplossing dan bedoelde „opposition” gevonden: de president geeft de

¹⁷⁸ Cfm. *Cornu* en *Foyer*, p. 158; *Bonnetase* en *Laborde-Lacoste*, *Pr. Civ. et Voies d'Exécution*, 1932, p. 136.

¹⁷⁹ Cfm. *Morel*, 2e dr., p. 202–203.

¹⁸⁰ Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé, *Travaux du comité français de droit int. privé*, 1948–1952, p. 14.

¹⁸¹ *Dalloz*, *Rép. de pr. civ.*, II, 1956, p. 364.

¹⁸² *Cuche* en *Vincent*, p. 80, n. 2.

¹⁸³ *Cuche* en *Vincent*, p. 79. Vgl. *Cornu* en *Foyer*, p. 569–570.

toestemming tot de verzochte maatregel onder „réserve de référé". Dit betekent dat de tegenstander van de verzoeker bij de président in kort geding tegen de „ordonnance sur requête" kan opkomen.¹⁸⁴

Chambre du conseil

Ook de „Chambre du conseil" heeft de bevoegdheid op rekestten te beslissen. Haar beschikkingen worden geen „ordonnances" maar „jugements" genoemd.¹⁸⁵ Daar in de Code een algemene regeling en een art. als 345 Rv. ontbreken, is er veel onzekerheid geweest inzake de bevoegdheid van de „Chambre du conseil", de te volgen procedure en de tegen haar beslissingen aan te wenden rechtsmiddelen. Deze onzekerheid is enigszins verminderd door een wet van 15 juli 1944 van de volgende inhoud:

Art. 1: La chambre du conseil est constituée dans chaque tribunal par les magistrats du siège. Dans les tribunaux composés de plusieurs chambres, chacune de ces chambres peut connaître des affaires de chambre du conseil qui lui sont distribuées.

Art. 2: La chambre du conseil statue:

1°. En matière gracieuse, sur toutes les demandes ne comportant aucun adversaire¹⁸⁶ et ne pouvant donner lieu à aucune contestation de la part des tiers et, en outre, sur celles¹⁸⁷ dans lesquelles, les parties n'étant pas en désaccord, sont tenues par leurs qualités ou par la nature de l'affaire, d'obtenir une décision du tribunal¹⁸⁸;

¹⁸⁴ De wetgever heeft in 1955 deze oplossing in geval van conservatoir beslag op roerende goederen voorgeschreven in art. 48 Pr.: „Le président ne statuera qu'à charge de lui en référer en cas de difficulté." Vgl. Raynaud, Chr., Rev. trim. de dr. civ., 1960, p. 727-728.

¹⁸⁵ Ancel, (p. 218) wijst erop dat volgens de klassieke leer deze beslissingen wel „jugements" genoemd worden maar het „techniquement" niet zijn, zodat de regel „les voies de nullités n'ont lieu contre les jugements" hier niet van toepassing zou zijn. Zie over deze regel *Veegens* (onder H.R. 16-4-1948, N.J. 532) en *Kingma Boltjes*, p. 307 v.

¹⁸⁶ *Giverdon* (Dalloz, Rép. de pr. civ., I, 1955, p. 497) merkt terecht op dat er altijd wel een tegenstander te bedenken is; de bepaling moet dus geïnterpreteerd worden, omdat zij anders geen effect zou hebben. Hij geeft voorts te kennen dat iemand niet gerechtigd is een niet wettelijk voorgeschreven goedkeuring te vragen „à seule fin de mettre à couvert sa responsabilité".

¹⁸⁷ B.v. adoptie; de procedure-regels staan — anders dan bij ons — niet in de C. de Pr. Civ. maar in de afd. adoptie van de C. Civil (art. 343 v.).

¹⁸⁸ Deze omschrijving wordt door *Hébraud* (Recueil Dalloz-Législation, 1946, p. 335) een wettelijke definitie en door *Cuche en Vincent* (p. 72, n. 1) een „essai de définition" genoemd. *Cornu en Foyer* (p. 94) spreken van een definitie „en termes gauches" van de „com-

2°. En matière *contentieuse* dans tous les cas prévus par la loi et, en outre, si la demande tend à la nomination d'un mandataire de justice, justifiée par les éléments de la cause, en vue de la conservation des biens d'un absent ou d'un incapable, ou encore des biens constituant le gage d'un créancier ou d'une collectivité de créanciers.

Art. 3: En matière *gracieuse*, requête est présentée au tribunal par l'avoué du demandeur; le président nomme un juge rapporteur et ordonne la communication au ministère public. Après avoir entendu l'avoué de la partie en ses observations et le ministère public en ses conclusions motivées, le tribunal rend son jugement en chambre du conseil, s'il n'en est autrement ordonné par la loi.¹⁸⁹

Si un tiers intervient, les parties ou leurs avoués sont entendus contradictoirement par le tribunal.

L'expédition du jugement comprend la requête, l'ordonnance du président, les conclusions du ministère public et le jugement.

Art. 4: En matière *contentieuse*, le demandeur, sans préliminaire de conciliation, et en vertu d'une ordonnance sur requête fixant la date de l'audience, saisit la chambre du conseil par acte d'avoué à avoué ou par assignation.

Les débats ont lieu en chambre du conseil; le jugement rendu en audience publique est levé et signifié comme il est prescrit pour les affaires venant en audience publique.

Art. 5: vervallen.

Art. 6: Appel pourra interjeté en toutes matières, même *gracieuses*. Le délai d'appel est d'un mois à compter de la signification du jugement au défendeur, s'il en existe, sinon de la signification du procureur de la République. Si le défendeur n'avait pas constitué avoué, le délai d'appel court dans les conditions prévues à l'article 445 du Code de procédure civile. L'appel est porté devant la chambre du conseil de la cour d'appel, qui l'instruit et statue suivant les règles prescrites aux articles 3 et 4 de la présente loi.

Art. 7: Les jugements et arrêts rendus par la chambre du conseil, même de juridiction *gracieuse*, sont exécutoires contre les tiers dans les conditions prévues au titre De l'exécution forcée des jugements.

„De „juridiction gracieuse” is de belangrijkste taak van de „chambre du conseil”, de „juridiction contentieuse”¹⁹⁰ draagt een uitzonderingskarakter.¹⁹¹

pétence”, terwijl *Motulsky* (p. 15) geen definitie maar slechts een „attribution de compétence” aanwezig acht.

¹⁸⁹ B.v. art. 357, lid 1, C. Civil: „Le jugement ou l'arrêt qui admet l'adoption est prononcé à l'audience publique” (een „jugement” of „arrêt”, waarbij adoptie wordt geweigerd, wordt in raadkamer gewezen).

¹⁹⁰ B.v. inzake de „déchéances de puissance paternelle”, volgens de wet van 24 juli 1889 „sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés”.

¹⁹¹ *Cuche en Vincent*, p. 96, 207. *Giverdon*, p. 496: „Sa compétence contentieuse reste limitée aux cas prévus par la loi, mais, en revanche, la chambre du conseil est élevée en *juridiction de droit commun en matière gracieuse*.”

Vermelde wet van 1944 heeft wel enige onzekerheid weggenomen maar overigens verscheidene nieuwe twistpunten in het leven geroepen. Over bijna iedere zin of zinsnede van de wet zijn de meningen verdeeld.

Aangenomen wordt dat het rechtsmiddel van „opposition” tegen de beslissingen „en matière gracieuse” open staat, hoewel de wet het niet zegt. Veelal wordt dit als een „tierce opposition” beschouwd.¹⁹²

Ook over het karakter van de „juridiction gracieuse” van de „chambre du conseil” zijn de geleerden het niet eens. Van *Planiol*¹⁹³ is het woord: „La juridiction contentieuse est quelque chose de connu et de simple... la juridiction gracieuse n'est pas une chose simple, mais une chose complexe et multiple”; zijn indeling was eenvoudig: „tout ce qui n'est pas contentieux proprement dit, est gracieux”. *Ancel* (p. 217) heeft, evenals vele anderen, gezocht naar een positief criterium maar het niet gevonden: ... „il est pratiquement très difficile de tracer avec exactitude une ligne de démarcation entre la juridiction gracieuse et la juridiction contentieuse: ni la loi, ni la jurisprudence, ni les auteurs ne fournissent ici de réponse pleinement satisfaisante” ... Een negatief criterium wordt in Frankrijk door de beersende leer aangenomen: „l'absence de litige ou de contradiction”.

Ancel zelf is van mening dat bij beide „juridictions” de rechter zijn natuurlijke functie, te weten „jus dicere”, vervult en dat er geen fundamenteel verschil tussen beide bestaat. Hij komt zelfs tot de verrassende conclusie dat de beslissing van de rechter in volontaire jurisdictie wel een echt „jugement” is. Ten slotte stelt hij voor aan iedere belanghebbende, iedere derde, die nadeel van de beslissing kan ondervinden, een „recours autonome” (niet, zoals thans, appel of „opposition”) toe te kennen.

Nederland wordt door *Ancel* (p. 218) terloops vermeld: „Les pays scandinaves ... ou même assez largement les Pays-Bas, considèrent... que l'affaire gracieuse est celle qui est introduite par requête et non par assignation proprement dite.”

Hieruit blijkt wederom hoe gemakkelijk er op dit gebied verwarring ontstaat. Onze rekestprocedure (in de zin van

¹⁹² *Cuche en Vincent*, p. 80—81.

¹⁹³ Geciteerd door *Cornu en Foyer*, p. 89, 100.

dit praeadvies) is een veel ruimer begrip dan de Franse, door „absence de litige et de contradiction” gekenmerkte, „affaire gracieuse”. Bovendien is het inleidend rekest bij ons op zich zelf geen kenmerk, daar immers vele procedures met een rekest aanvangen maar reeds spoedig (ingevolge de artt. 125 a, d, g en i Rv.) in gewone procedures overgaan.

De voorlichting op dit gebied aan de Franse juridische wereld verstrekt door *Wielenga*¹⁹⁴ is niet geheel feilloos. Hij schrijft: „Les prescriptions légales concernant la motivation et l'administration des preuves ne valent pas pour la procédure sur requête. La décision du juge ne s'appelle pas „jugement”, mais „ordonnance”, qu'il n'est pas nécessaire de prononcer en audience publique”, en geeft dan drie voorbeelden, waarvan er ongelukkigerwijs geen één opgaat: 1°. arbeidszaken (waarvoor de twee geciteerde zinnen niet gelden), 2°. onder curatele stelling (waarbij de beslissing wel gemotiveerd en ter openbare terechtzitting uitgesproken moet worden en wel vonnis genoemd wordt), 3°. onderhoudszaken van art. 828 a vlg. Rv. (waarbij de bechikking wel gemotiveerd en in het openbaar uitgesproken moet worden).

België

Bij onze Zuiderburen bestaan noch een algemene regeling van de vrijwillige rechtspraak, noch artt. als 345, 428—429 Rv., noch wetten als de Franse van 30 maart 1808 en 15 juli 1944. Het is dus geen wonder dat er enige meningsverschillen zijn.

„In ons w.b.r. wordt de vrijwillige rechtspraak niet als een geheel behandeld” ... „Alleen wordt er in het tweede deel „Procédures diverses” toepassing van gedaan. Van daar ook vele onzekerheid en betwistingen.” Aldus *Van Bauwel*.¹⁹⁵

Evenals in Frankrijk wordt de nadruk gelegd op de afwezigheid van tegenstander en tegenspraak. „Les décisions gracieuses interviennent sur la requête unilatérale, non critiquée par un adversaire” ... „tel est le cas en matière

¹⁹⁴ Essai sur la cassation civile aux Pays-Bas, Thèse Toulouse, 1952, p. 110.

¹⁹⁵ Handboek Burg. Procesrecht, I, 1934, no. 56, p. 98.

d'adoption¹⁹⁶; tel est encore le cas en matière de divorce par le consentement mutuel.¹⁹⁷ Il n'y a pas, à proprement parler, de litigants", schrijft *Braas*.¹⁹⁸

Van Lennep, de auteur van „Belgisch Burgerlijk Procesrecht” (tien delen! Wie in Nederland volgt zijn voorbeeld?) en „Handboek van het Burgerlijk Procesrecht” (1959) spreekt van „het omstreden vraagstuk van de oncigenlijke rechtspraak” (deel III, 1953, p. 564) en acht in de rekest-procedure „in beginsel geen beroep mogelijk.”¹⁹⁹ Waar het echter mogelijk is, moet het ingesteld worden door rekwesant ... „omdat bij gebreke aan tegenpartij een dagvaarding geen voorwerp heeft” (deel V, 1955, p. 97).

Alleen in bij de wet bepaalde gevallen wordt de rekest-procedure ingesteld.²⁰⁰

Italië

De Italiaanse „Codice di Procedura Civile” van 1940 (in werking getreden in 1942) bevat een regeling van de vrijwillige rechtspraak in de afdeling „Disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio” (artt. 737—742-bis). Deze afdeling staat in de titel betreffende procedures „in materia di famiglia e di stato delle persone” maar is krachtens art. 742-bis ook op andere raadkamer-procedures toepasselijk.²⁰¹

Art. 737 bepaalt dat de voorzieningen, die in raadkamer moeten worden uitgesproken, bij rekest aan de bevoegde rechter verzocht worden, en de vorm van een *gemotiveerde* beschikking („decreto motivato”) hebben, tenzij de wet anders voorschrijft.

¹⁹⁶ Vide artt. 343 v. Belg. B.W.

¹⁹⁷ Vide Belg. B.W. I, titel VI, Hoofdstuk III „Echtscheiding door onderlinge toestemming” (artt. 275 v.).

¹⁹⁸ Précis de Pr. Civ., II, 3e dr., 1944, p. 593. Zie ook *Le Paige*, Vrijwillige en Eigenlijke Rechtspraak, Rechtskundig Weekblad 12-12-1937, p. 529 v.

¹⁹⁹ Vgl. Hof van Beroep Brussel 31-12-1957, J.T. 1958, 111: De akten van vrijwillige rechtspraak, die behoren tot de discretionnaire macht, ontsnappen aan elke mogelijkheid van verhaal en het is niet toegelaten er verzet tegen aan te tekenen (onder „verhaal” wordt in dit verband „rechtsmiddel” verstaan).

²⁰⁰ *Braas*, I, p. 90; II, p. 436: La procédure unilatérale, ou „sur requête”, ne saurait être exercée que dans les cas prévus par la loi.

²⁰¹ Zie *Satta*, Diritto processuale civile, 6e dr., 1959, p. 601.

Het derde lid van art. 738 geeft de rechter de bevoegdheid *inlichtingen* in te winnen.

Art. 739 regelt het recht van „reclamo”.

Tegen beschikkingen van de „*judice tutelare*” kan men bij rekest „reclameren” bij de rechtbank, terwijl men tegen in eerste instantie genomen raadkamerbeschikkingen van de rechtbank bij rekest „reclameren” kan bij het Hof van Appel.

De termijn bedraagt slechts tien dagen, te rekenen van de „*comunicazione*” (omschreven in art. 136) „*del decreto, se è dato in confronto di una sola parte, o della notificazione*” (omschreven in artt. 137—139) „*se è dato in confronto*” van meerdere partijen.

Verdere „reclamo” is niet mogelijk, tenzij de wet anders bepaalt.

Art. 740 regelt het recht van „reclamo” van het O.M.

Krachtens art. 741 verkrijgen de beschikkingen „*efficacia*”, nadat de termijnen verlopen zijn zonder dat „*gereclamé*” is. In geval van „*urgenza*” kan de rechter aan zijn beschikking onmiddellijke „*efficacia*” toekennen.

Het belangrijke art. 742 bepaalt dat de beschikkingen *ten alle tijde gewijzigd of herroepen* kunnen worden, maar dat dan door derden te goeder trouw „*in forza di convenzioni anteriori*” verkregen rechten in stand blijven.

Voorts bevat de „*Codice*” het voor het internationaal privaatrecht (waar op dit gebied veel op losse schroeven staat) zeer interessante art. 801, bepalende dat aan handelingen („*atti*”) inzake vrijwillige jurisdictie van *buitenlandse rechters*, waarop men zich in Italië wil beroepen, „*efficacia*” wordt toegekend conform artt. 796 en 797, voor zover deze toegepast kunnen worden.²⁰²

Bestuur of rechtspraak?

In Italië is veel geschreven over het wezen van de vrijwillige jurisdictie. Eén groep auteurs legt de nadruk op het bestuurskarakter en spreekt van „*amministrazione pubblica del diritto privato*”.²⁰³ Van *Calamandrei*²⁰⁴ is de

²⁰² Zie hierover *Riezler*, p. 589 en *Satta*, p. 628—629. Een Franse vertaling van de artt. 796, 797 en 801 is te vinden in *Rev. crit. de dr. int. pr.*, 1950, p. 264.

²⁰³ *Riezler*, p. 590.

²⁰⁴ De auteur van „*Lof der rechters geschreven door een advocaat*” (door Keuls in het Ned. vertaald).

uitspraak (1943): „Traditionnellement exercée par des organes judiciaires, elle porte le nom équivoque de volontaire qui a pour but de la distinguer de la juridiction contentieuse, mais il ne fait pas de doute que son contenu est administratif” en van *Redenti* (1949): „Ces tâches, qui constituent la juridiction volontaire, on les dirait de caractère administratif. Pourquoi les confie-t-on aux juges? Parce que, parmi les agents publics, ce sont eux les mieux préparés à s'en acquitter, ainsi qu'en témoignent une longue tradition et une large expérience historique”.²⁰⁵

Tegen deze „administratieve opvatting” hebben zich verscheidene andere schrijvers, zoals *Fazzalari*, *Satta*, *Micheli* en *Maria de Marini*, gekant; de drie laatstgenoemden zijn van oordeel dat volontaire jurisdictie in wezen een rechterlijke werkzaamheid is, ook al wordt zij soms uitgeoefend door administratieve organen.²⁰⁶ *De Marini* heeft de volgende definitie voorgesteld:

„La juridiction volontaire c'est l'actuation du droit objectif dans un cas concret en vue d'exercer une tutelle sur un intérêt privé insatisfait parce que le titulaire ne peut user normalement de ses facultés ou de ses pouvoirs. Cette tutelle se réalise par l'intervention d'un organe (en principe) judiciaire, impartial, qui procède par mesures discrétionnaires, modifiables, lesquelles rendent possible au titulaire défaillant l'usage de ses facultés ou de ses pouvoirs, ou qui s'y substituent”.²⁰⁷

Terugblik op buitenlands recht

De algemene regeling, die ik in Nederland niet kon vinden, trof ik in België evenmin aan. In Zwitserland bestaan in hoofdzaak kantonale voorschriften; Frankrijk heeft de (controversiële) wet van 1944 inzake de „Chambre du conseil”. Enige landen zijn in het gelukkige bezit van algemene regelingen: Oostenrijk (wet van 1854), Spanje (wet van 1881), Duitsland (wet van 1898) en Italië (onderdeel van wetboek van 1940).

Wat Frankrijk betreft, is opvallend hoeveel aandacht, tijd en energie geabsorbeerd worden door een technische

²⁰⁵ Beide citaten ontleend aan *Brulliard*, *L'évolution de la notion dite „gracieuse” ou „volontaire” et de celle de juridiction, d'après les récents travaux de la doctrine italienne*, *Rev. int. de dr. comp.*, 1957, p. 16.

²⁰⁶ *Brulliard*, p. 21 v., *Satta*, p. 597—599.

²⁰⁷ *Brulliard*, p. 25.

kwestie als die der rechtsmiddelen („recours”), bij gebreke aan afdoende wettelijke bepalingen (de wet van 1944 heeft de moeilijkheden slechts ten dele opgelost). In Duitsland zijn de rechtsmiddelen wel duidelijk vastgelegd, zodat daaraan niet onevenredig veel aandacht behoeft te worden besteed.

Aan het karakter van de voluntaire jurisdictie (rechtspraak, bestuur of een tussenvorm?) zijn in de diverse landen vele belangwekkende beschouwingen gewijd, welke in de toekomst zonder enige twijfel door nieuwe publicaties zullen worden gevolgd.

De praktische afbakening tussen de contentieuse en de voluntaire jurisdictie levert minder moeilijkheden op dan de theoretische, omdat de wetgever in het algemeen duidelijk de gevallen, waarin de vrijwillige-rechtspraak-procedure moet worden gevolgd, aangeeft. Vooral in Duitsland en Oostenrijk wordt er de nadruk op gelegd dat de wetgever daarbij dikwijls niet principieel maar op grond van doelmatigheidsoverwegingen tewerkgaat, waardoor verscheidene „echte Streitsachen” aan de vrijwillige rechtspraak zijn toegewezen.

9. *Keuze van de Nederlandse wetgever tussen gewone en rekestprocedure*

Door welke overwegingen laat de wetgevende macht hier te lande zich leiden? De beantwoording van deze vraag is niet eenvoudig, aangezien de wetgever zich ten deze nogal eens in stilzwijgen hult.

In sommige gevallen wordt de rekestprocedure om principiële redenen uitverkoren. Als voorbeelden van de laatste jaren noem ik:

1°. de door artt. 204 en 287 a B.W. vereiste goedkeuring voor het maken of wijzigen van huwelijksvoorwaarden. Dit is typisch een geval van „*iurisdictio inter volentes*”²⁰⁸, daar beide echtgenoten (of gewezen echtgenoten, die met elkaar willen hertrouwen) dezelfde beslissing van de rechter wensen. Het ligt voor de hand terzake de rekestprocedure voor te schrijven (art. 799 Rv.).

2°. Adoptie. Dit is een klassiek geval van „*iurisdictio voluntaria*”.²⁰⁹ De wijze, waarop adoptie tot stand komt,

²⁰⁸ Zie p. 184.

²⁰⁹ Zie p. 183—184.

loopt in verschillende landen uiteen, maar rechterlijke medewerking daarbij is, voorzover ik kon nagaan, steeds ondergebracht bij de vrijwillige rechtspraak. Dat onze wetgever dit voorbeeld gevolgd heeft, spreekt van zelf.²¹⁰

Dikwijls kan echter niet van principiële, op de aard van de materie berustende, overwegingen sprake zijn, daar in beginsel gelijke gevallen niet op gelijke wijze behandeld worden. *Meijers*²¹¹ heeft hiervan vele voorbeelden gegeven, waaraan ik de volgende toevoeg:

- I a. Nietigverklaring besluit algemene vergadering van aandeelhouders tot statutenwijziging ex art. 41 c v. K. — rek. proc. (art. 41 e v. K.),
of nietigheid besluit vergadering van eigenaren van appartementen (art. 638 l, lid 1, B.W.) — rek. proc.,
tegenover:
 - b. nictigheid besluit algemene vergadering van aandeelhouders ex art. 46 a K. — gew. proc.
- II a. Geschillen tussen eigenaren omtrent de wijze van herstel van een in appartementen verdeeld gebouw, dat door een evenement beschadigd is, uit de verzekeringspenningen (art. 638 r, lid 4, jo. 638 l, laatste lid, B.W.) — rek. proc.,
tegenover:
 - b. geschillen tussen eigenaren omtrent de wijze van herstel van een willekeurig, door een evenement beschadigd, gebouw, uit de verzekeringspenningen — gew. proc.
- III a. Onderhoudsvorderingen genoemd in art. 828 a, lid 1, onder 1^o, 2^o en 3^o Rv. — rek. proc.,
tegenover:
 - b. onderhoudsvorderingen genoemd in art. 828 a, lid 1, onder a en b Rv. — gew. proc.

²¹⁰ De voorgeschreven rekestprocedure ligt echter dichter bij de gewone procedure dan gemeenlijk het geval is; het verzoek wordt schriftelijk, met redenen omkleed, ingediend; oproeping van belanghebbenden is voorgeschreven; dag en uur der uitspraak worden medegedeeld; de beslissing wordt gemotiveerd en in het openbaar uitgesproken (wordt vonnis genoemd); verzet en zelfs rekest civiel zijn mogelijk (artt. 970 v. Rv., 344 m B.W.).

²¹¹ In zijn in 1916 verschenen artikel, boven op p. 184, n. 106, vermeld (p. 264—266).

Hoe komt de wetgever ertoe gelijksoortige gevallen verschillend te behandelen?

En hoe is het te verklaren dat de wetgever dikwijls voor twistgedingen („echte Streitsachen”) zoals de boven ²¹² vermelde „geschillen”-procedures en Merken-, Handelsnaam-, Handelsregister- en Stichtingenzaken de rekest-boven de gewone procedure verkiest?

Het antwoord kan niet zijn dat de moderne wetgever nu eenmaal zijn hart aan de rekestprocedure verpand heeft en deze dus in nieuwe wetten steeds voorschrijft. Dit is geenszins het geval, hetgeen o.a. blijkt uit het in één art. aangeven van zowel een rekest- als een gewone procedure. B.v. artt.:

457 B.W. (lid 2: rek. proc.; lid 3: gew. proc. van art. 771 v. Rv.);

638 c B.W. (leden 2 en 3: rek. proc.; lid 4: gew. proc. (art. 697 Rv. is „van overeenkomstige toepassing”));

638 t B.W. (lid 1: rek. proc.; lid 4: gew. proc. van art. 695 Rv.);

56 h K. (lid 2: rek. proc.; lid 5: gew. proc.²¹³).

Het is voorgekomen dat gedurende de behandeling van een wetsontwerp in de Tweede Kamer van procedure gewisseld werd. Dit is geschied bij de Handelsnaamwet. Uit vrees dat de lange duur en hoge kosten van een gewone procedure vele belanghebbenden zouden afschrikken, werd deze vervangen door een rekestprocedure voor de Kanton-rechter.²¹⁴

Daarmede zijn twee belangrijke factoren — snelheid, lagere kosten — aan het daglicht gekomen.

Welke andere factoren zouden een rol kunnen spelen? Bij de installatie van de Commissie-Gratama in 1911 heeft de Minister van Justitie Regout de gedenkwaardige woorden gesproken:

„Een klare, eenvoudige rechtsgang, begrijpelijk voor het volk, een zooveel mogelijk zoeken naar de werkelijke waarheid, een nauwe aanraking tussen rechtsprekenden en rechtzoekenden, een snelheid in berechting, waardoor het recht dubbele waarde erlangt, ziedaar eischen van het heden, waarnaar een vernieuwd of nieuw Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering streven moet. Worden die eischen niet vervuld, dan dreigt disharmonie te ontstaan tusschen de formeele wet en het rechtsgevoel, een verschijnsel, dat zich reeds aan-

²¹² P. 180.

²¹³ Althans volgens H.R. 8-11-1946, N.J. 1947, 36 (E.M.M.).

²¹⁴ Bockman, a.w., p. 102, noot 1.

kondigt door den volkswensch, die zich uit in het adagium: „snel, eenvoudig en goedkoop recht”.

Die wens van het Nederlandse volk, dat blijkbaar „snel”²¹⁵, eenvoudig en goedkoop” belangrijker acht dan „goed” recht²¹⁶, is ten aanzien van de gewone procedure nog niet in vervulling gegaan.

Wijckerheld Bisdom heeft in zijn praeadvies „In hoeverre behoort de civiele procedure in eerste aanleg te worden gewijzigd?” een summiere (gewone) procedure voor eenvoudige zaken voorgesteld: „Dagvaarding, ten hoogste 14 dagen voor antwoord, dan bepaling van een dag voor pleidooi, en tegelijk, zo nodig, enquête en contra-enquête, binnen een termijn van een maand.”²¹⁷

Het betreffende vraagpunt: „Is het gewenst een verkorte procedure voor eenvoudige zaken in te voeren?” is met grote meerderheid bevestigend beantwoord.²¹⁸

Aan een op dezelfde vergadering geuite wens tot wijziging van art. 134 Rv. heeft de wetgever reeds bij de wet van 25 april 1952 (St. 204) gevolg gegeven.

Een wetsvoorstel tot het invoeren van bedoelde verkorte gewone procedure bestaat echter nog niet. Het lijkt mij ook niet „eenvoudig” een grenslijn tussen zaken, die wel en zaken, die niet eenvoudig zijn, te trekken.

Over wetgevingstechniek zijn verscheidene verhandelingen geschreven maar over wetgevingsstrategie en -tactiek is minder gepubliceerd. Ik houd het ervoor dat de wetgever zijn keus van tijd tot tijd uit doelmatigheidsoverwegingen op de rekestprocedure laat vallen, omdat deze in *het algemeen* sneller, goedkoper, eenvoudiger, soepeler, elastischer, vrijer, informeler dan de gewone procedure is en meer kans op een regeling in der minne of verzoening²¹⁹ biedt.

²¹⁵ Ook bij andere volken leeft de wens naar snel recht: „justice delayed is justice denied”.

²¹⁶ *Lipman* verweet de makers van het Ontwerp-1827 hun drift tot vereenvoudiging en hun zucht tot bespoediging en bezuiniging! (a.w., p. 124, 128).

²¹⁷ Adv. B. 1949, p. 152.

²¹⁸ Adv. B. 1949, p. 243.

²¹⁹ De Minister van Justitie Van Oven heeft bij de behandeling in 1956 van het nieuwe huwelijksgoederenrecht in de Tweede Kamer terecht betoogd dat verzoeningspogingen van de rechter in rekest-procedures meer kans van slagen hebben dan in gewone procedures (Zie *J. M. Polak*, praeadvies Broederschap notarissen, nov. 1956, p. 47).

Dit geldt uiteraard slechts in het algemeen, want er komen in de praktijk zowel langzame, ingewikkelde en dure rekestprocedures als simpele, snelle, soepele en goedkope gewone procedures voor.

Tot de nadelen van de rekestprocedure kunnen in de eerste plaats gerekend worden de *rechtsonzekerheid* ten gevolge van het ontbreken van een algemene regeling, en voorts o.a. de algehele vrijheid van de rechter ten aanzien van het *bewijsrecht* en zijn vrijheid om de beschikking, ook in gevallen waarin de „belanghebbenden” verweer gevoerd hebben, niet te motiveren (tenzij de wet anders bepaalt).

De gewone procedure is met meer waarborgen omkleed; heeft vele vaste regels, waaraan zowel rechter als partijen houvast hebben; geeft partijen ruim gelegenheid hun standpunten uiteen te zetten, toe te lichten en te bewijzen. De behandeling vindt in het algemeen in het openbaar plaats; vrijwaring, voeging, tussenkomst, verwijzing, enz. zijn geregeld; het vonnis is gemotiveerd en heeft gezag van gewijsde; veroordeling in de kosten is mogelijk; er zijn meer rechtsmiddelen beschikbaar (verzet, rekest-civiel, derdenverzet).

Het Ontwerp-Bewijsrecht geeft de rechter in de gewone procedure ten aanzien van het bewijs een zeer grote vrijheid, zodat na aanvaarding daarvan een der verschilpunten met de rekestprocedure tot veel kleinere proporties zal zijn teruggebracht.

Aan de andere kant groeien nieuwe rekestprocedures, welke door de wetgever van diverse formele bepalingen voorzien worden, naar de gewone procedure toe.

Beide soorten procedures met de erbij behorende voor- en nadelen hebben m.i. recht op een plaats onder de *sol justitiae*.

Evenals in verscheidene andere landen blijft de rekestprocedure bij ons terrein winnen. Het nieuwe B.W. zal het bestaande aantal belangrijk vergroten. Vrijwel ieder wetsontwerp op het gebied van het burgerlijk recht bevat rekestprocedures. Recente voorbeelden zijn bijlagen IV ²²⁰

²²⁰ „Als proeve van een regeling” (van huwelijksontbinding na langdurige krankzinnigheid), „zoals die zou kunnen zijn, wanneer men meent dat de schaal te dezen in andere richting moet doorslaan dan zij voor de Commissie deed.” (Verslag p. 13).

en V van het Verslag van de Gespreksgroep ter bestudering van het vraagstuk van de echtscheiding (1961) en artt. 5.7.2.3 en 4 alsmede overgangsart. 3²²¹ van het Rapport van de Commissie inzake wettelijke regeling van het belemrecht (1961).

Kiest de wetgever de rekestprocedure, dan geeft hij dat gewoonlijk aan door het gebruik van woorden als verzoeken, verzoek, verzoekschrift, rekest, beschikking.

10. *Keuze van de rechtzoekende*

Er zijn gevallen, waarin de rechtzoekende²²² de vrije keuze heeft tussen de gewone en de rekestprocedure, b.v.:

- A. De echtgenoot, die tot echtscheiding ageert op grond van art. 264 3° B.W., kan kiezen tussen de gew. proc. en de rek. proc.²²³ van art. 265 B.W.²²⁴
- B. Echtgenoten, die twee jaar getrouwd zijn, en willen scheiden van tafel en bed, kunnen kiezen tussen de gew. proc. en de rek. proc. van art. 291 v. B.W.
- C. Iemand, die ter zake van de nakoming van een overeenkomst een opeisbare geldsom van ten hoogste f 500.— te vorderen heeft, kan kiezen²²⁵ tussen de gew. proc. en de rek. proc. van het Besluit ter vergemakkelijking van de inning van kleine geldvorderingen van 1942.²²⁶

²²¹ Met de toelichting: „Uit de bewoordingen van het eerste lid („met het verzoek”) blijkt, dat de procedure, die hier moet worden gevolgd, een rekest-procedure is. Dit wordt door de Commissie voorgesteld teneinde het de betrokkenen zo gemakkelijk mogelijk te maken een rechterlijke uitspraak te verkrijgen.”

²²² Ik gebruik dit woord ter vermijding van de termen „eiser” en „verzoeker”.

²²³ De uitspraak op een rekest ex art. 265 B.W. draagt het karakter van een beschikking (H.R. 8-4-1949, N.J. 514 (D.J.V.)).

²²⁴ In beide gevallen acht de H.R. de vervaltermijn van art. 274 B.W. van toepassing (24-6-1955, N.J. 571; anders Hof Leeuwarden 31-5-1950, N.J. 788). In het Ontwerp B.W. waren artt. 265 en 274 samengevoegd in art. 1.9.3.4 (Toelichting p. 87), welk art. echter tijdens de parlementaire behandeling gesneuveld is (Tweede Nota van Wijzigingen d.d. 30-9-1957 inzake Wetsontwerp 3768, no. 9).

²²⁵ H.R. 14-1-1949, N.J. 131.

²²⁶ De eerste fase van deze procedure, eindigende of met een afwijzende beschikking of met een dwangbevel, dat wel de kracht van een verstekvonnis heeft (art. 5 lid 2) maar toch een beschikking is (art. 5 lid 3), beschouw ik als een rekestprocedure. De eventuele tweede fase lijkt meer op een gewone procedure.

- D. Een partij bij een arbeidsovereenkomst, die op grond van een dringende, tevens gewichtige, reden de arbeidsovereenkomst door de rechter wil doen beëindigen, kan kiezen tussen de rek. proc. van art. 1639 w.²²⁷ en de gew. proc. van 1303 B.W.²²⁸
- E. Een rechtzoekende, die een actie tot onrechtmatigverklaring en verbod van een handelsnaam wil instellen, kan kiezen tussen een vordering ex art. 1401 B.W. en een rekest ex art. 6 Handelsnaamwet.²²⁹
- F. De huurder of verhuurder, die de betalingsverplichting van eerstgenoemde door de rechter wil doen vaststellen, heeft de keuze tussen de rek. proc. van art. 15 jo. 11 Huurwet of de gew. proc.²³⁰

Het komt voor dat op één zelfde wettekst beide soorten procedures gebaseerd kunnen worden, b.v. op art. 624 Rv. De tekst daarvan geeft de rekestprocedure aan, maar de rechter kan „evenzeer aan den in artikel 624 vervatten hoofdregel de bevoegdheid” ontleen om desgevorderd in een over de vraag, of een geschil aan arbitrage onderworpen is, aanhangig gewoon proces scheidslieden te benoemen.²³¹

11. *Keuze van de rechter*

De keuze tussen de twee soorten procedures pleegt door de wetgever te worden gedaan. In uitzonderingsgevallen, zoals de onder 10 vermelde, geeft de wetgever de rechtzoekende de *vrije* keuze.

Zijn er nu ook gevallen, waarin de wet niet duidelijk is, zodat de rechtzoekende *gedwongen* is een keuze te doen, welke uiteindelijk door de rechter of juist, of verkeerd, bevonden wordt? Hangt deze keuze dan van een materieel criterium (zoals b.v. de aard van de procedure) af?

²²⁷ H.R. 7-1-1938, N.J. 552.

²²⁸ Art. 1639 x B.W.; vgl. H.R. 19-6-1925, N.J. 936.

²²⁹ *Boekman*, a.w., p. 108 v.

²³⁰ H.R. 30-11-1951, N.J. 1952, 61. Vide *Wyltema*, Eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak en de artt. 15 e.v. Huurwet, N.J.B. 1958, 249 v. en 273 v. Vgl. beschikking en arrest H.R. 24-6-1960, N.J. 511 en 512.

²³¹ H.R. 26-6-1942, N.J. 578 (een practisch arrest!). Cfm. *Nolen*, p. 34; anders *Sanders*, Aantasting van arbitrale vonnissen, 1940, p. 211, n. 3.

Deze vraag is door *Meijers* besproken in zijn genoemd artikel „Eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak volgens de Nederlandse wet”, dat begint met de woorden:

„De vraag, waar de grenslijn ligt tusschen eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak, is bijna zoo oud als de rechts-wetenschap.”

Zijn beschouwingen hebben hem tot het volgende resultaat geleid:

...„of in een gegeven geval de gewone procesgang gevolgd en de daarvoor geldende wetsvoorschriften toegepast moeten worden, hangt niet af van den aard der procedure, maar slechts van de wet. Deze kiest in ieder geval of den eenen of den anderen vorm” ...²³²,

en

„De practijk van het procesrecht heeft behoefte aan eenvoudige, gemakkelijk te herkennen onderscheidingen. Vandaar dat, waar het recht verschillende soorten van rechtsgang kent, de wet in ieder geval aangeeft welke rechtsgang gevolgd moet worden of daartoe een eenvoudig herkenningsteeken van formeelen aard vaststelt. Daarachter moge wellicht een materieel verschil verscholen liggen, dit zij echter alleen een baken voor den wetgever, niet voor dengene, die bij den rechter recht zoekt.”²³³

Het artikel eindigt met de woorden:

„Zoo wordt men ten slotte voor de kenschetsing der gevallen, waarin in ons recht de gewone rechtsgang gevolgd moet worden en die waarin dit niet het geval is, wel op een zuiver formeel kenmerk aangewezen.”²³⁴

Veegens heeft zich hierbij aangesloten. Hij schrijft met verwijzing naar *Meijers*' genoemd artikel:

„Voor de vraag, of men met een vrije rekestprocedure in den zin van de artt. 428 en 429 te doen heeft, geldt uitsluitend een formeel criterium. *Meijers* heeft overtuigend aangetoond, dat alle pogingen om naar den aard van de processtof te onderscheiden tusschen de gevallen, waarin bij dagvaarding of bij rekest moet worden geprocedeerd, zijn gefaald.”²³⁵

Vooropstelling van formeel kenmerk

Met de boven weergegeven opvattingen van *Meijers* en *Veegens* kan ik mij niet in alle opzichten verenigen. Wel

²³² A.w., p. 268. Deze formulering is bijna letterlijk gelijk aan H.R. 4-5-1939, N.J. 937 (P.S.).

²³³ P. 269.

²³⁴ P. 270.

²³⁵ A.w., p. 259. Aldus ook zijn noot onder H.R. 16-12-1955, N.J. 1956, 521.

stel ook ik het formele criterium voorop: uit de *wet* moet blijken of de rechtzoekende een gewone dan wel een rekest-procedure moet instellen. *Dit is het ideaal, waarnaar de wetgever dient te streven.* Ideale toestanden treffen wij op aarde echter niet steeds aan; zelfs de Nederlandse wetgever laat wel eens een steek vallen. Het is een ervaringsfeit dat er wetsartikelen zijn, waaruit niet duidelijk blijkt welke van de twee rechtsgangen gevolgd dient te worden. In die gevallen faalt het formele criterium.

Geldt dan de redenering: de wet heeft geen keuze gedaan tussen de twee mogelijkheden, dus de rechtzoekende mag zelf kiezen? Helaas is het rechtsleven niet zo eenvoudig: de regels en consequenties van de ene rechtsgang zijn in het algemeen zo hemelsbreed verschillend van de andere, dat er van een vrije keuze geen sprake kan zijn (behoudens in uitzonderingsgevallen, zoals boven vermeld).

De keuze is dus gedwongen en de rechter beslist of deze goed of slecht geweest is.

Bij gebreke van formeel kenmerk: uitlegging

Door *uitlegging* van het betreffende wetsartikel zal moeten worden uitgemaakt, welke rechtsgang de rechtzoekende open staat.

Voor de stelling, dat het formele criterium niet steeds uitkomst biedt, kan ik mij beroepen op *Meijers* zelf (niet van 1916, maar van 1932 en 1934). In zijn noot onder H.R. 21-12-1931, N.J. 1932, 427 heeft hij o.a. geschreven:

„Het is wel merkwaardig hoe bijna allen, die omtrent deze kwestie geschreven hebben, voorop ik zelf, daarbij hardnekkig één vraag onbeantwoord hebben gelaten: wat is beslissend voor de vraag of een rechtszaak bij dagvaarding aanhangig gemaakt moet worden? Weliswaar maakt de wet dit veelal voor het bijzondere geval uit door te verklaren dat iemand iets aan den rechter bij verzoekschrift kan verzoeken, of dat iemand het recht heeft iets te vorderen of te eischen. Hoe echter te beslissen, indien ieder zoodanig bijzonder aanknopingspunt in de wet ontbreekt? Hoewel deze vraag betrekkelijk zelden rijst, mag zij toch hierom alleen niet bij het onderwerp, eigenlijke of oneigenlijke rechtspraak, onbesproken blijven, omdat de Hooge Raad bij deze vraag noodgedwongen, *bij gebreke van formeele aanknopingspunten, materiele kenmerken* beslissend acht.”²³⁶

²³⁶ Mijn cursiveringen.

De sequestratie-beschikking van H.R. 12-2-1934, N.J. 1575

Uit *Meijers'* noot onder deze beschikking citeer ik het begin en het slot:

„Wederom een geval, waarin in de wet niet duidelijk is aangegeven of de rekestprocedure of de procedure op tegenspraak moet gevolgd worden. In een zoodanig geval, waarin formeele kenmerken ontbreken, moet gezocht worden naar een *materieel kenmerk* voor de eigenlijke rechtspraak, die immers volgens artikel 1 Weth. v. Burg. Rechtsv. *imperatief* met een *dagvaarding* begint *zoolang de wet zelf niet anders aangeeft*. Men zie laatstelijk H.R. 21 Dec. 1931, N.J. 1932, 427.”²³⁷

„De grenslijn tusschen de tweeërlei soorten van rechterlijke werkzaamheid is immers vóór alles in ons recht een die op formeele kenmerken is opgetrokken; slechts waar die ontbreken, moet op materieele kenmerken gelet worden.”

Het ging hier om de vraag of inzake artt. 1773 en 1775 B.W. de rekest- of de gewone procedure gevolgd moest worden. Deze artt. geven het niet aan en vereisen dus uitlegging. De H.R. heeft zich terzake verenigd met de overweging van P.-G. Tak²³⁸: „dat de sequestratie eener zaak geschiedt op rechterlijk bevel en niet is in te zien, waarom zulk een bevel, hetwelk niet de uitkomst is van een eigenlijk rechtsgeding, niet zou mogen worden ingeleid door en verkregen worden op een daartoe strekkend verzoekschrift, evenals dat bij art. 1122 B.W. het geval is.”

In zijn noot heeft *Meijers* deze wel wat zwakke argumentatie enigszins versterkt door erop te wijzen dat het woord „bevelen” van artt. 1773 en 1775 B.W. de vertaling is van „ordonner” van art. 1961 Code Civil, dat men in Frankrijk slechts twee soorten „ordonnances”, n.l. „sur requête” en „de référé” kent en dat ook aldaar algemeen de sequestratie van genoemd Code art. tot de „jurisdiction gracieuse” gerekend wordt.

Hetgeen *Meijers* in zijn noot „letten op materiële kenmerken” noemt, beschouw ik eerder als *uitlegging* van de wetsartt. in kwestie.

Hiervoor staat — om met *Veegens* (noot onder H.R. 24-2-1950, N.J. 742) te spreken — het gehele arsenaal van uit-

²³⁷ Mijn cursiveringen.

²³⁸ Zie ook diens conclusie (tevens over de vraag wie inz. 1773 B.W. de bevoegde rechter is) vóór H.R. 1-10-1928, N.J. 1539.

leggingsmethoden ter beschikking. Daartoe behoort ook het argumenteren op grond van de aard van de procesmaterie (dus een „materieel” criterium), maar deze argumentatiemethode zal slechts zelden toepassing kunnen vinden. Enige voorbeelden volgen hieronder.²³⁹

Een materieel criterium kan naar mijn mening niet op het al dan niet aanwezig zijn van een „twistvraag” gebaseerd worden.

Tot driemaal toe is een zodanig argument gebruikt in de volgende

Arbitrage-beslissingen inzake art. 624 Rv.

Bij beschikkingen van 24-5-1918, N.J. 630, W. 10285 (H.d.J.) en 17-10-1933, N.J. 1934, 801 (P.S.), W. 12722 (W.N.) en arrest van 26-6-1942, N.J. 578 heeft de H.R. beslist dat, indien er onenigheid bestaat tussen partijen of een geschil aan arbitrage onderworpen is, er een *twistvraag* aanwezig is, welke beslissing op de gewone wijze ingevolge art. 1 Rv. bij dagvaarding moet worden gevraagd.

Dit „twistvraag-argument”, waarbij *Meijers* zich in zijn noot onder H.R. 21-12-1931, N.J. 1932, 427 heeft aangesloten, acht ik ondeugdelijk, daar rekestprocedures dikwijls een „twist”-karakter hebben. Vele rekestprocedures zijn niets anders dan zuivere twistgedingen.²⁴⁰ Een rekestprocedure kan „in alle opzichten het karakter van een rechtsstrijd tussen gelijkgerechtigde partijen” dragen, zoals *Veegens* terecht stelt.²⁴¹

Met genoemde arbitrage-beslissingen van de H.R. kan ik mij niettemin verenigen, maar op grond van een andere argumentatie, te weten: „De in art. 624 Rv. genoemde rechter is slechts bevoegd in een rekestprocedure scheidsmannen te benoemen, indien partijen „niet onderling kunnen overeenkomen over de keus”. Zij partijen het niet eens over de *prealabele* vraag of er wel een aan arbitrage onderworpen geschil aanwezig is, dan dient deze vraag ingevolge art. 1 Rv. in een gewone procedure te worden beslist.”

²³⁹ Zie p. 224, 225.

²⁴⁰ Zie p. 212, 213.

²⁴¹ Noot onder H.R. 16-12-1955, N.J. 1956, 521. *Scholten* wees er in 1935 op dat de rekestprocedure meer en meer gebruikelijk wordt voor allerlei mogelijkheden van rechtsstrijd tussen partijen (noot onder H.R. 22-2-1935, N.J. 817).

Men kan het ook anders formuleren: „Art. 624 Rv. heeft een facilititeit geschapen, teneinde de betrokkenen de gewone rechtsgang te besparen. Het laat voor benoeming door de rechter van scheidsmannen geen ruimte, indien daaraan een beslissing omtrent de vraag, of er wel een aan arbitrage onderworpen geschil aanwezig is, zou moeten voorafgaan.”

Deze laatste wijze van formuleren heb ik ontleend aan de H.R. zelf (24-6-1960, N.J. 511, inzake art. 15 Huurwet).

Het curatele-arrest van 4-5-1939, N.J. 937 (P.S.)

Een al te forse *afwijzing* van het materieel criterium is te vinden in bovengenoemd arrest²⁴², waarin de H.R. overwogen heeft:

„dat de beantwoording der vraag, of de gewone rechtsgang gevolgd moet worden, evenwel *niet afhangt van den aard der procedure*²⁴³, doch enkel van de wet, die in hare voorschriften den vorm der te volgen rechtsgang bepaalt.”

Deze argumentatie gaat ervan uit dat de wet duidelijk de vorm van de rechtsgang heeft aangegeven. Indien dit het geval is, doet de aard der procedure er inderdaad niets toe.

Het machtigingsarrest v. 8-11-1946, N.J. 1947, 36 (E.M.M.)

Is de wet echter onduidelijk, dan kan, bij de uitlegging daarvan aan de aard en strekking der procedure een argument ontleend worden. Dit is geschied in vermeld arrest betreffende de machtiging van art. 56 h, lid 5, K. Dit art. schrijft in lid 2 inzake de aanwijzing van een bewaarder de rekestprocedure voor. Lid 5 luidt:

²⁴² Hierbij is terecht beslist dat het „vonnis” van art. 496 B.W. een beschikking op verzoekschrift is. Idem H.R. 24-2-1956, N.J. 132. In de titel Curatele van het nieuwe B.W. wordt de neutrale term „uitspraak” gebruikt in artt. 4, 14 en 15. Uit de woorden „verzocht”, „verzoek” en „verzoekers” in artt. 1.16.2, 1.16.14 en 1.16.15 blijkt dat terzake de rekestprocedure gevolgd moet worden. Hoe deze geregeld zal worden, is onbekend; vide Toelichting p. 100: „Overigens behoort de regeling der procedure die moet worden gevolgd om tot ondercuratelestelling te komen, in het Wetboek van B. Rv. thuis en zij is daarom hier achterwege gelaten.” De wetgever kan dus nog kiezen tussen de termen „beschikking” en „vonnis”.

²⁴³ Door mij gecursiveerd.

„De aandeelhouders der ontbonden vennootschap of hunne rechtverkrigenden kunnen door de rechtbank, in het tweede lid bedoeld, worden gemachtigd tot inzage van de boeken en bescheiden, indien zij aantonen als zoodanig bij die inzage een redelijk belang te hebben.”

Uit de geschiedenis blijkt niet dat de wetgever hier een rekestprocedure bedoeld heeft (vide conclusie A.-G. Wijneveldt).

De H.R. heeft terzake beslist dat de machtiging in een gewone procedure moet worden gevraagd, overwegende:

„dat toch genoemde wetsbepaling niet voorschrijft een rechterlijke machtiging als een wettelijke voorwaarde voor de bevoegdheid van een aandeelhouder om de boeken en bescheiden in te zien, doch het oog heeft op een rechterlijke machtiging in den trant van art. 1277 B.W., welke een aandeelhouder kan vragen om zich inzage der boeken te verschaffen, als een dwangmiddel tegen den onwilligen bewaarder, die niet nakomt zijn verplichting om hem bij aanwezigheid van een redelijk belang, desverlangd, toegang tot de boeken te verleenen;

dat de beantwoording der vraag of er voor zoodanige machtiging in een gegeven geval grond bestaat, vereischt de beslissing van een tussen partijen — den bewaarder en dengeen, die erkenning van zijn beweerd recht tot inzage verlangt — bestaande twistvraag, welke beslissing ingevolge art. 1 Rv. bij dagvaarding moet worden gevraagd;”

Meijers heeft hierbij in zijn noot o.a. aangetekend:

„De Hooge Raad onderzocht hier” . . . „terecht of de machtiging van art. 56 h lid 5 K. strekt om den aandeelhouder bevoegd te maken om de boeken en bescheiden in te zien, dan wel om hem een dwangmiddel te geven tegen een bewaarder, die reeds daarvoor verplicht was om hem toegang tot de boeken en bescheiden te geven, doch deze verplichting weigert na te komen. Inderdaad met de beantwoording van deze laatste vraag, is ook die omtrent dagvaarding of verzoekschrift beslist.”

Dit is dus een geval van een onduidelijke wettekst, die geïnterpreteerd moet worden, waarbij een materieel criterium (aard en strekking van de machtiging) gehanteerd is. Op grond van dit materiële criterium kon de H.R. de keus op de gewone procedure laten vallen. Het hieraan toegevoegde twistvraagargument had m.i. beter achterwege kunnen blijven. Het is, zoals boven betoogd, nietszeggend, daar beide soorten procedures twistgedingen kunnen zijn.

Of deze beslissing van de H.R. juist is, moge thans in het

midden blijven. Vide hieromtrent de belangwekkende beschouwingen in de noot van *Meijers*, met wie ik het eens ben „dat er minstens evenveel argumenten tegen als vóór de opvatting van den Hoogen Raad te geven zijn”. Bij de tegenargumenten zou ik nog willen voegen: lid 5 verwijst naar „de rechtbank in het tweede lid bedoeld”, terwijl in dat tweede lid een rekestprocedure aan de orde is; indien de wetgever in lid 5 een ander soort procedure gewenst had, zou dit duidelijker tot uitdrukking gebracht zijn.^{243a}

Verzet in ouderlijke macht- en voogdijzaken

Indien de wet het rechtsmiddel van *verzet* toekent en niet duidelijk is of het verzet bij dagvaarding dan wel bij rekest moet worden ingesteld, zal de rechter tussen beide mogelijkheden moeten kiezen.

De H.R. heeft de dagvaardingsvorm gekozen inzake het verzet tegen het bevelschrift van art. 41 Krankzinnigenwet.²⁴⁴

Hoe moet geoordeeld worden inzake het verzet van art. 910 jo. 931, 932, 933, 941, 946 en 948 Rv.? De wet geeft niet aan op welke wijze men in verzet moet gaan.²⁴⁵ Daar het hier om verzet tegen beschikkingen op rekest gaat en hoger beroep en cassatie bij rekest geschieden, lijkt het mij aangewezen tot de rekestvorm voor het verzet te concluderen. Men kan dit ook beredeneren met behulp van het materiële criterium: het ouderlijke macht- en voogdijrecht is een typische vrijwillige-rechtspraak (= rekestprocedure)-materie, en daarom dient ook het verzet in rekestvorm te geschieden.²⁴⁶

^{243a} In het nieuwe B.W. is de onduidelijkheid niet verdwenen (zie art. 2.3.6.11, leden 2 en 5).

²⁴⁴ Beschikking van 21-12-1931, N.J. 1932, 427 (E.M.M.).

²⁴⁵ *Asser-Wiarda*, p. 853.

²⁴⁶ *Asser-Wiarda* (t.a.p.) komt tot hetzelfde resultaat op grond van een iets andere redenering: „Men moet aannemen, dat hier hetzelfde geldt als in het algemeen voor het verzet bij de z.g. oneigenlijke rechtspraak” „wordt aangenomen, nl. dat dit geschiedt bij verzoekschrift.” Dat dit laatste wordt aangenomen, is mij niet duidelijk, daar er in het algemeen geen verzet bij bedoelde oneigenlijke rechtspraak mogelijk is. Zie H.R. 8-4-1949, N.J. 514, *Reuder*, p. 92 en *Asser-Wiarda zelf*, p. 852. Waar verzet toegestaan is, b.v. art. 828 c Rv., artt. 8, 10, 184, 209 F.W. is de rekestvorm in de wet voorgeschreven. Voor verzet in adoptiezaken zie hieronder.

Verzet in adoptiezaken

De vorm van dit verzet is evenmin door de wetgever aangegeven. Hij heeft wel bepaald dat in adoptiezaken het hoger beroep „bij request wordt ingesteld” (artt. 975 en 982 Rv.) en het beroep in cassatie „bij request wordt aangebracht” (artt. 976 en 983), maar omtrent de wijze van in verzet gaan, waartoe artt. 974 en 981 de mogelijkheid openen, het zwijgen bewaard. Ook hier is dus twijfel mogelijk; de rechter zal moeten kiezen tussen dagvaarding en rekest.

Nu de inleiding, het hoger beroep en de cassatie bij rekest plaats vinden, dient naar mijn oordeel de rechter voor het verzet ook de rekestvorm te kiezen.²⁴⁷ Ook hier kan gebruik gemaakt worden van het materiële criterium: adoptie is een typische vrijwillige-rechtspraak-materie.

12. *Systeem der wetgeving*

Zoals uit het voorgaande blijkt, is het *formele kenmerk* van fundamentele betekenis: de *wetgever* kiest tussen beide soorten procedures.

In sommige gevallen is, zoals vermeld, de rechtzoekende de vrije keuze gelaten.

In een betrekkelijk klein aantal gevallen heeft de wetgever wel een actie toegekend, maar in het betreffende wetsartikel niet duidelijk de soort procedure aangegeven. Het wetsartikel dient dan uitgelegd te worden en wel op de gebruikelijke wijzen, waarbij een aan de aard van de proces-stof ontleend „materiële criterium” een bescheiden rol kan spelen.

Indien de interpretatie van het wetsartikel geen uitkomst biedt, zal de rechtzoekende ingevolge art. 1 Rv. de gewone rechtsgang moeten volgen.

De rechtsmacht van de rechterlijke macht heeft een *algemene fundering* in artt. 167 Grondwet en 2 R.O. ten aanzien van gewone procedures, voorzover deze onder de omschrijvingen van genoemde artt. vallen.

Dat de wetgever bij deze omschrijvingen (*twistgedingen* — resp. *geschillen* — over eigendom of daaruit voortvloeiende rechten, over schuldvordering of (sinds 1848: en

²⁴⁷ Conform Rutten, p. 197.

andere) — resp. schuldvorderingen of — burgerlijke rechten), evenals bij de redactie van art. 1 Rv., slechts aan gewone procedures gedacht heeft, blijkt o.a. uit de slotwoorden van art. 2 R.O.: „volgens de verdeelingen van rechtsgebied, de regterlijke bevoegdheid en de werkzaamheden bij deze wet geregeld”.

De rekestprocedure in eerste aanleg en hoger beroep heeft immers geen solide basis in R.O. (zie boven, p. 177).

Daar ten deze een *algemene* opdracht van rechtsmacht aan de rechterlijke macht ontbreekt, dient iedere rekestprocedure op een wetsartikel te steunen.²⁴⁸ Er moet m.a.w. ten aanzien van iedere rekestprocedure een *bijzondere* opdracht van rechtsmacht zijn.²⁴⁹ Mitsdien vormen de rekestprocedures een gesloten systeem.²⁵⁰ Het is dan ook mogelijk een lijst op te stellen van alle rekestprocedures, die onze wetgeving *thans* kent.

Dat dit systeem gesloten is, betekent uiteraard niet dat er geen nieuwe rekestprocedures bij zullen komen. De vloed is niet meer te stuiten en het is onbegonnen werk hiertegen een dam op te werpen. Hoe meer rekestprocedures gecreëerd worden, hoe urgenter de algemene regeling daarvan wordt.

Het bovenstaande wordt o.a. door de volgende jurisprudentie bevestigd (in chronologische volgorde en met mijn cursiveringen):

H.R. 6-12-1918, N.J. 1919, 137 (betreffende een bij rekest verzochte declaratoire beslissing): „dat de gevraagde verklaring niet is de beslissing van een twistgeding”

„dat de verlangde uitspraak dus door eenige *bijzondere bepaling* zou moeten zijn gerechtvaardigd”

H.R. 11-5-1931, N.J. 1617²⁵¹: „dat ten deze feitelijk is uitgemaakt, dat het door gerequesteerde tot den President der Arrondissements-Rechtbank te Winschoten gericht verzoek om een lid en een voorzitter van een scheidsge-

²⁴⁸ Waarbij het artikel uiteraard naar de strekking mag worden uitgelegd. Vide H.R. 28-11-1918, N.J. 1919, 104. Vgl. H.R. 30-11-1956, N.J. 1957, 16.

²⁴⁹ Cfm. *Kingma Boltjes*, p. 311, *Reuder*, p. 51, *Zuidema*, p. 69-70. *Van Boneval Faure*, I, 3c dr., p. 94. Anders G. J. van Brakel, N.J.B. 1926, p. 631.

²⁵⁰ *Kingma Boltjes*, t.a.p.

²⁵¹ Vgl. H.R. 3-12-1915, N.J. 1916, 140 en 23-4-1942, N.J. 396, alsmede Hof Arnhem 4-4-1939, N.J. 1940, 195.

recht aan te wijzen niet op *eenige wetsbepaling*" „steunde”;

„dat het Hof hieruit terecht heeft afgeleid, dat de President — uit welwillendheid aan meergemeld verzoek voldoende, — *geen daad van rechtspraak* verrichtte en de door hem gegeven beschikking, ook al werd zij in den vorm eener rechterlijke beslissing gegeven, dit karakter in werkelijkheid niet had.”;

H.R.9-6-1950, N.J. 629: „dat het tweede middel op zich zelf gegrond is, vermits de rechtbank op het verzoek van den Officier van Justitie een beschikking heeft gegeven, *welke de wet niet kent*”;

H.R. 12-6-1953, N.J. 1954, 1 (D.J.V.) (waarbij een declaratoire beschikking inzake „*Namenserteilung*” in het belang der wet op de weinig voorkomende grond *overschrijding van rechtsmacht* vernietigd is): „dat bij het eerste middel wordt geklaagd over overschrijding van rechtsmacht, en terecht;

„dat toch de Rb. voor het nemen van deze beschikking geen steun kon vinden in de *wettelijke voorschriften*, welke de *rechtsmacht* van de rechterlijke macht bepalen;”²⁵²

Hof Arnhem (Burg. Kamer) 21-6-1955, N.J. 769: „dat nu, waar *geen enkele wetsbepaling* de Pachtkamer het recht geeft om” „de verpachter-appellant tot betaling van een geldsom te veroordelen, deze onbevoegdlijk door de Rechter gegeven beschikking” „geen rechtskracht heeft en niet kan worden geëxecuteerd;”²⁵³

Hof Arnhem (Pachtkamer) 23-11-1959, N.J. 1960, 384: „dat deze in *voluntaire jurisdictie* onbevoegdlijk gegeven last geen rechtskracht had en niet kon worden geëxecuteerd”

Iedere rekestprocedure moet dus steunen op een bepaald wetsartikel, waarbij een bijzondere opdracht van rechtsmacht aan de rechterlijke macht gegeven is. Een gewone procedure kan worden ingesteld, indien ter zake of de

²⁵² *Veegens* wijst er in zijn noot op dat de verzoekster haar stiefvader voor de Rb. had „kunnen dagvaarden teneinde een declaratoir vonnis te verkrijgen, dat alleen voor partijen bindend zou zijn geweest. Een dergelijke vordering had wellicht kunnen stranden op gemis van belang, maar niet omdat zij viel buiten het kader van de artt. 160 (thans 167) Gw. en 2 R.O.”

²⁵³ Vgl. H.R. 24-6-1960, N.J. 512 (inz. art. 15 Huurwet).

algemene opdracht van rechtsmacht van art. 2 R.O., of een *bijzondere* opdracht van rechtsmacht krachtens een bepaald wetsartikel, aanwezig is.

Dat de gewone procedure de algemene en de rekestprocedure de uitzonderingsprocedure is, wordt bevestigd door art. 1 Rv., zoals dit uitgelegd wordt door H.R. 21-12-1931, N.J. 1932, 427 (E.M.M.)²⁵⁴; de regel, dat elke rechtsingang met een dagvaarding aanvangt, lijdt slechts uitzondering in die gevallen, waarin ten aanzien van een bepaalde rechtsingang een afwijkende regeling in de wet voorkomt.

Naar mijn mening dient de tekst van art. 1 bij gelegenheid (urgent is dit niet) verbeterd te worden.

In het Ontwerp-Gratama (p. 28) wordt de volgende tekst voorgesteld: „Het geding vangt in den regel aan met eene dagvaarding. Zij wordt aan den verweerder bij exploit beteekend”, met de toelichting (p. 94): „De woorden „in den regel” brengen in herinnering, dat er gedingen zijn, die aanvangen met een verzoekschrift.”

Het Rapport van een Commissie uit de Adv. Ver. (1923) critiseert terecht de voorgestelde redactie: „Het is onjuist te zeggen „in den regel”; dit is constatering van een feit, niet de redactie voor een wetsvoorschrift. Men leze: „Het geding vangt, behoudens in de wet voorkomende uitzonderingen, aan met enz., of iets dergelijks.”

Ik stel voor de beginwoorden van art. 1 te doen luiden: „Tenzij een andere aanvangswijze uit de wet volgt, vangt elke rechtsingang aan met een dagvaarding”.

Niet: „Tenzij de wet anders bepaalt”²⁵⁵, omdat die tekst niet voldoende laat uitkomen dat een onduidelijk wetsartikel *uitgelegd* dient te worden. Ik denk hierbij o.a. aan de boven besproken verzetsgevallen van art. 910 (ouderlijke macht en voogdijzaken) en artt. 974, 981 Rv. (adoptie).

Het materieel criterium van het Ontwerp-Bewijsrecht

Naar mijn oordeel werkt het bestaande systeem van wetgeving en rechtspraak bevredigend en is er geen aanleiding hiervoor in de plaats een materieel criterium, zoals dat van

²⁵⁴ Reeds vermeld op p. 162.

²⁵⁵ Zoals voorgesteld in het Ontwerp-1863 (Uitgave De Pinto, p. 26): „Elke regtsvordering wordt ingesteld bij een exploit van dagvaarding, tenzij de wet anders bepaalt”.

het Ontwerp-Bewijsrecht, in de wet op te nemen. In de Toelichting, waarvan ik een gedeelte boven (p. 186) geciteerd heb, wordt het volgende onderscheid gemaakt tussen contentieuze en vrijwillige of oneigenlijke rechtspraak: I. „Gedingen, waarin een rechtsbetrekking, tussen partijen in geschil, aan 's rechters oordeel wordt onderworpen (*contentieuze rechtspraak*)

II. „rechterlijke werkzaamheden, die niet leiden tot bepaling van een rechtsbetrekking in geschil, maar strekken tot uitvoering van wetsvoorschriften, waarin maatregelen ter bescherming van algemene of bijzondere belangen zijn vervat (*vrijwillige of oneigenlijke rechtspraak*)”²⁵⁶

Deze indeling is mij niet geheel duidelijk. Zij zou min of meer sluitend zijn indien de tweede rubriek alleen negatief omschreven was, maar deze bevat tevens een positieve omschrijving, welke zo ruim gesteld is dat rubriek I er geheel of althans voor een groot gedeelte onder gebracht kan worden. Want onder „rechterlijke werkzaamheden, die” „strekken tot uitvoering van wetsvoorschriften, waarin maatregelen ter bescherming van algemene of bijzondere belangen zijn vervat” vallen m.i. ongeveer alle denkbare rechterlijke werkzaamheden, zowel in gewone als in rekestprocedures, dus ook het in beide soorten procedures oordelen en beslissen over rechtsbetrekkingen in geschil.

Ook indien ik de positieve omschrijving van rubriek II wegdenk, brengt genoemde indeling mij in moeilijkheden. Er worden in gewone procedures zeer vele vonnissen gewezen²⁵⁷, zonder dat er een rechtsbetrekking in *geschil* is (b.v. in verstek- en refertezaken en in gedingen, waarin de eis uitdrukkelijk erkend wordt). Het is bij ons en internationaal gebruikelijk deze procedures tot de contentieuze rechtspraak te rekenen, maar naar de omschrijving zouden zij in rubriek II vallen.

Dan zijn er de vele *rekestprocedures*, waarin rechtsbetrekkingen in geschil aan 's rechters oordeel onderworpen worden. Naar de omschrijving zouden zij m.i. in rubriek I vallen, ook al wordt daarin van „partijen” gesproken (welk

²⁵⁶ Er zij aan herinnerd dat het voorgestelde art. 182 de term „oneigenlijke rechtspraak” bevat. De woorden „rechtsbetrekking in geschil” komen voor in de voorgestelde artt. 67, 176 en 189.

²⁵⁷ Vermoedelijk zelfs de meerderheid, zie p. 180, n. 93.

woord bij de meeste rekestprocedures vermeden wordt). Vallen zij inderdaad in rubriek I, dan zullen de consequenties daarvan op het gebied van bewijsrecht, inclusief gezag van gewijsde, aanvaard moeten worden. Dit zou een radicale verandering van het bestaande systeem van wetgeving en rechtspraak en een overwinning van het materiële op het formele criterium betekenen, waarvan de gevolgen niet te overzien zijn.

13. *Welwillendheidsbeslissingen*

Sporadisch zijn in de gepubliceerde jurisprudentie gevallen te vinden van welwillendheidsbeslissingen, zoals dat behandeld in H.R. 11-5-1931, N.J. 1617 (boven vermeld). Meestal zal er geen aanleiding tot publicatie zijn. De meest voorkomende welwillendheidsbeslissingen zullen wel zijn benoemingen van scheidsmannen, krachtens arbitrale bedingen, door minzame Presidenten, alsmede — buiten de gevallen van art. 624 jo. 620 Rv. — wellevende²⁵⁸ Kantonsrechters en benevolente Rechtbanken.

Een typische welwillendheidsbeslissing is gegeven door Hof Amsterdam 27-2-1946, N.J. 645. Op het op geen wetsartikel gebaseerde rekest van een in noodpositie verkerende weduwe heeft het Hof bij *declaratoire* beschikking verstaan dat bewezen is dat haar echtgenoot in het concentratiekamp te Dachau in 1945 is overleden. Het Hof heeft o.m. overwogen „dat — al wijst de wet niet bepaaldelijk een rechter aan, tot wien appellante zich met haar onderhavig verzoek kan wenden — het Hof, waar geen wettelijk voorschrift de rechterlijke macht verbiedt op zulk een verzoekschrift te beschikken, het in de gegeven zeer buitengewone omstandigheden redelijk acht om aan te nemen dat de rechter en wel in casu de Rechtbank van de woonplaats van verzoekster” „ten deze bevoegd is.”

De N.J. redactie heeft hierbij terecht aangetekend: „De schrijvers nemen vrijwel unaniem aan, dat de competentie tot vrijwillige rechtspraak alleen berust op wettelijke opdracht. Zoo ook meerendeels de jurisprudentie. Zie J. G. L. Röder, *De grondtrekken van het procesrecht der vrijwillige rechtspraak*, Prft. Leiden, 1939, p. 51 vlgg.”

²⁵⁸ Ontleend aan *Van Brakel en Jonker, a.w.*, p. 112.

Ook van de Rb. Amsterdam is een welwillende beschikking in de N.J. verceuwigd (30-4-1919, 684). De Rb. benoemde een bewindvoerder in een geval van zeer ernstige ziekte, welke analoog werd geacht met de „afwezigheid” van art. 519 B.W. Nog geen jaar later weigerde de Rb. echter een identiek verzoek, welke weigering werd bekrachtigd door Hof Amsterdam 9-2-1920, W. 10606 (overwegende dat voor afwezigheid „in de eerste plaats noodig is, dat iemand zijn woonplaats verlaten heeft”).

Een aandeelhouder heeft de Rb. Roermond eens verzocht een deskundige ter vaststelling van de koers van zijn aandelen te benoemen. De Rb. heeft dit verzoek bij beschikking van 31-3-1955, N.J. 551, terecht afgewezen, omdat ter zake „door de Wet aan de rechterlijke macht geen opdracht is gegeven”, en hieraan toegevoegd dat verzoeker geen belang had bij een benoeming uit *welwillendheid*, daar de andere aandeelhouders niet gebonden zouden zijn aan een koersvaststelling door een door de Rb. benoemd deskundige.

Voor de Nederlandse belastingbetalers is het geruststellend te weten dat zij bij de H.R. op een grote mate van welwillendheid mogen rekenen, zoals blijkt uit het door *Nypels* (Bundel Tijd en Vlijt, 1952, p. 20) medegedeelde geval van een ontvankelijk verklaard beroep in cassatie: „Toen” „een Veluws boertje aan den Hogen Raad een uitspraak van den Raad van Beroep te Arnhem inzond, waarop hij niet anders dan met potlood had geschreven: „Mijn schild ende betrouwen zijt Gij, O God, mijn Heer”, was dit duidelijk bedoeld als beroepschrift in cassatie en zijn beroep ontvankelijk.”

14. *Slotbeschouwing en conclusies*

Aan mijn omzwervingen door het grensgebied tussen gewone en rekestprocedures is een einde gekomen. Een klein gedeelte ervan heb ik kunnen exploreren maar slechts op oppervlakkige wijze.

„De vraag, waar de grenslijn ligt tussen eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak, is” — naar het woord van *Meijers* — „bijna zoo oud als de rechtswetenschap”.

Het positieve recht van ieder land zal op die vraag een

praktisch antwoord moeten geven. Een theoretische grenslijn, d.w.z. een voor alle gevallen bevredigend materieel criterium, heb ik niet kunnen ontdekken.

Het twistvraag-kenmerk heb ik gewogen en te licht bevonden.

Ook het criterium van het al of niet aan 's rechters oordeel onderworpen zijn van een rechtsbetrekking in geschil kon mij niet bekoren.

Dient het systeem van onze wetgeving, waarbij voor iedere rekestprocedure een bijzondere opdracht van rechtsmacht in de vorm van een bepaald wetsartikel vereist is, verlaten te worden?

Mijn antwoord luidt ontkennend. Ik acht het een goed systeem en zie geen reden om „algemene regelen omtrent de gevallen, waarin de civiele rekestprocedure moet worden gevolgd” in de wet op te nemen. Iedere rekestprocedure dient op een speciaal wetsartikel te blijven steunen. In de weinige gevallen, waarin een wetsartikel tot twijfel aanleiding geeft, dient het uitgelegd te worden, waarbij men een enkele keer met een materieel criterium kan werken. De wijze van interpretatie dient aan de rechterlijke macht te worden overgelaten. Ik ben er geen voorstander van ter zake uitleggingsregels in de wet vast te leggen.

Het is uiteraard gewenst bij ieder nieuw wetsartikel, waarin van een procedure sprake is, duidelijk aan te geven of de gewone dan wel de rekestprocedure gevolgd moet worden. Van de wetgever mag immers verwacht worden dat hij het processuele verkeer duidelijk sorteert in twee stromen: het langzame verkeer van de gezapig en gestadig in het gareel voortgaande, gedegen, geëquilibreerde, grondig gevoerde, van goede getuigen voorzien, gezag van gewijsde gevende, *gewone gedingen* en het snelle verkeer van de speciale, zich met spoed voortbewegende, simpele, soepele, *summiere rekestprocedures*.

Wij wachten op een algemene regeling van de rekestprocedure. Naar mijn mening zal deze regeling dienen te gelden voor alle bestaande en toekomstige op *bepaalde* (niet: algemene) wetsartikelen berustende rekestprocedures, voorzover ter zake geen afwijkende regelingen zijn of worden getroffen. Ik zie geen aanleiding voor te stellen *algemene* wetsartikelen, zoals art. 54, lid 1, van de Franse

wet van 1808 (zie noot 171) en art. 2, sub 1^o., van de Franse wet van 1944 (zie p. 204), in het leven te roepen.

Mijn enige positieve voorstel (hierboven toegelicht onder 12) is om de beginwoorden van art. 1 Rv. te wijzigen in:

„Tenzij een andere aanvangswijze uit de wet volgt, vangt elke rechtsingang aan met een dagvaarding...”

Moge onze wetgeving spoedig verrijkt worden met een algemene regeling van de rekestprocedure, welke *Petit* in staat zal stellen te spreken van „de systematische, logische, duidelijke en volkomen regeling van de vrijwillige rechtspraak”. Indien ook de andere door de wetgever voorgenomen hervormingen zullen zijn uitgevoerd, zal, naar ik hoop, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zich ingevolge de wens van *De Pinto* met het epitheton „goed” kunnen gaan sieren.

INHOUD

1. Inleiding	155
2. Artikel 1 Rv.	157
3. Hoger beroep (art. 345 Rv.)	162
4. Revisie (art. 364 jo. 345 Rv.)	167
5. Cassatie (artt. 428—429 Rv.)	167
6. Rechtsweigering (art. 844 Rv.)	173
7. Terminologie	178
8. Buitenlands recht	187
9. Keuze van de Nederlandse wetgever tussen ge- wone en rekestprocedure	211
10. Keuze van de rechtzoekende	216
11. Keuze van de rechter	217
12. Systeem der wetgeving	225
13. Welwillendheidsbeslissingen	230
14. Slotbeschouwing en conclusies	231