

DE INVLOED DER PRAKTIJK OP DE VORMING VAN HET NEDERLANDSCHE PROCESRECHT

DOOR

MR. E. M. MEIJERS,

Hoogleraar te Leiden.

Sinds in 1811 de zoogenaamde summiere procedure in ons burgerlijk procesrecht is ingevoerd, hebben twee belangrijke herzieningen plaats gevonden; die van 1838, toen, voortbouwend op den Franschen code de procédure civile, ons Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering werd ingevoerd en die van 1896, toen de zoogenaamde wet HARTOGH in werking is getreden. Beide herzieningen zijn door mannen van de praktijk met zorg voorbereid en door Staten-Generaal en Regeering van alle kanten gezien en besproken, bij beide stond vereenvoudiging van de procedure als hoofddoel op den voorgrond. Desniettemin werkt het raderwerk onzer rechtsbedeeling heden ten dage traag en gebrekkig.

Men trekt uit deze feiten de conclusie, dat onze wet in haar grondslagen verkeerd is, zoodat geen partiële herziening iets blijvends uitrichten kan. Een andere conclusie, die nog meer voor de hand ligt, is voor zoover ik weet nimmer daaruit getrokken. Het is deze: hoe allerellendigst moet de procedure geweest zijn, voordat men de twee groote herzieningen van 1838 en 1896 had tot stand gebracht. Deze conclusie heeft dit op de andere voor, dat haar juistheid aan de hand van de ervaring kan getoetst worden. Ik heb mij deze moeite getroost. Ik heb indertijd het archief der Amsterdamsche Rechtbank van de jaren 1811—1830 doorsnuffeld en heb bovendien de rechtspraak van andere colleges vóór 1838, voor zoover deze gepubliceerd is, daarbij vergeleken. Welnu, mijn resultaat is: in de eerste tien à twintig jaren na de invoering der Fransche procedure, was de gemiddelde duur van een summier of rol-proces in eersten aanleg: twee à drie maanden. Incidenten waren toen zeldzaam en werden door den rechter in zeer korten tijd afgedaan. Hij, die zich van de juistheid van mijn bevindingen zelf over-

tuigen wil, neme maar eens de aardige verzameling ter hand van J. J. UIJTWERF STERLING, *Verzameling van vonnissen in zaken van koophandel van de Reybank van eersten aanleg te Amsterdam (1828)*. Hij vindt daarin een beeld van de wijze van procedeeën in het eerste tijdvak na de invoering van den Franschen Code de procédure civile.

Van de 35 procedures waarbij èn dag van dagvaarding èn dag van vonnis vermeld zijn, zijn afgedaan in een tijd

van 0—1 maand	6
„ 1—2 maanden	8
„ 2—3 „	6
„ 3—4 „	3
„ 4—5 „	1
„ 5—6 „	4
„ 6—7 „	2
„ 7—8 „	3
na een jaar	2 (beide met buiten-landers als partij).

Zie hier eenige staaltjes van de snelheid van procedeeën uit dien tijd:

Een procedure, waarin 3 belangrijke vragen betreffende een noodlossing en avarijen te beslissen viel, was bij dagvaarding van *11 Febr. 1818* aanhangig gemaakt. Dag van het vonnis: *25 Maart 1818* (n°. 26).

Een procedure, waarin de vraag ter sprake kwam, of de houder van een cognossement aan order de voorkeur heeft boven den houder van een cognossement aan toonder, was bij dagvaarding van *29 October 1818* aanhangig gemaakt. In deze procedure vond een interventie plaats. Dag van het eindvonnis: *10 November 1818* (n°. 47).

Een procedure, waarin de commissiegever de door zijn commissionair in prolongatie gegeven effecten opeischt, was aanhangig gemaakt *1 December 1819*. *2 Februari 1819* viel het vonnis (n°. 50; men leze daarbij vooral de merkwaardige turbe van Amsterdamsche advocaten over den oorsprong der prolongatie).

De wederom actueele vraag welke de invloed op het contract van bevrachting was van het feit, dat een schip aangehouden en belet wordt te vertrekken, omdat voor een anderen afzender verboden goederen waren ingeladen, kwam ter sprake in een procedure op *5 Mei 1819* aanhangig gemaakt. *14 Dagen later* was het vonnis gewezen (n°. 51).

De vraag of degene, aan wien een wissel onvolledig geëndosseerd is, bevoegd is den eigendom van den wissel over te dragen is beslist bij het vonnis van *30 Sept. 1819* in een zaak op *30 Augustus 1819* aanhangig gemaakt. In deze zaak, die het aanzien gegeven heeft aan

art. 135, 2^e lid W. v. K. is geappelleerd en ook bij den appelrechter werd in dien tijd in den regel vlugger dan thans geprocedeerd; 23 Februari 1820 viel het arrest van het Hooggerechtshof (n. 55).

De aansprakelijkheid van een schipper, die verschillende partijen onafgescheiden ingeladen had is vastgesteld bij het vonnis van 16 Dec. 1819; de dagvaarding was 20 dagen vroeger uitgebracht (n^o. 56).

Bij een dergelijke rechtspraak is ook te begrijpen, dat partijen in der miene een vraag aan den rechter onderwerpen om een twijfel tusschen hen op te heffen. Zoo b.v. is de vraag wat het geval is als onder geleverde effecten zich een uitgeloot nummer bevindt, twee dagen na de dagvaarding reeds door de rechtbank in haar vonnis beantwoord (n^o. 53). Ja n^o. 40 (vonnis van 5 Sept. 1818) geeft een onmiddellijke beslissing op denzelfde dag als de dag der dagvaarding.

De hier gememoreerde feiten moeten te denken geven. Er moet dan toch nog een andere schuldige zijn dan de wet, die mede verantwoordelijk is, voor het feit dat onze procedure tot een instelling geworden is, waarvan men zeer zelden iets goeds hoort. Die schuldige is er; het is de praktijk. Dit aan te toonen zal het doel van dit artikel zijn.

I.

Het hoofdverschil tusschen een procedure van thans en een van voor honderd jaar, is dat de tegenwoordige procedure in tweeën geknipt is: een proces bestaat bijna altijd uit twee processen, eerst worden de rechtsvragen beantwoord en het schriftelijk bewijsmateriaal getoetst, daarna volgt als een tweede procedure: het getuigenbewijs.

Een zoodanige verdeeling van het proces in twee gedeelten was voor 100 jaar in de summiere of rolprocedure onbekend.

Op dezelfde zitting, waarop de conclusies genomen werden, werd ter rolle bij incidenteele conclusie getuigenverhoor gevraagd. Gewoonlijk verzette zich de andere partij daar niet tegen en kon de rechter zonder veel tijdverlies zijn interlocutoir vonnis, dat getuigenbewijs oplegde, vellen. Na het getuigenverhoor had het eigenlijke pleidooi plaats en besliste de rechter bij zijn vonnis tegelijk de feitelijke vraag en de rechtsvraag.

Deze handelwijze was voor een groot deel een voortzetting van de traditie.

Ook ten tijde der republiek was het gebruikelijk, dat de rechtsvragen den rechter eerst ter beslissing werden voorgelegd na gehouden getuigenverhoor. Men kon weliswaar ook toen anders handelen. Meende

één der partijen, dat het getuigenverhoor geheel noodeloos de zaak zou rekken, omdat zijn wederpartij toch op een rechtsgrond verliezen moest, dan kon hij het getuigenverhoor vóórkomen en werden partijen tot het pleidooi toegelaten.

Van dit middel werd echter zeer weinig gebruik gemaakt, omdat hij, die aldus wilde handelen, de zaak „te zijnen pericule” bepleiten moest. De gevaren aan dit „pleiten te zijnen pericule” verbonden, worden bij v. d. LINDEN „*Verhandeling over de judicieele practijc*” geschetst; ik kan hier volstaan met naar dat werk te verwijzen. ¹⁾

Deze praktijk nu werd voortgezet. Evenals v. d. LINDEN voor zijn tijd opmerkt, dat wanneer partijen omtrent de feiten verschillen, zij het omtrent het aan den rechter te vragen appointement meestal eens waren, zoo vindt men ook nog in den eersten druk van VAN DER HONERT'S *Formulierboek* geen formulier van een conclusie van antwoord op een incidenteele eisch tot het hooren van getuigen. In het formulier voor het vonnis, waarbij getuigenverhoor wordt opgelegd, komt slechts deze opmerking voor: „Deze vordering van den eischer is door of namens den gedaagde niet wedersproken”. ²⁾

Het laten vóórgaan van het getuigenverhoor vóór de bepleiting der rechtspunten had ook een wettelijke basis. Art. 15 van titel V van het decreet van 16/24 Augustus 1790, hetwelk den eisch van motievereering der vonnissen invoerde, noemde immers de rechtsvraag na de feitelijke vraag. Het is hetzelfde, wat thans art. 59, 3^o Rv. voorschrijft.

Eén geval kende men nochtans vóór 1838, waarin ook reeds toen de gebruikelijke manier van procedeeeren was: eerst de rechtmatigheid der vordering volgens het gestelde onderzoeken en daarna het getuigenbewijs toelaten. Het was de echtscheidingsprocedure. Dit steunde echter op de artt. 246 en 247 van den Code civil, die in iedere echtscheidingsprocedure een vonnis verlangden, waarbij de vordering tot echtscheiding werd toegelaten of niet-ontvankelijk verklaard. Hier waar, alvorens tot het vonnis van toewijzing te kunnen komen, een tusschen-vonniss dat den eisch toeliet, noodzakelijk was, gold als reden van niet-

¹⁾ v. d. LINDEN, t. a. p. II, 8.

²⁾ v. d. HONERT, t. a. p. formulier 44.

Nog zij opgemerkt, dat bij die rechterlijke colleges, die zelfs na 1811 genoegen namen met buitengerechtelijke, voor een notaris afgelegde, verklaringen van getuigen, deze steeds tegelijk met het overige bewijsmateriaal aan 's rechters oordeel werden onderworpen. Zie omtrent deze Amsterdamsche praktijk *Briefwisseling van eenige rechtsgeleerden over de aanstaande Nederlandsche wetgeving*, 1819, bl. 228 vlg.

ontvankelijkheid ook dat echtscheiding op een niet door de wet erkende grond gevraagd werd ¹⁾).

In 1827 heeft men aan deze bijzondere regeling voor echtscheidingsprocedures een einde willen maken. Art. 48 van den zesden titel van het derde boek van het nieuw voorgestelde wetboek luidde:

„De zaak zal behandeld worden in denzelfden vorm, welke voor andere vorderingen is vastgesteld.”

Ongewijzigd is deze bepaling in 1838 wet geworden (zie art. 822). Tegenwoordig let niemand meer op deze bepaling. En inderdaad, zij kan thans gerust gemist worden. Echter, om deze merkwaardige reden: wat vóór 1838 een bijzondere wijze van procedeeeren alleen voor echtscheidingen was, is thans door de practijk de algemeen gebruikelijke geworden.

Maar in de jaren 1820—1830 was dit nog in geen deele het geval. Art. 822, 1^e lid Rv. was toen van ingrijpende beteekenis. Men leze slechts hoe de bekende Amsterdamsche advocaat LIPMAN in 1827 het artikel bekritiseert:

„Voortreffelijk is het stelsel door den Franschen Wetgever aangenomen, waarbij deze procedure in twee gedingen wordt gesplitst, en waarbij, met omkeering der gewone orde, in de eerste plaats het regtspunt wordt beslist, in de tweede de daadzaken worden uitgemaakt. Klaarblijkelijk is des Wetgevers bedoeling, dat het bij vonnisse moet zijn uitgewezen, dat het stelsel des eischers in regten gegrond is, alvorens hij tot het feitelijk bewijs van dat stelsel wordt toegelaten . . .

Wij meenen daarentegen in het Ontwerp geheel te moeten afkeuren de gelijkstelling van dit geding met andere gewone vorderingen, de toepassing daarop van alle gewone regtsvormen, met alle die vereenvoudiging, welke het Ontwerp kenschetst.”

„Er bestaat niet meer die tweevoudige procedure, waarin eerst het onderzoek plaats had, of de eisch, zoodanig als die was ingesteld, met het regt strookte, en of de feiten (derzelve waarheid voorloopig aangenomen), de vernietiging des huwelijks konden wettigen. Wij hebben steeds in de dwaling verkeerd, dat het van den Franschen wetgever eene wijze vinding was, den eisch, zoo die op rechtsgronden niet konde worden toegelaten, zonder verder onderzoek, onmiddellijk af te wijzen. Wij waren altijd van begrip, dat het, in zoodanig geval, verkieslijker was, de waarheid of onwaarheid der feiten in twijfel te

¹⁾ Zie DE MALEVILLE op art. 246.

laten, dan door een nutteloos getuigenverhoor de echtgenooten nog meerder tegen elkander te verbitteren. Die langzame, en, zoo wij meenden, regelmatige gang is afgeschaft, en door een spoedigen en eenvoudigen loop vervangen. De ontwerpers hebben hier de bijzondere verdienste, dat zij de goede ingezetenen in staat hebben gesteld, eene echtscheiding schier zoo gemakkelijk te verkrijgen, als de ontruiming van eenen wanbetalenden huurder, en, met een enkel vonnis, in omtrent twee maanden, met de uitgave van minder dan vijftig guldens, eenen lastigen echtgenoot kwijt te raken ¹⁾."

Getuigt dit eene citaat niet meer dan de meest uitvoerige betoogen, hoe op den duur het niet de wet, maar de praktijk is die het procesrecht maakt? Want welke practicus van heden zal niet glimlachen, wanneer hij leest, dat een echtscheiding op tegenspraak zoo gemakkelijk te verkrijgen is, dat zij, met de enquête inbegrepen, in omtrent twee maanden kan plaats vinden en nog geen vijftig gulden zal kosten. Maar het is dien practicus ook geheel onbekend, wat art. 822, 1^e lid Rv. eigenlijk bedoeld heeft.

II.

Hoe is het nu gekomen, dat de praktijk een geheel andere geworden is? Dat eerst afzonderlijk over de rechtsvragen gedebatteerd wordt en daarna pas het getuigenbewijs aan de orde komt?

Drie omstandigheden hebben dit in de hand gewerkt:

- 1°. De wettelijke eisch dat de door de getuigen te bewijzen feiten ter zake dienende en afdoende" moeten zijn.
- 2°. Het middel van niet-ontvankelijkheid.
- 3°. De subordinate conclusie tot het leveren van getuigenbewijs.

III.

Ad 1°. — het ter zake dienende en afdoende van het getuigenbewijs.

Dit vereischte voor de toelaatbaarheid van getuigenbewijs is van zeer ouden oorsprong. Zoo ver wij in de geschiedenis van het romeinisch-canoniek proces der middeleeuwen kunnen terug gaan, is de eisch gesteld, dat een feit, dat men aanbood door getuigen te bewijzen, moest

¹⁾ S. P. LIPMAN, *Aanmerkingen op het ontwerp van wetboek van burgerlijke regtspleging*, 3e stukje 1828, bl. 92, 93 en bl. 128.

zijn: concludent en pertinent. Of gelijk men het ook uitdrukte: frustra probatur quod probatum non relevat¹⁾.

Men heeft dezen regel echter vroeger niet zoo streng opgevat, dat eerst de gegrondheid van den eisch in thesi moest uitgeprocedeerd zijn, alvorens men tot bewijs door getuigen van de gestelde feiten kon toegelaten worden. De rechter vond in het vereischte van het ter zake dienende en afdoende een geschikt middel om een getuigenverhoor, waarvan de noodeloosheid hem duidelijk zonder veel onderzoek bleek, niet te houden. Reeds DURANTIS en zijn leermeester BERNARDUS verklaren, dat de rechters dikwijls partijen ter bekorting der procedure zonder veel onderzoek tot het getuigenbewijs toelieten, de vraag van het ter zake dienende daarbij tot de eindbeslissing aanhoudende²⁾.

Ook nog in het begin der 19^{de} eeuw geschiedde bij den Nederlandschen rechter het onderzoek of de te bewijzen aangeboden feiten ter zake dienende en afdoende waren, zeer summier.

Het vaste model van een interlocutoor vonnis, waarbij getuigenbewijs opgelegd werd, — ook nog te vinden in den eersten druk van v. D. HONERT'S *Formulierboek* — levert daarvan het duidelijkst bewijs.

Nadat geconstateerd was, dat bepaalde feiten gesteld en ontkend waren en dat bewijs door getuigen was aangeboden, werd alleen nog overwogen: „overwegende, dat deze daadzaken behooren tot de zoodanige, waarvan het bewijs bij getuigen door de wet is toegelaten, en dit bewijs tot beslissing kan leiden” (of: „en ter zake dienende en afdoende zijn”).

Men vergelijkte daarmede eens de tegenwoordige interlocutoire vonnissen, vol ingewikkelde rechtsbeschouwingen!

Nog in een arrest van den Hoogen Raad van 22 Juni 1860 *W.* 2181 in eerste instantie geweest, vind ik èn door den Hoogen Raad èn door den procureur-generaal de vraag of de staatsrechtelijke verplichting van den staat om een haven te onderhouden grondslag kan zijn voor een vordering uit onrechtmatige daad ter zijde gelaten, waar beslist moest worden of de door den eischer ten bewijze aangeboden feiten ter zake dienende en afdoende waren. De procureur-generaal merkt in deze conclusie terecht op, dat slechts dan feiten als niet ter zake dienende en afdoende mogen beschouwd worden, wanneer de

¹⁾ Gewoonlijk wordt als oorsprong genoemd C. 4. 19. 21. Veeleer is de oorsprong echter in het canonieke recht te vinden: X. 1. 29. 36 en de glosse sub verbo, nihilominus. De formule, frustra probatur etc. is van DURANTIS.

²⁾ DURANTIS lib. I c. 4 § 5. n. 4: causa litis abbreviandae iudices eos admittunt salvo iure impertinentium sicut et positiones ut notat dominus meus in prae c. per tuas.

vordering „*kennelijk*” ongegrond is en „*a priori* gezegd zou moeten worden, dat de feiten niet ter zake dienende en afdoende zijn.”

Eerst onder invloed van de hierna onder 2° en 3 te bespreken invloeden is men „het ter zake dienende en afdoende” gaan opvatten als met zich brengend de noodzakelijkheid alle rechtsvragen ten gronde te beslissen, voordat tot getuigenbewijs kan overgegaan worden.

Echter, in één opzicht leefde de oude opvatting nog steeds voort. Werden door een rechter feiten ter zake dienende en afdoende geoordeeld, dan werd deze beslissing door den Hoogen Raad als een feitelijke aangemerkt ¹⁾).

Voor al het arrest van 18 April 1873 *W.* 3583 is in deze merkwaardig. Het niet ter zake dienende en afdoende van het getuigenbewijs was beweerd, omdat de eischer nimmer aan de door hem gestelde feiten zijn beweerd vorderingsrecht kon ontleenen. De Hooge Raad overwoog dienaangaande:

O. daaromtrent, dat dit middel is gerigt tegen het bevolene getuigenverhoor op grond, dat nu reeds zoude blijken de niet-ontvankelijkheid der ingestelde vordering; dat zulks, al ware dit zoo, dan nog dit niet zoude meebrengen het ongeoorloofde van het bevolen getuigenverhoor, vermits het aangehaalde a 99 B. R. tot de toelating daarvan alleen vordert, dat partijen het over de daadzaken niet eens zijn en het bewijs door getuigen bij de wet is toegelaten, en het mede aangehaalde a. 203 van hetzelfde wetb. het getuigenbewijs veroorlooft, indien de ontkende daadzaken zijn ter zake dienende en afdoende, *waarvan de beslissing geheel aan den feitelijken regter is overgelaten*”.

Een beslissing thans geheel vergeten, maar die men diende wederom nieuw leven te geven.

Dat overigens in dien tijd het getuigenbewijs reeds een andere plaats was gaan innemen, kan uit de twee navolgende omstandigheden blijken. In de eerste plaats heeft de Hooge Raad tussehen de jaren 1844 en 1852 eenige malen verklaard, dat de beslissing, dat te bewijzen aangeboden feiten ter zake dienende en afdoende waren, wel in cassatie kon aangevallen worden ²⁾. De nieuw zich vormende practijk was der-

¹⁾ Zie H. R. 8 Januari 1846 *W.* 690, 9 Mei 1856, *N. R.* dl. 53 § 9, 14 Mei 1858 *W.* 1960, 9 December 1859 *W.* 2131, 18 April 1873 *W.* 3583, 23 Oct. 1873 *W.* 3652, 20 Januari 1898 *W.* 7074.

²⁾ H. R. 31 October 1844 v. d. H., *B. R.* 6, 129, 22 October 1847 v. d. H., *B. R.* 9, 115, 9 Maart 1849 v. d. H., *B. R.* 10, 300, 25 Mei 1849 v. d. H., *C. Z.* 9, 81, 16 Mei 1851 v. d. H. 13, 81; 5 Maart 1852 v. d. H. 14, 189. Zie ook DE PINTO II § 154.

halve sterker dan de oude, aan een vorig geslacht ontleende leer. In de tweede plaats verdiepte de Hooge Raad zich reeds in de zeventiger jaren, ten gronde in alle rechtsvragen om het ter zake dienende en afdoende van een getuigenverhoor vast te stellen, wanneer hij een zaak in eerste instantie behandelde. Typisch voorbeeld daarvan is b.v. het arrest van 9 Juni 1871 *W.* 3340.

Daarin wordt overwogen:

O. wat betreft het al of niet toelaatbare der incidentele vordering, dat de beslissing der vraag, of de zes laatste, niet erkende, daadzaken zijn ter zake dienende en afdoende, staat in een onafscheidelijk verband tot de vordering ter principale, in zooverre namelijk de toelating tot het bewijs daarvan veronderstelt de toewijsbaarheid der vordering, welke toewijsbaarheid reeds nu door den gedaagde is bestreden; en dat bijgevolg ter beoordeeling van het al of niet toelaatbare der incidenteele vordering reeds nu, doch alleen in zooverre, behoort te worden onderzocht het al of niet toewijsbare der principale vordering ¹⁾.

Zoo heeft dus dit vereischte van het „ter zake dienende en afdoende” medegewerkt om in een afzonderlijke procedure de rechtskwesties te doen vóórgaan. Na de zeventiger jaren is echter deze invloed nauwelijks meer merkbaar. Het middel van niet-ontvankelijkheid vervulde sindsdien uitsluitend de rol waarin het vroeger nu en dan door den eisch van het pertinente en concludente gesteund was. Ook verdwenen in de practijk de zelfstandige incidenteele conclusies tot toelating tot bewijs door getuigen.

IV.

Ad 2°. Het middel van niet-ontvankelijkheid.

Het middel van niet-ontvankelijkheid is steeds iets geweest, waarvan de practici den mond vol hadden, zonder dat zij zelve goed wisten, wat dit eigenlijk was. De lotgevallen van het middel van niet-ontvankelijkheid in den loop der tijden zijn te merkwaardig dan dat ik ze hier terloops vermelden kan; ze zijn een afzonderlijk artikel waard.

Ten allen tijde is men het echter hierover eens geweest dat het middel van niet-ontvankelijkheid een exceptie was, staande tegenover een verdediging ten principale. Wat men echter onder een exceptie verstaan moest en welke excepties middelen van niet-ontvankelijkheid opleverden, daaromtrent bestond de onzekerheid.

¹⁾ In de conclusie van den advocaat-generaal KANSEBROOD wordt natuurlijk geargumenteerd met den regel: *Frustra probatur quod probatum non relevat.*

Merkwaardig is ook H. R. 23 Nov. 1854 v. d. H. 20. 72. (met conclusie!)

In onze Nederlandsche praktijk der eerste helft der 19^{de} eeuw had men een ruime opvatting omtrent het middel van niet-ontvankelijkheid. Anders dan de Fransche juristen, liet men vrijwel iedere exceptie tot een niet-ontvankelijkheid leiden ¹⁾. En de rubriek der excepties was zeer omvangrijk doordat als zoodanig ook beschouwd werden de verweringen: *tibi non competit haec actio* (met de nadruk op *tibi*) ²⁾ en *tibi non competit haec actio contra me* (met den nadruk op *contra me*) ³⁾.

Nochtans sprak men in den aanvang der 19^{de} eeuw niet van een exceptie of een middel van niet-ontvankelijkheid, wanneer het gestelde geheel geen recht opleverde. Art. 3271 van het ontwerp 1820 noemde het dan ook een verweer ten principale, leidende tot een ontzegging van eisch, „wanneer door den gedaagde aangevoerd werd, dat schoon de feiten en omstandigheden mogten waarachtig zijn, nogtans daaruit geene wettige rechtsvordering voortspruit”. Zoo was ook aanvankelijk de praktijk. Ja nog in een conclusie van den procureur-generaal in een zaak, die in 1871 vóór den Hoogen Raad in eersten aanleg behandeld werd, is deze opvatting weer te vinden. De procureur-generaal merkt op:

„Ik stel mij voor de volgende drie vragen zeer beknopt te behandelen:

Vooreerst is de rechtsvordering ontvankelijk?

Ten anderen: is zij behoorlijk in facto gestaafd?

Ten derden: is zij rechtens gegrond?” ⁴⁾.

Onder dit laatste punt wordt dan de vraag besproken of uit onrechtmatige daden van ambtenaren een civiele vordering tegen den Staat ontstaat.

Echter een dergelijke beperkte opvatting der niet-ontvankelijkheid was reeds in 1871 ouderwetsch.

Mr. DE PINTO, die in zijn *Handleiding*, exceptie en middel van niet-ontvankelijkheid geheel gelijk stelde, nam onder de exceptiën ook

¹⁾ FAURE I, 328, DE PINTO, *Handleiding* II, 291, FABER, *De leer der exceptiën en niet-ontvankelijkheid* bl. 30.

²⁾ Voorbeelden uit de rechtspraak van den Hoogen Raad: 16 Juni 1843, (v. d. H. B. R. 3, 170.) 25 October 1844 (id. 6, 74) 7 Juni 1850 (12, 84), 17 Januari 1851 (12, 275), 14 Februari 1851 (12, 344) 22 October 1852 (15, 208) enz.

³⁾ H. R. 28 Juni 1844 (5, 372), 31 October 1851 (13, 221), 22 October 1852 (15, 208) 30 Juni 1853 (17, 121). Zie ook de niteenzetting wat een middel van niet-ontvankelijkheid is in de conclusie bij H. R. 5 Nov. 1840 (v. d. H. I. 288).

⁴⁾ Conclusie bij H. R. 13 Januari 1871, *W.* 3284.

het verweer op: non competit actio ¹⁾. En FABER in zijn in 1850 verschenen brochure, *De leer der exceptiën en niet-ontvankelijkheid*, gaf dit kenmerk van het middel van niet-ontvankelijkheid: „Bij niet-ontvankelijkverklaring laat de gedaagde zich over de door den eischer gestelde daadzaken niet uit” (blz. 32). De practijk van na 1850 is vrij algemeen van gelijke opvatting.

FAURE heeft zich tegen deze stroom trachten te verzetten ²⁾. Ook hij identificeerde middel van niet-ontvankelijkheid met exceptie, maar daar volgens hem de bewering, dat de gestelde feiten het ingeroepen gevolg niet rechtvaardigen, een verdediging ter principale is, wenscht hij ook bij deze bewering niet van een niet-ontvankelijkverklaring, maar van een ontzegging van eisch weten. Slechts een enkele maal is men FAURE op dit punt in de practijk gevolgd. Zoo b.v. in het arrest van den Hoogen Raad van 20 Dec. 1895, *W.* 6750, waarin het heet: „of de door den eischer in de dagvaarding vermelde middelen zijn van dien aard, dat de conclusie der dagvaarding daaruit noodzakelijk volgt, is eene vraag *rakende de al of niet toewijsbaarheid* der vordering ³⁾).

Geheel anders is daarentegen de meening van den procureur-generaal van den Hoogen Raad in 1908. Evenals FABER, evenals de gangbare practijk, verklaarde deze: „ontvankelijk is de actie, zoodra ze „in thesi” voor toewijzing vatbaar is” ⁴⁾. En ook de Hooge Raad achtte bij arrest van 15 April 1910 *W.* 9018 terecht beslist, dat een in een dagvaarding gestelde feitelijke grondslag, onvoldoende is om den eisch in zijne vordering te doen ontvangen”. Evenzoo wordt in het arrest van 29 April 1910 *W.* 9027 een niet-ontvankelijkverklaring uitgesproken omdat als grond van den eisch in de dagvaarding gesteld was de inbreuk op een publiekrechtelijk beheersrecht en daaruit geen civielrechtelijke vordering kon voortvloeien. Het is, kan men zonder gevaar van tegenspraak opmerken, bij den Hoogen Raad vast gebruik geworden om een niet-ontvankelijkheid uit te spreken in alle gevallen, waarin uit het gestelde het ingeroepen gevolg niet voortvloeit ⁵⁾. Zoo ook bij alle overige rechtscolleges.

Men is dientengevolge thans tot de noodzakelijkheid gekomen om gronden van niet-ontvankelijkheid te erkennen, die ambthalfve door den

¹⁾ de PINTO II, 231.

²⁾ FAURE I, 309—319.

³⁾ Zie ook nog de procureur-generaal POLIS en zijn conclusies bij H. R. 6 December 1901, *W.* 7692, en 19 Februari 1909, *W.* 8826.

⁴⁾ Conclusie bij het arrest van 16 April 1908, *W.* 8700.

⁵⁾ Zie o. a. H. R. 24 Maart 1916, *W.* 9972, en 1 Mei 1914, *W.* 9668.

rechter moeten aangevuld worden ¹⁾, terwijl men vroeger een middel van niet-ontvankelijkheid als een rechtsmiddel beschouwde, dat door partijen moest aangevoerd worden ²⁾ en dat dientengevolge ook niet voor het eerst in cassatie kon opgeworpen worden ³⁾.

Welke invloed heeft nu de verruiming van de rubriek der niet-ontvankelijkheden op den loop der procedure gehad?

Een middel van niet-ontvankelijkheid moet gelijk zijn naam aanduidt, door den rechter vóór andere wesen onderzocht worden; zijn juistheid ontheft den rechter van ieder verder onderzoek naar de gegrondheid der vordering.

Deze voorrang bij het onderzoek van den rechter is nochtans van weinig belang, wanneer de middelen van niet-ontvankelijkheid tegelijk met het verweer ten principale moeten voorgedragen worden en het getuigenbewijs aan het vonnis voorafgaat. Immers de invloed van het feit dat een verweering een middel van niet-ontvankelijkheid is, beperkt zich dan tot de volgorde waarin de verweermiddelen in het eindvonnis besproken worden.

Het voordragen der verweermiddelen was nu èn in het oud-Hollandsche recht èn in art. 160 van het Wetboek 1838 zoo geregeld, dat — behalve eenige met name genoemde — alle peremptore exceptiën tegelijk met het verweer ter principale moesten voorgesteld worden. En onder de heerschappij van den Code civil mochten slechts de dilatore excepties aan de défenses au fond voorafgaan (art. 186).

Het getuigenverhoor ging aanvankelijk na 1811 evenals in het oud-Hollandsche recht, nog aan het onderzoek der verweermiddelen in de hoofdzak vooraf. Of derhalve eenig verweermiddel moest leiden tot

¹⁾ Zie b.v. het arrest van 1 Mei 1914, W. 9668, met mijn onderschrift.

²⁾ Zelfs een algemeene conclusie tot niet-ontvankelijkverklaring was niet voldoende; H. R. 5 Nov. 1840 (v. d. H. 1, 292), 18 Maart 1841 (v. d. H. 2, 192), 26 Nov. 1852, W. 1387, 30 Juni 1853, W. 1450, 21 April 1859 (v. d. H. 23, 224) en 4 Februari 1887, W. 5398. Anders H. R. 16 Juni 1843 (v. d. H. 4, 500) en 26 Juni 1863 (27, 470).

³⁾ Nog dikwijls klinken in de rechtspraak van den Hoogen Raad stemmen uit het verleden Zoo b.v. H. R. 16 Maart 1906, W. 8353: „een middel van niet-ontvankelijkheid kan niet voor het eerst in cassatie worden aangevoerd en onderzocht.” De procureur-generaal RÖMER bij H. R. 16 Mei 1884, W. 5035: „hoe dit ook zij, zoo betreft de grief een middel van niet-ontvankelijkheid; het gevolg daarvan zou zijn, dat de oppositie tegen het dwangbevel *a limine litis* zou zijn afgesneden en zoodanig rechtsmiddel kon niet voor het eerst in cassatie worden aangewend.”

Zie ook H. R. 14 Maart 1873, W. 3569, en de in vorige noot genoemde arresten.

een ontzegging van eisch of tot een niet-ontvankelijkheid, was dan ook in dien eersten tijd van weinig praktische beteekenis.

Dit veranderde echter geheel, toen in zwang kwam getuigenbewijs aan te bieden bij subordinate conclusie, toegevoegd aan een primair verweer in de hoofdzaak.

V.

Ad 3^o, de subordinate conclusie tot het leveren van getuigenbewijs.

Het is tegenwoordig in de praktijk algemeen gebruikelijk om getuigenbewijs in zijn conclusies in de hoofdzaak aan te bieden en wel, alleen voor het geval, dat de overige aangevoerde juridische en feitelijke argumenten onvoldoende zijn om de zaak zonder nader bewijs te winnen.

Zoo algemeen is dat gebruik, dat bij een practicus nimmer de gedachte opkomt of dit wel in overeenstemming met de wet is en of de praktijk wel altijd zoo geweest is. Ja, de meeste juristen weten niet eens meer — iets, wat men toch in ieder handboek van procesrecht lezen kan — dat voor de wet een verzoek om tot getuigenbewijs toegelaten te worden, nog steeds niets anders dan een incidenteele conclusie is. Het bewijs, dat zij het niet weten, is, dat zij er niet aan denken, om wanneer hun wederpartij in een conclusie van dupliek getuigenbewijs aangeboden heeft, voor zich het recht op te eischen om daarop met een nadere conclusie te antwoorden. En toch heeft men dit recht, want voorzoover er getuigenbewijs aangeboden wordt, is de conclusie een incidenteele conclusie van eisch, waarop men bevoegd is in een incidenteele conclusie van antwoord bescheid te geven. En in deze incidenteele conclusie van antwoord kan dan weer het ter zake dienende en afdoende van het aangeboden getuigenbewijs bestreden worden, d.w.z. volgens de heerschende opvatting, kan nader ingegaan worden op het geheele verweer van den gedaagde. Het is ditmaal wellicht gelukkig, dat de meeste advocaten beter de praktijk dan de wet kennen.

Het aanbieden van getuigenbewijs, niet bij zelfstandige incidenteele conclusie, maar in de conclusies van de hoofdzaak en dan alleen „voor zooveel noodig”, of gelijk het vroeger heette bij subordinate conclusie, is eerst na 1838 in de praktijk in zwang gekomen. Deze praktijk voorzoover ze het getuigenbewijs aanbiedt, subordinaat aan zuiver juridische verweermiddelen, is in strijd met de wet. Partijen kunnen geen verandering brengen in de volgorde waarin de rechter volgens de wet de geschilpartijen moet onderzoeken. De wet nu schrijft eerst onderzoek van de daadzaken, daarna van de rechtsvragen voor. Slechts door

in het juridisch verweer een exceptief middel van niet-ontvankelijkheid te zien, wiens toetsing aan het onderzoek ten principale moest voorafgaan, kon men de praktijk eenigszins rechtvaardigen. Terzelfden tijd als de opkomst van de subordinate conclusie vindt dan ook de verruiming van het middel van niet-ontvankelijkheid plaats. Deze twee tezamen hebben de splitsing der procedure in twee gescheiden bedrijven veroorzaakt.

Nog in het jaar 1851 was de praktijk der subordinate conclusie van getuigenbewijs niet zoo doorgedrungen of men dorst haar wettigheid voor den Hoogen Raad betwisten. En het betrof toen nog slechts een conclusie, subordinaat aan de bewering, dat de feiten reeds door de geproduceerde geschriften bewezen waren. De verweerder in cassatie beriep zich onder meer er op, „dat zoodanige wijze van procederen door de algemeen aangenomen jurisprudentie was gewettigd.”

De procureur-generaal VAN MAANEN, representant van een tijd, toen de subordinate conclusie onbekend was, verzette zich in zijn conclusie tegen de incidenteele vordering:

„Het gaat niet aan, dat de regter eerst zal moeten onderzoeken, of de eischer zijne vordering in regten genoegzaam heeft gestaaft; en zoo neen, of *a* de aard der zaak dan een getuigenbewijs toelaat en of *b* de gestelde feiten concludent zijn en dat de regter dan zal interfloqueren om naderhand nogmaals de zaak au fond te onderzoeken en te beslissen. Zodoende toch doet de regter werkelijk twee malen ten principale uitspraak, eerst over het primaire, als voldoende geoordeelde, later over het subordinatelijk geleverde bewijs.”

De Hooge Raad zelf dacht er anders over. Hij oordeelde, dat de gevolgde wijze van procederen wellicht minder regelmatig mocht wezen, maar nergens door de wet verboden was. Uit het feit, dat de rechter ambtshalve een getuigenverhoor kon gelasten, bleek ook, dat een getuigenverhoor, zelfs na het houden der pleidooien over het geding ten principale, door de wet niet met den aard der zaak wordt strijdig geacht, indien zulks tot ontdekking der waarheid kan leiden ¹⁾.

De Hooge Raad bedacht hier niet, dat het ambtshalve gelaste aanvullend getuigenbewijs, na gehouden pleidooien in de zaak ten principale, evenals in strafzaken, uitzondering moest blijven, doch dat dit tengevolge van zijn arrest onherroepelijk en blijvend de algemeene regel zou worden.

Reeds in 1860 wist de praktijk niets anders dan, dat men getuigen-

¹⁾ H. R. 4 April 1851, v. d. H., *Burg. Zaken* deel XIV, blz. 338.

bewijs aanbiedt bij subordinate conclusie, ingelascht in de conclusies in de hoofdzak. De Rechtbank te 's-Gravenhage moest op 13 April 1860, *W.* 2182 een vonnis vellen, om te verklaren, dat men ook getuigenbewijs bij zelfstandige incidenteele conclusie kon aanbieden!

VI.

De gewijzigde aard van het interlocutoor heeft zich in den loop van den tijd hoe langer hoe scherper geteekend

Van het moment, dat reeds in het interlocutoor de voornaamste rechtsvragen der procedure werden beantwoord, werd het ook gewenscht, dat men tegen dit interlocutoor in cassatie kon opkomen. Oorspronkelijk ging dit niet; de beslissing, dat daadzaken ter zake dienende en afdoende waren, werd, gelijk opgemerkt is, door den Hoogen Raad als een feitelijke beschouwd, waartegen in cassatie niet kon opgekomen worden.

Anders werd dit echter toen men dezelfde vraag ging stellen en beantwoorden in den vorm of de eischer in zijn vordering niet-ontvankelijk verklaard moet worden. Een ontvankelijkverklaring is immers door den Hoogen Raad steeds als een eindbeslissing aangemerkt, waartegen cassatiemiddelen gericht kunnen worden ¹⁾. Tegenwoordig worden dan ook bijna evenvele cassatieberoepen tegen interlocutoire vonnissen als tegen eindvonnissen ingesteld. Door de moderne opvatting der ontvankelijkverklaring won dit rechtsinstituut aldus aan praktische beteekenis.

VII.

Ook de regel, l'interlocutoire ne lie pas le juge, moest met het interlocutoor vonnis van beteekenis veranderen. Zoolang in een interlocutoor vonnis geen beschouwingen voorkwamen omtrent de vraag of de vordering in rechte gegrond was, of zoolang deze vraag slechts summierlijk in een „avant faire droit” besproken was om het ter zake dienende en afdoende van gestelde feiten te beslissen, zoolang ook was het een regel, die van zelf sprak, dat het feit, dat de rechter getuigenbewijs opgelegd had, voor haar geen beletsel behoefde te zijn, om dit getuigenbewijs geheel ter zijde te laten en op een geheel anderen grond, een

¹⁾ Men vergelijk hierbij het onderschrift bij H. R. 24 Maart 1916, *W. P. N.* en *E.* 2432 en de aldaar besproken arresten van den Hoogen Raad. Zij geven een duidelijk beeld van het veranderde karakter van het interlocutoor vonnis.

rechtsgrond, den eisch te ontzeggen of toe te wijzen ¹⁾. Thans echter, nu bij het interlocutoor vonnis, de rechtskwesties na ampele voorbereiding en toelichting van partijen beslist worden, wordt het een dwaasheid, wanneer de in het ongelijk gestelde de bevoegdheid zou hebben daarop voor den zelfden rechter onder aanhaling van den regel: l'interlocutoire ne lie pas le juge terug te komen. De regel zelf heeft men niet op zij durven zetten. Zijn toepasselijkheid is echter aanzienlijk beperkt, wederom, door in de beslissing, dat de gestelde feiten het geëischte rechtvaardigen, een ontvankelijkverklaring te zien en een ontvankelijkverklaring in deze als een eindbeslissing aan te merken ²⁾.

VIII.

De invloed der wijziging der praktijk uitte zich eveneens bij de inrichting van het vonnis.

Gelijk reeds opgemerkt is, wenscht de wetgever, dat in het vonnis eerst de feitelijke en daarna de rechtsvragen zullen beslist worden. Dit blijkt nog eenigszins uit de artt. 59, 3° en 424 Rv. Tegenwoordig meent men dat men aan art. 59, 3° voldaan heeft door een relaas te geven van al hetgeen in *judicio* geschied is. De gronden der uitspraak, wat de daadzaken betreft, behooren echter te bevatten — gelijk aanvankelijk algemeen gebruik was — datgene wat in het proces vast staat en datgene wat niet bewezen is; de overwegingen, dienaangaande thans onder de overwegingen in rechte ondergebracht, hebben met „*het regtspunt*” niets uit te staan. Nog duidelijker dan in art. 59, 3° Rv. stond de eisch, dat eerst de feiten moeten vastgesteld worden, voordat de rechter tot zijn rechtsbeschouwingen mag overgaan, in het wetboek 1830:

„De registers zullen hunne beraadslagingen beginnen met het onderzoek van de daadzaak, en daarna van het recht” (art. 39).

¹⁾ Dat de rechtsbeschouwingen, waarop het ter zake dienende en afdoende van een getuigenbewijs is aangenomen of verworpen, den rechter niet binden, is op grond der oude traditie nog bestid door H. R. 24 Dec. 1914, *W.* 9775 en 31 Dec. 1909 *W.* 8958 (beide echter ten aanzien van een door den verweerder aangeboden bewijs). Waren dezelfde beschouwingen echter aangemerkt als een uitspraak omtrent de ontvankelijkheid, dan was de rechter wel gebonden geweest. Zie de volgende noten.

²⁾ Men zie in het bijzonder H. R. 23 Juni 1916 *W.* 10005. Na dit arrest kan men zeggen, dat de regel l'interlocutoire ne lie pas le juge, in zijn vroegere betekenis dood is. Men vergelijk ook H. R. 24 Januari 1913 *W.* 9473 en 26 Juni 1903 *W.* 7937 (naast het interlocutoor Rotterdam 24 Oct. 1900 *W.* 7536).

Waarom is deze bepaling weggelaten? De verslagen der afdeelingen en der centrale afdeeling der Tweede Kamer geven het antwoord. De eerste afdeeling vond de bepaling, „un peu trivial, le droit nait du fait et il est difficile de s'occuper du premier sans être d'accord sur le second ou du moins sans l'avoir décidé" ¹⁾. Nog sterker luidt het in het verslag der centrale afdeeling: men vond de bepaling onvoegzaam daar zij een te groote onkunde in den regter veronderstelt, terwijl hij ook vrij blijft dezelve niet na te komen ²⁾. Bleeft vóór 1830 de Regeering het nut der bepaling volhouden, bij de herziening in 1837 heeft zij het voorschrift „als nutteloos," weggelaten ³⁾.

Er zit humor in de geschiedenis. In 1828 en 1837 vond men het onvoegzaam bij den rechter zooveel onkunde te veronderstellen, dat hij eerst de rechtsvragen en dan de feitelijke vragen zou beslissen, eenige tientallen jaren later blijkt door geheel Nederland die onkunde aanwezig te zijn, want trouw worden, onder de mom der ontvankelijkheidsvraag, eerst de rechtsvragen en daarna pas de feitelijke vragen beslist.

Tevergeefs heeft FAURE ettelijke malen getracht den Nederlandschen rechter tot ander inzicht te brengen ⁴⁾ en hem op art. 59, 3° Rv. gewezen. De rechter kon aan art. 59, 3° Rv. niet meer zijn natuurlijke zin geven, sinds hij van het middel van niet ontvankelijkheid een vóórprocedure omtrent de rechtsvragen gemaakt had.

Wanneer men de vonnissen van één bepaald college van af 1811 nagaat, dan komt men steeds tot het tijdstip, waarop de vorm der vonnissen zich gewijzigd heeft.

Voor de arresten van den Hoogen Raad in eersten aanleg gewezen is dat het jaar 1853 geweest. Tot dien datum werd zonder uitzondering bij de overwegingen, wat de daadzaken betreft, nagegaan, welke feiten in de procedure reeds bewezen waren. Na dien bepaalde men zich er toe onder deze overwegingen alleen op te nemen de verschillende door

¹⁾ NOORDZIEK, *W. v. B. R.* II, bl. 395.

²⁾ NOORDZIEK, *W. v. B. R.*, II bl. 619.

³⁾ v. D. HONERT, bl. 199.

Ook LISMAN schreef in zijn bespreking van art. 39 van het ontwerp 1827: Door deze wetsbepaling worden in de stellige wetgeving twee regtsbeginselen opgenomen, welker gegrondheid nimmer in twijfel getrokken is. Het eerste is, dat men het regtspunt niet kan beslissen, alvorens de daadzaak te hebben uitgemaakt, nam (om de woorden van MOLINAEUS te bezigen) *modica circumstantia facti jus variat*. Zie ook het citaat, hierboven bl. 163 gegeven.

⁴⁾ Zoo o. a. in *Rechtsgel. Magazijn* IX, bl. 570 vlg.

partijen gedane beweringen; wat bewezen was, vond een plaats onder de overwegingen in rechte ¹⁾.

Bij vele der overige colleges is de verandering reeds vele jaren eerder geschied. Merkwaardig is in dit opzicht het arrest van den Hoogen Raad van 8 Januari 1846 (*W.* 690), waarbij bevestigd werd het arrest van het Hof van Friesland van 8 Januari 1845 (*W.* 607). Het Hof van Friesland had zijn arrest ingericht op de moderne wijze; onder de overwegingen ten aanzien der daadzaken waren alleen de judicieele feiten opgesomd; of de door den eischer aangevoerde feiten bewezen waren, was onder de overwegingen, in rechte nagegaan. Hiertegen werd nu in cassatie aangevoerd, dat daarmede art. 59, 3°. Rv. geschonden was, omdat niet afzonderlijk over daadzaken en regtspunten beslist was.

Dit middel is overeenkomstig de conclusie van den advocaat-generaal verworpen. In deze conclusie wordt opgemerkt, dat art. 59, 3°. Rv. kennelijk alleen ten doel heeft om te voorkomen, dat „de uitspraak in facto niet met de beslissing in jure wordt verward, maar geene bepaalde orde vaststelt, waarin die onderscheidene beslissingen in een vonnis of arrest moeten worden terneergesteld”.

En de Hooge Raad overwoog: „dat hoezeer de redactie van het arrest in verschil ontwijfelbaar met meer juiste uit-elkander-houding en nauwkeuriger splitsing quod ad factum en quod ad jus had kunnen zijn ingesteld, echter die onderscheiding daarbij in het wezen der zaak niet zoodanig is veronachtzaamd, dat daardoor zou zijn geschonden het voorschrift van voornoemd wetsartikel.”

Wat de Hooge Raad hier als de ontwijfelbaar meer juiste splitsing beschouwde, was hij eenige jaren later geheel vergeten. Van het jaar 1853 immers richtte de Hooge Raad bij zijn rechtspraak in eersten

¹⁾ Men vergelijke voor de inrichting der arresten in eersten aanleg vóór 1853:

H. R. 21 Januari 1842 (v. d. H., *B. R.* 3. 165) 28 Juni 1844 (*ibid.* 5, 368) 16 Maart 1849 (10, 336) 30 Nov. 1849 (11, 100), 13 Dec. 1849 (11, 111) 22 Februari 1850 (11, 275) 25 October 1850 (12, 112) 29 November 1850 (12, 190), 14 Februari 1851 (12, 344) 2 Januari 1852 (14, 8), 21 Mei 1852 (14, 386), 11 Juni 1852 (15, 40 en 15, 61) 8 April 1853 (16, 261);

voor de andere wijze van inrichting van het vonnis:

7 Januari 1853 (16, 138) 18 Maart 1853 (16, 202) 15 April 1853 (16, 316) 9 Juni 1854 (18, 430) 26 Januari 1855 (19, 34) 11 Juni 1858 (22, 352) 11 Maart 1859 (23, 161) 31 Mei 1861 (25, 308) 9 Mei 1862 (26, 410) 29 Oct. 1863 (28, 52) 11 Januari 1867 (31, 44) 8 Maart 1867 (31, 139) enz.

Een enkele maal treft men nog eens de juiste opvatting aan: 26 Juni 1863 (27, 489): wat door getuigenverklaringen bewezen is, wordt onder de daadzaken vermeld, evenals in het arrest van 21 Mei 1852 (14, 386) geschied was.

aanleg zijn arresten op geheel gelijke wijze als het Hof van Friesland in; de overwegingen ten aanzien der feiten werden slechts een nutteloos en door de wet nooit bedoelde herhaling van de beweringen van partijen.

IX.

De praktijk zette ten slotte de kroon op het gansche werk, toen zij invoerde de conclusies na enquête en het dubbele pleidooi.

Zoolang het getuigenverhoor een incident in de procedure was, hetwelk bij incidenteele conclusie werd gevraagd, concentreerde zich de mondelinge behandeling der zaak in het pleidooi *à* de gehouden enquête; te zamen werden alsdan de feitelijke en de rechtskwesties bepleit.

De latere afzonderlijke behandeling van de rechtskwesties en van het getuigenbewijs heeft er toe geleid, dat men beide deelen van het proces gelijkwaardig ging beschouwen en van dezelfde attributen ging voorzien. Zoo hebben zich de conclusies na enquête, niettegenstaande de wet deze niet kent, ingeburgerd. Zoo ook is geheel in strijd met de bedoeling der oorspronkelijke wet een dubbel pleidooi, één vóór het interlocutoor vonnis en één vóór het eindvonnis in zwang gekomen.

X.

De invloed der praktijk heeft zich niet tot de geschetste splitsing van het proces bepaald. Nog op tal van andere punten kan hij aangeetoond worden. En nimmer heeft de praktijk in de rolprocedure een vereenvoudiging gebracht. Voor een deel hangt dit samen met het feit, dat de summiere of rolprocedure na 1838 in de praktijk meer en meer de algemeene procedure werd, zoodat de wetgever van 1896 ten slotte de in onbruik geraakte gewone procedure zonder bezwaar kon opheffen. Maar toch rechtvaardigt deze verruiming van het gebied der rolprocedure niet de verslapping, die de praktijk daarmede gepaard liet gaan. Ook toch in den tijd toen het nog een snelwerkende procedure was, werden niet enkele onbeteekenende, maar vele en zeer belangrijke zaken krachtens haar berecht. Ik wijs slechts op haar toepassing in zaken van koophandel.

De voornaamste der veranderingen, door de praktijk bij de rolprocedure in het leven geroepen, laat ik hier volgen.

Om te beginnen dan het aantal der conclusies.

Onder de heerschappij van den Code de procédure civile was het dubieus of in de summiere procedure wel conclusies mochten gewisseld worden. De praktijk liet echter een conclusie van eisch en een van

antwoord toe. Het wetboek van 1838 heeft deze praktijk van twee conclusies gesanctionneerd (artt. 138 en 139 oud.). Na 1850 zijn echter bij de rolprocedure ook een conclusie van een re- en een van dupliek in zwang gekomen, aanvankelijk onder protest. Nog bij het arrest van den Hoogen Raad van 22 Februari 1878, *W.* 4219, besliste de Hooge Raad, dat de rechter op deze conclusies, als in de wet onbekend, geen acht mocht slaan.

Zes jaar later capituleerde ook de Hooge Raad voor de praktijk. Hij overwoog: dat wel in de artt. 138 en 139 Rechtsvord., de procedure regelende in summiere zaken, enkel wordt gesproken van twee conclusiën, eene van eisch en eene van verwerping, en wordt bepaald, dat na het nemen dier conclusiën partijen worden toegelaten tot de pleidooien of daartoe een nadere dag wordt bepaald, doch dat hierin niet ligt opgesloten een verbod om nog nadere conclusiën te wisselen, en zulks dan ook in de practijk gebruikelijk is." (Arrest van 10 April 1884, *W.* 5027) ¹⁾.

Toen in 1896 de vier conclusiën in de wet werden vastgelegd, werd niets anders gedaan dan dat de wet de praktijk sanctionneerde. Een vooruitgang was het echter geenszins.

Bij toeval liet men in de wet echter nog staan, dat onze gewone procedure een mondelinge is! (Art. 162 Rv.). Gelukkig! want als het niet in de wet stond, zou niemand op de gedachte komen om onze tegenwoordige procedure bij voorkeur eene bij mondelinge voordracht te noemen. Het pleidooi is een episode uit de procedure, meer niet. En — behalve in cassatie — niet eens de gewichtigste. Dikwijls blijft het dan ook geheel achterwege.

XI.

Hoe in strijd met den oorspronkelijken opzet de latere praktijk steeds meer en meer, in de rolprocedure de paperassen een rol heeft doen spelen, blijkt ook bij het getuigenverhoor.

De conclusies na enquête hebben we reeds vermeld. Maar daarnaast is ook de wijze, waarop de getuigenverklaringen ter kennis van den rechter komen, geheel gewijzigd.

De enquête in de rolprocedure was aanvankelijk bedoeld en werd

¹⁾ Zie ook arresten van 6 December 1889, *W.* 5808, en 22 Januari 1897, *W.* 6922. Het langst hebben zich verzet: Rb. Winschoten 7 April 1886, *W.* 5363, en Rb. Middelburg 10 November 1886, *W.* 5468.

ook aldus opgevat, om onmiddellijk daarna of met een zeer korte tusschenruimte gevolgd te worden door het pleidooi. Vandaar dat bij deze procedure het getuigenverhoor voor het college zelf en niet voor een rechter-commissaris moest geschieden (art. 200), vandaar ook, dat een proces-verbaal van het verhoor alleen behoefde opgemaakt te worden, indien de zaak appellabel was (art. 241 C. de Pr. civ. en art. 200 nevens art. 110 W. v. B. R. 1838); het proces-verbaal was voor den appèlrechter bestemd.

Echter toen het gebruik werd, dat er geruimen tijd tusschen de enquête en het eindvonnis verliep, dat er conclusies en pleidooien tusschenbeiden kwamen, zoodat de rechters, die bij het getuigenverhoor aanwezig waren, bijna steeds anderen waren dan die het vonnis velden of zoo zij dezelfde waren bij het vellen van het vonnis het geheele verhoor reeds vergeten waren, toen werd het eenerzijds dwaasheid om het getuigenverhoor voor het college en niet voor een rechter-commissaris te doen houden, anderzijds moest toen wel het proces-verbaal van het getuigenverhoor het stuk worden, waarop feitelijk beslist werd.

Wat het eerste betreft, zoo burgerde zich reeds vóór 1896 bij groote rechtbanken het gebruik in om het getuigenverhoor ook bij de rol-procedure voor een rechter-commissaris te doen houden.

Bij 3 arresten heeft de Hooge Raad het onwettige van deze handelwijze uitgesproken ¹⁾; het bleef nochtans bij de Rechtbank te Rotterdam gewoonte. Bij de herziening van het wetboek in 1896 werd daartegen nog eens gereageerd; uitdrukkelijk werd in de wet bepaald, dat het getuigenverhoor vóór alle rechters moest gehouden worden. De voorsteller wees op de wenschelijkheid, dat de rechters, die de zaak hebben te beslissen, de verhoren bijwonen. De gedachte vond in de Tweede Kamer algemeen bijval.

Het eenige wat men had moeten doen, wilde men werkelijk den ouden toestand doen herleven, liet men na: men had de gansche praktijk, die zich in strijd en naast de wet gevormd had moeten uitbannen. Dit deed men echter geenszins, veeleer sanctioneerde men haar. ²⁾

Het verhoor der getuigen door het college in plaats van door een rechter-commissaris bleef dientengevolge in de meeste gevallen een dwaasheid. De rechters oordeelden toch als regel op het proces-verbaal der getuigenverklaringen en niet onder den verschen indruk van het

¹⁾ H. R. 19 Nov. 1852 *W.* 1470; 19 Oct. 1866 *W.* 2846 en 10 Nov. 1876 *W.* 4050.

²⁾ Wel deed dit het ontwerp 1865. Zie art. 56 en toelichting. Het is één der groote verdiensten van dit ontwerp.

mondeling gehoorde. Gegeven deze vast ingeroeste praktijk was het dan ook een verbetering, dat in 1905 in de wet de mogelijkheid geopend werd dat het getuigenverhoor door een rechter-commissaris kon afgenomen worden; wie een getuigenverhoor voor een kamer eener drukke rechtbank heeft bijgewoond en de weinige belangstelling waarneemt, waarmede de bijzittende rechters het verhoor volgen, omdat zij toch waarschijnlijk niet of eerst veel later aan het vonnis zullen meewerken, zal dit onmiddellijk toegeven. Maar dit neemt niet weg, dat de wijziging in 1905 wederom is geweest een zonder protest zich neerleggen van den wetgever bij een stelsel, dat geen andere basis had dan de slenter der praktijk. ¹⁾

Toen de rechter ophield te vonnissen onder den verschen indruk van het afgenomen getuigenverhoor, kreeg ook het proces-verbaal der getuigenverklaringen een beteekenis, die het oorspronkelijk in de rol-procedure niet had. Het werd het stuk, waarop gevonnisd werd.

De rechtbank te 's-Hertogenbosch mocht nog bij vonnis van 13 Februari 1867 *W.* 2929 volkomen terecht beslissen, dat het opmaken van een proces-verbaal alleen is voorgeschreven voor den rechter, die niet zelf de getuigen heeft gehoord en dat mitsdien onmiddellijk na het getuigenverhoor tot de pleidooien kan overgegaan worden, zonder dat aan partijen den tijd behoefde gelaten te worden om het proces-verbaal te lichten en in het geding te brengen, dit was reeds toen een stem, die inging tegen een vastgeroest gebruik. En gelijk op zooveel andere punten, sloot ook hier de wetgever van 1896 zich bij die praktijk aan door in alle zaken het opmaken van een proces-verbaal van het getuigenverhoor verplichtend te stellen.

Om dit proces-verbaal draait thans alles: de rechter verlangt, dat

¹⁾ Omtrent de wenschelijkheid van het getuigenverhoor voor een rechter-commissaris, vergelijkte men in overeenkomstigen zin: EUSSELL in *Themis* 1903, bl 613 vlg. en S. GRATAMA in *W.* 7917. Het tegenovergestelde standpunt, passende voor een praktijk, die echter niet bestond, is nog verdedigd door den hoofdredacteur van het *W. v. h. R.* in n^o. 7908.

Overigens is de geschiedenis van het procesrecht ook op dit punt één herhaling: Het verhoor van getuigen voor een rechter-commissaris was in Frankrijk gebruikelijk totdat verschillende ordonnanties daartegen voor sommige zaken reageerden (van 15 Februari 1519, art. 23; van October 1535, ch 12, art. 5; en Januari 1560, art. 57; van Mei 1579, art. 153); het laatst bij de ordonnantie van 1667 (tit. 17, art. 8).

Maar de praktijk is steeds den rechter-commissaris blijven handhaven „Il est rare”, zegt ROUËR, „que dans aucune juridiction les témoins soient ouïs en l'audience”. (*Questions* bl. 285) De Code schreef weer het verhoor ter rechtzitting voor. De praktijk reageerde echter opnieuw daartegen.

hem daarvan een afschrift wordt overgelegd; de eerste daad van hem, die een enquête gehouden heeft, is dan ook een afschrift van het proces-verbaal aan te vragen; eerst na ontvangst daarvan begint hij zijn conclusie na enquête op te stellen.

Aldus liggen thans tusschen getuigenverhoor en vonnis in: aanvraag van een afschrift van het proces-verbaal, lichting van dit afschrift, conclusies na enquête en pleidooi, dit alles terwijl de bedoeling der wet en de aanvankelijke praktijk geen andere was, dan dat na het getuigenverhoor onmiddellijk of met korte tusschenruimte het pleidooi zou volgen, evenals dit thans nog in strafzaken het geval is.

XII.

Zeër merkwaardig is verder de wijze, waarop het uitstelvragen zich in de rolprocedure ontwikkeld heeft.

De Code de procédure civile schreef in art. 405 voor, dat, na verloop van den termijn van dagvaarding, de zaak ter audiëntie zonder eenige procesvorm of formaliteit zou gevonnisd worden. Het decreet van 30 Maart 1808 verklaarde in art. 66, dat slechts om buitengewone redenen de rechtbank een uitstel van bepaalde duur kon toestaan.

Dezelfde gedachte heeft bij den wetgever van 1838 voorgezetten. Bij het eerste ontwerp van 1837 werd bepaald, dat de conclusies van partijen en het pleidooi op den dag, waartegen gedagvaard werd (*de dienende dag*) moesten gehouden worden.

Naar aanleiding van een opmerking van de vierde afdeeling werd echter deze wijziging aangebracht, dat voor het nemen van de conclusies een uitstel kon toegestaan worden en ook voor de pleidooien een nadere dag kon bepaald worden (v. D. HONERT op § 138 en § 139).

De bedoeling der wet was echter, dat het uitstel uitzondering, afhandelen der zaak op den dienenden dag regel zou zijn; verder wenschte de wet slechts een éénmalig uitstel geven.

Toen dan ook de tweede afdeeling der Tweede Kamer voorstelde, dat er tusschen den dag waartegen gedagvaard was en den dag van het pleidooi ten minste veertien en ten hoogste vier weken zouden verlopen welke laatste termijn door den rechter in het belang van partijen *in bijzondere gevallen eenigszins* kon verlengd worden, verzette zich de Regeering daartegen op dezen grond, dat door het voorstel den noodigen spoed in de behandeling geheel zou worden weggenomen en men in spoed vereischende zaken telkens tot de verkorting der termijnen — het bref délai — zijn toevlucht zou moeten nemen (v. D. HONERT bl. 269).

De Regeering beschouwde dus de wettelijke regeling als een, waarbij gewaarborgd was, dat tusschen den dag, waartegen gedagvaard was en den dag van pleidooi als regel minder dan vier weken zouden verloopen!

Het herhaalde uitstel geven is in praktijk gekomen, als een onderlinge inschikkelijkheid der procureurs, waartegen de rechter, het gevaar voor de rechtspleging niet volledig beseffend, niet met de noodige kracht gereageerd heeft¹⁾. Welhaast werd het usance, dat men recht op een herhaald uitstel had, als niet bij de bewilliging van een vorig uitstel door de wederpartij verklaard was, dat hij het uitstel peremptoor verleende.

Maar toch was nog in 1876 de herinnering aan wat de wet eigenlijk gewild had, niet geheel verloren. Een partij verzette zich tegen herhaald uitstel en achtte dit in strijd met de wet. De praktijk was toen echter al te veel ingeburgerd, dan dat de rechter, bij het ontbreken van een uitdrukkelijken wetstekst, het uitstel weigeren durfde. Het Hof te Amsterdam verklaarde, dat wanneer er voldoende gronden aanwezig waren, het niet verboden was herhaalde uitstellen tot het nemen van conclusiën te verleenen. Men lette wel: er staat nog indien er voldoende gronden aanwezig zijn²⁾.

De wetgever van 1896 is hier wederom opgetreden als sanctioneerend de misbruiken der praktijk. Artikel 143 bepaalt thans, dat de termijnen voor het nemen der conclusiën door den rechter bepaald worden in overeenstemming met hetgeen de partijen verlangen. Zijn derhalve partijen het omtrent het uitstel eens, dan moet de rechter zich daarbij neerleggen.

XIII.

'Egelyk met het in de summiere procedure in zwang komen der conclusies van repliek en dupliek en het herhaald uitstel geven gingen

¹⁾ Zie DE PINTO II § 126: Dadelijk pleidooi na de conclusies op dezelfde teregtzitting schijnt in de bedoeling der wet regel te zijn, pleidooi op eenen naderen regtsdag uitzondering...; de practijk heeft dit echter omgekeerd en de uitzondering tot regel, den regel tot uitzondering gemaakt."

Ook een inzender in *W.* 280 spreekt van het misbruik dat van het vragen en verleenen van uitstel gemaakt wordt. Deze inzender zocht alreeds de fout bij de menschen en niet bij de wet.

²⁾ Ook in Frankrijk heeft overigens de praktijk de summiere procedure zijn oorspronkelijk karakter doen verliezen. De eerste sporen daarvan vindt men reeds aangestipt bij BONCENNE-BOURBEAU, *Théorie de la procédure civile* VI, 83 (1847).

ook de incidenteele conclusies meer belemmerend op den loop der procedure werken.

Aanvankelijk was het in de summieere procedure gebruik, dat incidenteele conclusies op den dag waartegen gedagvaard was, den dienenden dag, werden genomen.

Art. 141 Rv. schreef in aansluiting daarmee uitdrukkelijk voor, dat incidenteele vorderingen, tusschenkomst en voeging in summieere zaken ten dienenden dage ter audiëntie moesten genomen worden. En voor een wetgever, die zich de conclusiën genomen dacht op den dag, waartegen gedagvaard was, was dit hetzelfde als wat art. 288 Rv. bepaalde: nadat de conclusiën door partijen genomen waren, kon geen voeging en tusschenkomst meer plaats hebben ¹⁾.

Op het laatste oogenblik was echter bij de totstandkoming van het wetboek bepaald, dat voor het nemen der conclusiën eenig uitstel kon toegestaan worden. Nochtans werd art. 141 Rv. in verband daarmee niet gewijzigd, echter evenmin art. 288. Zou men nu art. 141 Rv. laten overwegen, of art. 288 Rv.? Een tijd die weinig voelde om de procedure te bekorten, koos natuurlijk het laatste. Op grond van art. 288 Rv. werd onder dienende rechtsdag in art. 141 Rv. verstaan iedere dag waarop de zaak ter audiëntie voor het nemen van conclusiën diende en niet, zooals in de artt. 135, 137, 138, 139 en 142 Rv. de dag, waartegen gedagvaard was. Aldus besliste de H. R. reeds bij arrest van 24 Mei 1850 *W.* 1138.

Deze beslissing op zich zelf was niet in strijd met een goede procesorde; zij werd dit echter wel, toen de herhaalde uitstellen voor de conclusies gebruikelijk werden en toen de conclusies van repliek en dupliek in zwang kwamen. De Hooge Raad erkende uitdrukkelijk bij arrest van 10 April 1884 *W.* 5027 dat ook op de dagen voor het nemen van een conclusie van repliek of dupliek bepaald, in summieere zaken nog een incidenteele conclusie mogelijk was. Nu kon men verschillende incidenteele conclusies na elkaar nemen. Ieder incident vormde op zich zelf een tusschengeding, dat de hoofdzaak onderbrak. Een nieuwe factor, die de procedure oplosste en in verschillende elkander opvolgende bedrijven verdeelde, was daarmee geschapen.

De wetgever van 1896 heeft ook bij de incidenteele conclusies de praktijk gesanctionneerd. Wel bepaalt art. 247 Rv. nog: Incidenteele

¹⁾ Slechts ten aanzien van het hooren op vraagpunten en het opdragen van den beslissenden eed was bepaald dat daartoe in iederen stand van het geding kon geconcludeerd worden (art. 1962 B. W. en art. 237 W. v. B. R.).

vorderingen worden ten dienenden dage ter audientie gedaan, maar om ieder misverstand wat onder ten dienenden dage bedoeld is te vermijden, spreekt art. 286 bij de voeging en tusschenkomst van: „ter terechtzitting ten dienenden dage vóór of op dien, waarop de laatste conclusie in het aanhangig rechtsgeding wordt genomen.”

Ja, omdat deze toevoeging in art. 247 Rv. ontbreekt, kan men nu zelfs a contrarie redeneerend, volhouden, dat andere incidenteele conclusies dan voeging of tusschenkomst ook nadat de zaak afgeconcludeerd is, zelfs na pleidooi en vonnis, zoolang er nog maar een dag is, waarop de zaak ter audientie dient, kunnen genomen worden. De praktijk heeft zich inderdaad van deze uitlegging meester gemaakt. Een poging, onlangs gedaan, om zich daartegen te verzetten, vond bij den rechter geen steun (Hof 's Hage 29 April 1918, W. 10328). Wanneer na pleidooi een interlocoutor vonnis wordt gegeven, *heropent dit de litiscontestatie*, hetgeen vanzelf medebrengt, dat partijen wederom incidenteele conclusies kunnen nemen; aldus het Hof. Een heropening der litiscontestatie, wie, die nog iets van zijn Romeinsch recht afweet, staat bij dit argument niet onthutst?

De incidenteele vorderingen zijn door de praktijk in den loop der jaren verder nog voorzien met attributen van kleine op zich zelf staande procesjes; men concludeerde met de noodige uitstellen in het incident, men fourneerde stukken voor een dag ter pleidooibepaling, men bepleitte het incident, alles, evenals in de hoofdzaak.

De wetgever van 1896 is ook hier wederom sanctionneerend opgetreden; de mogelijkheid van uitstel werd erkend en de verleenning daarvan, ook bij de incidenteele conclusies, aan het verlangen der partijen ondergeschikt gemaakt. Eveneens werd de bevoegdheid om het incident na het wisselen der conclusies te bepleiten, in de wet vastgelegd. (Zie art. 247, 2^e lid B. W.)

XIV.

Ik ben hiermede aan het einde gekomen van de taak, die ik mij zelve gesteld had. Ik heb, naar ik hoop, duidelijk gemaakt, hoe het gekomen is, dat niettegenstaande twee wezenlijke verbeteringen in de wetgeving ¹⁾, de procedure van heden veel omslachtiger en slechter is dan die van honderd jaar geleden.

¹⁾ Want ook de wetgever van 1896 heeft niet uitsluitend de gevormde praktijk gesanctionneerd; op menig punt heeft hij verbetering gebracht. Ik wijs slechts op de artt. 141 2^e lid, en 337 2^e lid.

Men kan uit dit stuk geschiedenis deze les trekken, die men welhaast uit de geschiedenis van iedere procesorde putten kan: een goede en snel functioneerende procedure is voor slechts een gering deel een zaak van wetgeving; hoofdzakelijk is het een aangelegenheid van personen en persoonlijke eigenschappen.

Men roept thans bij ons luide om een nieuw procesrecht. En inderdaad dit is noodig. Maar noodig op dezelfde wijze als men een misdadiger, die zich beteren wil, voor alles in een nieuw milieu moet brengen, opdat de invloed van het verleden gebroken worde.

Men hoede zich nochtans voor de meening, dat ook zonder dat bij rechters en advocaten de ernstige wil is om een snelle en deugdelijke procedure te bewerkstelligen en in stand te houden, een wettelijke regeling dit zou kunnen verzekeren. Draconische bepalingen, waarmede men een snellen procesloop heeft willen afdwingen, hebben steeds averechts gewerkt. Geen deel van het recht wordt meer ge- en vervormd door de praktijk dan het procesrecht.

Slechts door den ernstigen wil van hen, die in het proces een werkzame rol vervullen, kan een duurzame verbetering komen. De overtuiging moet eerst gewekt worden, dat onze procesorde gelijk ze zich thans in de praktijk voordoet, ernstige gebreken heeft, die de rechtspraak in discredit brengen. En naast deze overtuiging kome dan de wil te staan, om datgene, wat gedurende korte of lange perioden in vroeger eeuwen nu en dan bestaan heeft, wat thans wederom in de rechtspraak van vaste arbitragecommissies en administratieve rechters mogelijk blijkt, ook in de civiele rechtspraak te verwezenlijken: een snelle en doelmatige procedure.

XV.

Wat thans nog volgt staat buiten het historisch overzicht dat ik gegeven heb, en hoort streng genomen in een historisch tijdschrift niet thuis. Toch kan ik de verleiding niet weerstaan, om aan te geven, hoe mijns inziens, de praktijk van heden zich stellende op den bodem van de thans geldende wet, vele fouten, die langzamerhand naar binnen geslopen zijn, wederom ongedaan kan maken.

Vóór alles moet wederom meer concentratie in de procedure gebracht worden. Het is een op geen enkel wettelijk voorschrift steunend iets, dat men eerst de rechtskwesties uitvecht en beslist, om daarna een geheel op zich zelf staand bedrijf, het getuigenverhoor, te beginnen.

Men heeft wel opgemerkt, waarom een getuigenverhoor te doen

voorafgaan, als daarna bij de berechting der rechtsvragen kan blijken, dat het geheel nutteloos geweest is, omdat ook bij het bewezen zijn der feiten den eischer zijn eisch toch niet volgen kan? Maar daartegenover kan men met evenveel recht omgekeerd redeneeren: waarom de zaak door lange debatten en beschouwingen omtrent rechtskwesties op te houden, als daarna bij het getuigenverhoor zonneklaar zal blijken, dat de eischer geen schijn van bewijs voor de door hem gestelde feiten kan bijbrengen? ¹⁾

Op deze wijze kan men niet tot een voorkeur komen noch voor het vóór laten gaan van een onderzoek der feiten, noch voor de voorbehandeling der rechtsvragen. Wat echter de eerste handelwijze in de meeste gevallen verre verkieselijk boven de andere maakt, is, dat wanneer men het getuigenverhoor vooraf laat gaan, men één geconcentreerde behandeling van rechts- en feitelijke vragen in het daarop volgend pleidooi en vonnis verkrijgt en de beide rubrieken van vragen door den rechter sneller te zamen berecht worden, dan wanneer zij successievelijk behandeld worden. Bovendien is het voor den rechter ook voor de beoordeeling van de rechtsvragen gewoonlijk van het grootste belang, dat hij zich door het getuigenverhoor een juist beeld omtrent de feitelijke toedracht der zaak heeft kunnen vormen. Ook het feit, dat de rechter, die het eindvonnis velt, een geheel andere opvatting omtrent de rechtsvragen kan hebben dan de rechter, die in het interlocutoor deze reeds beslist heeft, leidt tot ongewenschte resultaten. Want òf de eindrechter geeft alsdan een uitspraak, die hij onrecht acht òf hij verbetert de foutieve rechtsoverwegingen, doch voert alsdan een nieuwe instantie in, die onvermijdelijk er toe moet leiden, dat ook partijen in haar conclusiën en uiteenzettingen de zaak als in een nieuwe instantie gaan behandelen ²⁾. Ten slotte — en dit is niet het minst belangrijke — mag men ook weleens bedenken, dat hoe later men het getuigenverhoor in de procedure plaatst, des te meer zijn de getuigen vergeten, des te grooter is de kans, dat zij door partijen beïnvloed zijn. Buiten de civiele rechtspraak in die voor straf-, ongevallen- en belastingzaken, bij tiendwetcommissies en andere colleges met admi-

¹⁾ De allerslechtste wijze van procedeeën is natuurlijk, die, waarbij de rechter eerst de rechtskwestie ten volle laat bepleiten, en *dan* bij interlocutoor deze niet oplost, maar in de hoop, dat de zaak wel op feitelijke gronden zal stranden, getuigenbewijs oplegt.

²⁾ Een typisch staaltje, hoe moeilijk, zoo niet ondoenlijk het is, voor den rechter van het eindvonnis zich bij een z. i. onjuist interlocutoor neer te leggen, levert b.v. Rb. Utrecht 17 Januari 1912 *W.* 9425.

nistratieve rechtspraak aarzelt men dan ook niet om getuigen te hooren en feitelijk materiaal te verzamelen, vóórdat de rechtsvragen beslist zijn.

Een vóórbehandeling der rechtsvragen is wellicht in een kleine, nog weinig gecompliceerde maatschappij, als Rome ten tijde der republiek was, op haar plaats, evenzoo in een procesrecht, waarbij men bewijsmiddelen als tweegevecht en ordelen kent, voor ons tegenwoordig rechtswezen deugt het stelsel niet. Er kunnen natuurlijk geschillen zijn, waarin het den rechter met één oogopslag duidelijk is, dat de gestelde feiten niet tot het gevraagde gevolg kunnen leiden of dat het geschil slechts op ondergeschikte punten van feitelijken aard is; alsdan kan een behandeling der rechtsvragen vóór gaan. De rechtspraak van den Zutfenschen rechter, die eerst vaststelde of een door den eischer gestelde impotentie door de overgelegde brieven bewezen was, om daarna tot de opmerking te komen, dat impotentie geen eisch tot nietigverklaring van het huwelijk rechtvaardigde, wensch ik niet te doen herleven ¹⁾. Maar wel wensch ik hetzelfde stelsel als dat in 1883 in Engeland een eind heeft gemaakt aan de voorbehandeling der rechtsvragen (demurrers) en daar thans met succes werkt, dat nl. na het nemen van de conclusies een rechter — in Engeland the master of the rolls — zich door een summier onderzoek overtuigt en daarna beslist of bepleiting der rechtskwestie dan wel het getuigenverhoor vóór moet gaan ²⁾. Ook de commissies van de Ned. Juristenvereeniging en van den Vrijzinnig-Democratischen bond hebben in hun ontwerpen dit beginsel overgenomen ³⁾.

Dit stelsel is reeds thans bij ons te verwezenlijken. Wat meer zegt, het is datgene, wat het meest in overeenstemming met de wet is. Men bedenke daartoe slechts, dat wanneer thans in een conclusie in de hoofdzaak, voor zooveel noodig getuigenbewijs aangeboden wordt, dit nog steeds in ons recht een incidenteele conclusie en wel — gelijk ze genoemd werd, toen ze zich begon in te burgeren — een subordinate incidenteele conclusie is.

Waar nu tegelijk èn in de hoofdzaak èn in een incident geconcludeerd is, vindt art. 249 Rv. toepassing: incidenteele vorderingen kunnen vóóraf worden uitgewezen, doch behoeven dit niet. En door het feit, dat het getuigenbewijs „zoo noodig” (of in de oude rechtstaal

¹⁾ Rb. Zutfen 24 October 1839 *W.* 76.

²⁾ Zie daaromtrent J. PAULUS, *Het burgerlijk geding voor de Kings Bench division*. Diss. Leiden 1905, bl. 95 vlg.

³⁾ Vooral duidelijk is het ontwerp van den Vrijz. Dem. Bond: artt. 61 en 62 met toelichting; minder duidelijk het ontwerp van de Nederlandsche Juristenvereeniging art. 128 en vlg.

„subordinaat”) aangeboden wordt, kan de rechter niet gedwongen worden, een andere volgorde in acht te nemen, dan die de wet hem aanwijst. Meent hij op grond van art. 59, 3° Rv. en in het belang der zaak, dat eerst de feitelijke vragen beslist moeten zijn, voordat de rechtsvragen mogen uitgewezen worden, dan kan een partij daarin geen verandering brengen door zijn bewering: ik bied alleen getuigenbewijs aan voor het geval, dat mijn juridieke beschouwingen onjuist zijn. Het getuigenbewijs moet plaats hebben op het oogenblik, dat volgens het stelsel der wet daarvoor aangewezen is, en niet op dat, waarop de partij het wenscht. Op geheel gelijke wijze houdt de Hooge Raad zich bij de behandeling van cassatiemiddelen steeds aan de volgorde, die hij de juiste acht, zonder zich aan de door den eischer gekozene te binden.

De loop eener procedure, waarin getuigenbewijs aangeboden wordt terwijl daarnaast rechtsvragen zich voordoen, kan dientengevolge als volgt zijn: worden de stukken gefourneerd voor vonnis of pleidooi, dan onderzoekt de rechtbank summierlijk wat vóór dient te gaan, het incident, dat is het verzoek tot getuigenverhoor, of de hoofdzaak.

Meent zij — en ik zou dit tot regel gemaakt willen zien — dat het getuigenverhoor voor moet gaan —, dan wordt alleen gelegenheid gegeven het incident te bepleiten. Het pleidooi en het vonnis in dit incident behoeven alsdan slechts zeer kort op te houden. De rechtsvragen van de hoofdzaak ter zijde gelaten, zal er meestal niet veel te bepleiten over zijn; hoogstens of krachtens de artt. 1933 en vlg. B. W. getuigenbewijs toelaatbaar is. Het ter zake dienende en afdoende worde, evenals dit vroeger het geval was, slechts opgevat als recht gevend tot een summier onderzoek, maar niet tot een ampele bespreking van rechtsvragen uit de hoofdzaak; feitelijk heeft dan de rechtbank door het indicent alleen te doen bepleiten, reeds dat summiere onderzoek verricht. Op deze wijze opgevat, zal een pleidooi bij het incident tot getuigenverhoor, evenals vóór 100 jaar, wederom hooge uitzondering worden en wanneer het plaats vindt, zeer kort en beknopt gehouden kunnen worden. Persoonlijk ingrijpen van den president kan nutteloos lang uitweiden bij een incident voorkomen. Het vonnis, waarbij het getuigenverhoor wordt toegelaten, kan wanneer het wederom zijn oude korthed terug krijgt, zeer snel volgen. Het behoeft na een resumé van de beweringen der partijen, niets anders te bevatten, dan: overwegende, dat het bewijs door getuigen in deze niet is uitgesloten en tot beslissing der zaak kan leiden, alvorens ten principale recht te doen, enz.

Getuigenverhoor en tegenverhoor worde door den rechter steeds onmiddellijk na elkaar gehouden. Mocht de tegenpartij van hen, die het

bewijs levert, naar aanleiding der afgelegde verklaringen, nog getuigen willen hooren, aan welke hij aanvankelijk niet dacht, het staat aan den rechter of hij uit dien hoofde voortzetting van het getuigenverhoor op een naderen dag wenschelijk acht (art. 104 Rv.).

Bij arrest van den Hoogen Raad van 17 Maart 1876 *W.* 3970 is wel uitgemaakt, dat de rechter de bevoegdheid heeft om het tegenverhoor op een lateren dag te bepalen, maar de Hooge Raad heeft nog nimmer het omgekeerde beslist, dat de rechter de bevoegdheid zou missen om het tegenverhoor onmiddellijk na het verhoor te plaatsen. De practici hebben daartegen echter altijd dezelfde bezwaren. Het is steeds een herhaling van hetgeen door G. M. VAN DER LINDEN in *Themis* V, bl. 31, dienaangaande opgemerkt is. De wederpartij weet van tevoren niet wat de getuigen in de enquête zullen verklaren; eerst na dat gehoord te hebben, weet hij waartegen hij tegenbewijs moet leveren en welke getuigen hij daarvoor moet doen hooren. Dat een dergelijk argument in een periode van verslapten ijver ingang kon vinden, is begrijpelijk, maar desniettemin is zijn innerlijke waarde gering. De wederpartij weet door het interlocutoor, welke feiten het voorwerp van het bewijs uitmaken. Kent hij personen, die het tegendeel kunnen getuigen, hij roepe die op. Oordeelt hij, dat de getuigen van de andere partij niets bewezen hebben, dan kan hij van het hooren van zijn getuigen afzien¹⁾. Verklaren de getuigen van de andere partij geheel onvoorziene feiten die vermoedens kunnen opleveren en dreigt aldus het gevaar van verrassing, dan is er toch nog altijd de rechter, die voortzetting van het getuigenverhoor op een naderen dag bevelen kan.

Het houden van enquête en contra-enquête onmiddellijk na elkaar heeft behalve het voordeel, dat het de behandeling der zaak concentreert, ook nog dit andere, dat het een prikkel te meer voor beide partijen is, om zelve bij het getuigenverhoor aanwezig te zijn. Trouwens een rechter, die de burgerlijke procedure, evenals een strafzaak, in één zitting concentreren wil, en zich zoo volledig mogelijk wil laten voorlichten, roepe in iedere zaak van eenig belang tegen dezelfde zitting, als waarop het getuigenverhoor gehouden zal worden, krachtens art.

¹⁾ Er zullen wel personen zijn die meenen, dat men den bewijslast omkeert, wanneer de wederpartij, ook voordat er iets bewezen is, haar getuigen dient op te roepen. Maar dan moet men ook consequent zijn, dan moet men zeggen tegenbewijs veronderstelt een reeds geleverd bewijs. De wederpartij, aan wie van rechtswege het tegenbewijs toekomt, behoeft dit eerst te leveren, nadat bij vonnis beslist is, dat, behoudens tegenbewijs, de andere partij haar feiten bewezen heeft.

49 Rv. de partijen op. Hij kan dan de getuigenverklaringen met de opgaven van partijen aanvullen en controleeren.

Onmiddellijk na afloop van het getuigenverhoor worden aan partijen of hun raadslieden gelegenheid gegeven tot het houden van het pleidooi. Geen lichting van het proces-verbaal door partijen, geen conclusies na enquête, al te maal door de wet niet vereischt, houden de zaak op; het vonnis zij geweest onder den nog verschen indruk van de afgelegde verklaringen. Bij deze wijze van procedeeën blijve natuurlijk uitgesloten, dat de rechtbank gebruik maakt van de haar gegeven bevoegdheid om op eenparig verzoek van partijen een getuigenverhoor voor een rechter-commissaris te doen houden.

Ziedaar wat reeds krachtens onze tegenwoordige wet mogelijk is. Is er een rechtbank te vinden, die den moed heeft met de sleur der praktijk te breken? Of gaat het met de praktijk als met rivieren? Zij stroomen wel van hoog naar laag, maar nimmer terug van laag naar hoog.