

MEMORIE VAN ANTWOORD  
(Ingezonden 4 december 1962)

Nr. 5

(De vroegere stukken zijn gedrukt in de zittingen  
1950—1951 en 1956—1957)

**Algemene beschouwingen**

1.

De vaste Commissie voor Justitie heeft in haar voorlopig verslag grote belangstelling aan de dag gelegd voor het antwoord op de vraag in hoeverre het door de Hoge Raad opgestelde ontwerp is gevolgd bij het opstellen van het ingediende regeringsontwerp. De ondergetekende kan hieromtrent mededelen, dat het ontwerp vrijwel geheel is gevolgd.

2.

Het verheugt de ondergetekende dat de meerderheid van de commissie instemt met de beweegredenen, die tot de indiening van het ontwerp hebben geleid en met de algemene strekking ervan. Voor de geopperde vragen en bedenkingen van de meerderheid der commissie zal hopelijk een oplossing kunnen worden gevonden.

De verder gaande bezwaren van de minderheid van de commissie zijn, naar het oordeel van de ondergetekende, door de meerderheid op overtuigende wijze weerlegd. Het is juist dat de waardering van de cassatierechtspraak gegroeid is in de twintigste eeuw en dat voordien zeer uiteenlopende standpunten zijn ingenomen. Tussen 1851 en 1872 zijn acht ontwerpen tot herziening van de cassatierechtspraak ingediend, waarbij nu eens handhaving, dan weer afschaffing werd voorgesteld. De cassatie heeft deze periode echter overleefd en de ondergetekende meent te mogen stellen dat ongeveer tegelijk met de in 1876 in werking getreden wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie, waarbij het aantal gerechtshoven van elf tot vijf werd verminderd, de waardering voor het instituut der cassatie is gaan toenemen, in den beginne zeer langzaam maar op de duur onmiskenbaar. Omstreeks 1930 was het pleit gewonnen en ging het aantal voorstanders van de cassatie dat der tegenstanders overtreffen. In deze toestand is sindsdien geen verandering gekomen.

De minderheid van de commissie ziet in het voorgestelde ontwerp een ongunstige ontwikkeling die zal leiden tot een uitbreiding van het aantal cassatieprocedures. De meerderheid der commissie wijst er echter terecht op dat de Hoge Raad de cassatierechtspraak, hoewel in de vorm van cassatie wegens schending van wetsvoorschriften, in feite, zoveel als doenlijk, reeds thans richt op het tegengaan van schending van het recht. In zekere zin is dus de wetswijziging als een sanctionering van deze gedragslijn te beschouwen.

Het standpunt van de meerderheid der commissie komt de ondergetekende juist voor. Inderdaad ligt de verruiming van de cassatiemogelijkheid door de cassatiegrond „wegens verkeerde toepassing of schending der wet” te vervangen door die „wegens schending van het recht” geheel in de lijn, die de ontwikkeling van de jurisprudentie van de Hoge Raad bij de hantering van eerstgenoemde cassatiegrond heeft te zien gegeven. Zie hierover Veegens: Cassatie in burgerlijke zaken, nr. 69.

De uitbreiding van de controle van de Hoge Raad over het gebied van het ongeschreven Nederlandse recht, zoals deze ondanks de enge formule van artikel 99, lid 1, sub 2°, R.O. zijn beslag heeft gekregen, vertoont echter een onregelmatig beeld.

Terwijl wat de toepassing van gewoonterecht betreft de Hoge Raad zich strikt van elke controle is blijven onthouden, is het cassatietoezicht wat betreft de toepassing van ongeschreven beginselenrecht reeds voor een goed deel verwezenlijkt doordat de Hoge Raad daarvoor wist aan te haken aan enig als geschonden of verkeerd toegepast aangehaald wetsartikel. Er blijven echter ook daarbij hiaten, doordat de Hoge Raad voor zekere delen van dit recht — waarvan het internationaal privaatrecht wel een der belangrijkste is — voor controle geen voldoende wettelijke aanknopingspunten weet te vinden.

Praktisch zal de verruiming van de formule der wet wat het terrein van het ongeschreven beginselenrecht betreft daarom voor een zeker deel slechts betekenen, dat van hetgeen thans in weerwil van de enge cassatiegrond gebeurt, de mogelijkheid in de toekomst verzekerd zal zijn.

Voor een ander deel slechts zal zij betekenen een werkelijke verruiming van de cassatietaak van de Hoge Raad, namelijk voor zover de Hoge Raad thans nog voor toezicht geen aanknopingspunt in de wet kan vinden. Onder zijn controle zullen dan komen ongeschreven rechtsregels (b.v. internationaal privaatrecht, volkenrecht), die in andere landen wel door de cassatierechter worden gecontroleerd. De begrenzing van het gecontroleerde gebied, welke thans afhangt van de min of meer toevallige omstandigheid of er al dan niet een wetsbepaling is te vinden, waaraan de ongeschreven rechtsregel kan worden vastgeknoopt, vervalt.

Ofschoon dus van de invoering van de nieuwe formule wel een zekere uitbreiding van het aantal civiele cassatieprocedures kan worden verwacht, zal deze uitbreiding naar de mening van de ondergetekende kwantitatief beperkt zijn. Met name verwacht hij dat de civiele cassaties — evenals thans — door één kamer van de Hoge Raad zullen kunnen worden behandeld. In ieder geval zal de uitbreiding niet — gelijk de minderheid vreest — de vorming van een volledige derde instantie medebrengen. Evenals thans zal de cassatieprocedure zich beperken tot rechtspunten. Slechts zal onder „recht” niet meer, gelijk thans, uitsluitend het geschreven recht zijn te verstaan.

Van de door de minderheid aangevoerde bezwaren, die zich eigenlijk richten tegen het instituut der cassatie als zodanig, zijn er twee — de mogelijke langere duur der processen en het verhoogde kostenrisico — welke, ofschoon op zich zelf niet onjuist, moeten wijken voor de voordelen van de verruiming der cassatie: het tegengaan van onjuiste beslissingen, en de mogelijkheid van rechtsvorming en bevordering der uniformiteit op tot nu toe voor de Hoge Raad afgesloten terreinen. Het derde bezwaar, dat het belang der rechtszekerheid door de nieuwe formule zou worden geschaad, kan de ondergetekende niet als juist erkennen. Zonder cassatie is immers juist de rechtszekerheid geringer; verschillende gerechtshoven — en zelfs verschillende kamers van een zelfde gerechtshof — kunnen tot verschillende beslissingen over een bepaald rechtspunt komen. Zolang niet alle gerechtshoven zich hebben uitgesproken — eigenlijk alle kamers van alle gerechtshoven — weten in de ressorten van de hoven die zich nog niet hebben uitgesproken, de justitiabelen en hun raadsliden niet, waaraan zich te houden. Zodra echter de Hoge Raad een uitspraak heeft gedaan, is de kans dat lagere rechtscolleges anders zullen oordelen, zeer gering, evenals de kans dat de Hoge Raad van zijn eigen beslissing terugkomt.

3.

Blijkens paragraaf 3 van het voorlopig verslag is in de vaste commissie bij de bespreking van het instituut der cassatie ook de aandacht gevraagd voor het probleem van het dragen van de proceskosten.

Daarbij zijn door de als minderheid aangeduide leden der commissie bezwaren geuit tegen de huns inziens ongewenste uitkomst, waartoe ons tegenwoordig stelsel van veroordeling van de verliezende partij in de kosten in de cassatierechtspraak leidt. Bedoeld wordt hiermede de uitkomst, dat de verweerder in cassatie, die verliest, de kosten moet betalen van de door hem verloren cassatieprocedure en bovendien nog die van de vorige instanties, die hij aanvankelijk gewonnen had.

Deze leden konden niet inzien op welke billijkheidsgrond dit berust. Zij betoogden, dat aldus de onjuiste oordeelvelling, waaraan in zodanig geval de lagere rechter zich blijkens de uitspraak van de Hoge Raad heeft schuldig gemaakt, plaatsvindt ten laste van de justitiabelen. Zij legden hierbij alle nadruk op het doel van de cassatie het algemeen belang door het scheppen van rechtseenheid te dienen. De rechtzoekende, aldus hun oordeel, is genoegzaam geholpen, indien hij ter bescherming van zijn belangen zich tot de rechter kan wenden, zo nodig met de mogelijkheid van hoger beroep. Al wat er meer is, raakt huns inziens het algemeen belang.

Uitgaande van deze gedachte oordeelden deze leden, dat in geval van een gewonnen cassatie de Staat behoort op te komen voor de kosten van eiser en verweerder beiden, tenzij de Hoge Raad op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval anders beslist.

Dit stelsel lijkt de ondergetekende niet aanvaardbaar. Het onjuiste uitgangspunt is daarbij, dat, wijl aan het instituut der cassatie ten grondslag ligt het streven naar rechtseenheid, het voeren van een cassatiegeding vereenzelvigd zou mogen worden met het dienen van dit algemeen belang. Daargelaten, dat het doel van de cassatie mede is het tegengaan van onjuiste beslissingen — iets waarbij het belang der rechtzoekenden onmiddellijk betrokken is — is (afgezien van de cassatie in het belang der wet) als enige motor voor de behartiging van het algemeen belang het bijzonder belang ingeschakeld. Dat wil zeggen, dat, alleen wanneer een privépersoon het zijn belang acht met het oog op zijn in het geding betrokken rechten als eisende of verwerende partij in cassatie op te treden in het algemeen belang aan trek kan komen. Niet anders dan in de eerdere instanties van het geding heeft dus ook in cassatie in de eerste plaats de procederende partij zelf belang bij de uitspraak. Er is dan ook naar de mening van de ondergetekende — aldus eveneens het oordeel van „verscheidene andere leden” — in het algemeen geen reden om in cassatie de kosten-aangelegenheid niet te houden in de private sfeer.

Hetgeen door de minderheid is betoogd, toont geenszins de onbillijkheid aan van een beslissing waarbij de verweerder in cassatie, wiens in de overige instanties verdedigd standpunt door de lagere rechters is aanvaard doch door de hoogste rechter verworpen, als in het ongelijk gestelde partij ook in de kosten der eerdere instanties verwezen wordt. Het is een algemeen levende rechtsovertuiging, dat wie een proces wint, aanspraak kan maken op een vergoeding van kosten ten laste van de wederpartij, die het proces verliest. De wederpartij heeft vóór en in de procedure een standpunt ingenomen en verdedigd, dat ten slotte onjuist is bevonden en het maakt voor de kostenveroordeling niet uit, of een rechter in eerste aanleg dit standpunt heeft gedeeld.

Enigszins anders is de positie met betrekking tot het geval, waarvoor de minderheid der commissie bijzondere aandacht vraagt, te weten dat cassatie wordt ingesteld tegen een ambts-halve gegeven beslissing of een verzuim om te beslissen. Bedoeld is blijkbaar het geval van een beslissing, welke niet door de daarbij in het gelijk gestelde partij is uitgelokt. Indien in zodanig geval deze partij zich in cassatie refereert, worden volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad de kosten gebracht ten laste van de partij die uiteindelijk in het ongelijk wordt gesteld. Dit leidt ertoe, dat de uiteindelijke verliezer van het proces een bedrag aan kosten te betalen krijgt, welke niet te wijten zijn aan hem doch aan de rechter die een fout beging. De minderheid der commissie zou althans in dit geval een bepaling op haar plaats achten, welke het mogelijk zou maken de kosten, door het onvolkomen functioneren van het justitiële apparaat aan partijen berokkend, ten laste van de Staat te brengen. Ook Veegens, ter aangeduide plaatse, blz. 245, komt dit meer in overeenstemming met de billijkheid voor. Hij voegt er aan toe, dat daarmede geen aanzienlijke bedragen gemoeid kunnen zijn. Ook Haardt, in zijn proefschrift „De veroordeeling in de kosten van het burgerlijk geding” (1945), blz. 210—212, is voorstander van een dergelijke oplossing.

Terecht merkt de minderheid op dat dit probleem zich niet alleen bij cassatie doch ook bij hoger beroep kan voordoen. Het zou dus minder juist zijn in deze een speciale regeling, alleen voor de cassatie, te treffen.

De ondergetekende ziet echter tegen zodanige regeling principiële bezwaren. De rechterlijke macht is onafhankelijk. Deze grondslag van onze democratische maatschappij heeft echter als consequentie dat de Staat niet aansprakelijk is voor onjuiste beslissingen van de rechterlijke macht. Tornt men aan dit principe, ook al doet men dit slechts in het hier behandelde, betrekkelijk weinig voorkomende geval, dan is de weg vrij voor allerlei andere inbreuken op dat principe. Het is duidelijk dat ook buiten het geval van de proceskosten, veroorzaakt door een niet door een partij uitgelokte, vernietigde beslissing, er door fouten van de rechter schade kan ontstaan, soms zelfs zeer aanzienlijke schade. De ondergetekende wil wel erkennen dat het niet billijk schijnt dergelijke schade te laten dragen door de particulier welke haar heeft geleden, doch hij acht het evenmin billijk de Staat daarvoor te doen opkomen. En dan wil hij nog niet eens denken aan de processen die zouden ontstaan over de vraag of een bepaalde rechterlijke beslissing, waardoor iemand schade heeft geleden, fout is geweest, en wel in zodanige mate dat zij als een onrechtmatige daad moet worden beschouwd.

De gedachte van de minderheid is blijkbaar deze: de Staat stelt een justitieel apparaat beschikbaar; functioneert dit apparaat onvolkomen, dan is de Staat voor de schadelijke gevolgen aansprakelijk. Naar de mening van de ondergetekende gaat deze vergelijking niet op. Ons stelsel van rechtspraak is er op ingericht dat geschillen uiteindelijk zo juist mogelijk worden beslist; het houdt er rekening mede dat er verschil van mening kan bestaan omtrent de juiste oplossing van een geschil, zowel wat de waardering der feiten als wat de interpretatie van het recht betreft. Het laat daarom in vrij ruime mate hoger beroep en cassatie toe. Het gaat er echter van uit — en dit klopt met de praktijk — dat in verreweg de meeste gevallen geen hoger beroep of cassatie zal worden ingesteld, omdat de marge van verschil in beoordeling van het geschil te gering is om daarvoor tijd, arbeid en kosten te riskeren. De hogere rechter zal in het algemeen — in verband met de selectie bij zijn benoeming en zijn grotere ervaring, alsook door het feit dat hij meer aandacht aan iedere zaak kan besteden omdat er minder zaken door hem worden behandeld — tot een juistere oordeel komen dan de lagere rechter. Daarmede is echter geenszins gezegd dat als de hogere rechter een uitspraak van de lagere rechter vernietigt, dit steeds betekent, dat hetgeen de lagere rechter besliste onjuist was, en, nog minder, dat Mitsdien het justitieel apparaat onvolkomen heeft gefunctioneerd. Het justitieel apparaat bestaat uit drie instanties. Onvolkomenheden bij de beslissing door een lagere instantie kunnen in hogere instantie worden rechtgezet.

Ten slotte merkt de ondergetekende op dat, voor zover hem bekend, in geen enkel ander land een overheidsaansprakelijkheid bestaat voor handelingen van de rechterlijke macht.

Verscheidene andere leden hebben nog het denkbeeld geopperd om hetzij de Hoge Raad de bevoegdheid te geven de kosten der cassatieprocedure in elk geval dat daarvoor naar zijn oordeel in aanmerking komt, geheel of ten dele te compenseren, hetzij — met terzijdestelling van de regel dat de verliezer de kosten moet dragen — te bepalen dat de Hoge Raad van geval tot geval de kostenlast naar hetgeen hem billijk voorkomt tussen partijen kan verdelen.

Ons Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering heeft — evenals de buitenlandse wetgevingen — voor de civiele procedure in haar verschillende instanties het hierboven aangegeven hoofdbeginsel aanvaard, dat de verliezende partij in de kosten wordt verwezen.

Hierboven is reeds opgemerkt, dat de positie van partijen in cassatie geen andere is dan die in de eerdere instanties in zoverre het ook in cassatie evengoed om hun bijzondere belangen gaat.

Het heeft daarom — mocht men willen overgaan naar een ander stelsel voor de regeling van het dragen der proceskosten,

iets waarvoor de ondergetekende geen reden kan zien — in ieder geval geen zin dit afzonderlijk voor de cassatie te doen. Zie over dit probleem voor de civiele procedure in haar geheel het reeds genoemde proefschrift van Haardt.

Wat in het bijzonder de cassatie betreft, zij nog opgemerkt dat het vervangen van een limitatieve opsomming van de compensatiegronden door een stelsel waarbij de Hoge Raad in dat opzicht geheel wordt vrijgelaten, minder gewenste gevolgen zou hebben. Het zou grote onzekerheid meebrengen omtrent de veroordeling in de proceskosten. Dit zou er weer toe leiden dat bij elke pleitzaak ook over de kosten gepleit zou worden, waarbij van beide zijden in den brede allerlei feitelijke omstandigheden, irrelevant voor de beslissing in cassatie, zouden worden aangevoerd en bepleit, met de strekking op grond daarvan een gunstige kostenuitspraak te verkrijgen. Het zou een onjuiste complicatie in de cassatie meebrengen. Deze bovengenoemde ongewenste gevolgen zouden zich nog sterker doen gelden, indien werd overgegaan naar een stelsel waarbij aan de Hoge Raad werd overgelaten, rekening houdend met omstandigheden als door de betrokken leden vermeld, van geval tot geval ook de kosten van de instanties die voorafgingen, naar billijkheid te verdelen.

#### 4.

Het verheugt de ondergetekende dat de meerderheid der commissie de invoering van de nieuwe cassatiegrond: schending van het recht, als een aanmerkelijke technische verbetering beschouwt. De ondergetekende onderschrijft het oordeel van deze leden, die de bezwaren van de algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten niet delen en zich niet kunnen verenigen met de op dit punt door die raad voorgestelde amendering.

Dat de cassatiegrond is omschreven als „schending van het recht” wil niet zeggen, dat in het middel volstaan zou kunnen worden met een enkel beroep op rechtsschennis zonder nadere aanduiding; zie hierover nader de paragrafen 10 en 11.

In het voorlopig verslag wordt opgemerkt, dat in verband met de formulering „wegens schending van het recht” in de memorie van toelichting niet is verwezen naar het reeds in 1947 voor Indonesië gekozen stelsel, terwijl wel verwijzing naar buitenlands recht is opgenomen. Inderdaad had deze pri-meur, van Nederlandse afkomst, kunnen worden vermeld. De memorie van toelichting heeft echter naar buitenlands recht, d.w.z. buitenlands rechtstelsels, hoofdzakelijk slechts verwezen in verband met de strijdvraag of schending van buitenlands recht tot cassatie behoort te leiden.

#### 5.

Naar aanleiding van de door enkele leden opgeworpen vragen en het door enige andere leden ingenomen standpunt met betrekking tot de bijzondere bepaling in het derde lid van artikel 99 R.O. (nieuw) omtrent vaststelling van gewoonterecht in cassatie, moge het navolgende worden opgemerkt.

Wanneer door de erkenning van „schending van het recht” als cassatiegrond het gehele gebied van het gewoonterecht onder toezicht van de Hoge Raad wordt geplaatst, zal dit om praktische redenen toch niet tot een geheel onbepaalde controle van de cassatierechter mogen leiden.

Twee omstandigheden doen zich hier gelden.

In de eerste plaats. Terwijl bij cassatie wegens schending of verkeerde toepassing van de wet de verplichting van de cassatierechter om zelfstandig onderzoek te doen naar de gelding van het betrokken wetsvoorschrift (memorie van toelichting, ontwerp blz. 14) praktisch slechts in zeer weinig gevallen speelt (op de voorgrond staat dan de vraag naar de uitlegging van de regel en de toepassing daarvan in concreto), overheerst doorgaans juist bij een klacht over schending van gewoonterecht de vraag naar de gelding van de beweerde gewoonterechtsregel. Het gaat dan, als gevolg van de belangrijke rol van het feitelijk gebeuren bij de vorming van gewoonterecht, voor alles om een onderzoek naar de feiten die grondslag van de beweerde rechtsregel zouden zijn.

In de tweede plaats. In het moderne recht is de betekenis van het gewoonterecht in hoofdzaak gelegen in het bestaan van plaatselijk gewoonterecht, geldend in een bepaalde streek, stad



of dorp, en van beroeps- of bedrijfsgewoonterecht, geldend in een bepaald beroep of in een bepaalde bedrijfstak, terwijl algemeen, in het gehele land geldend gewoonrecht nog slechts zeer zeldzaam is. Vgl. o.m. Meijers, De betekenis der Burgerlijke Wet in de huidige samenleving, 1927, Veegens t.a.p. nr. 79, (blz. 142).

Dit een en ander brengt mee dat zonder wettelijke beperking van de taak van de Hoge Raad te dezen, beroep op schending van gewoonrecht er toe zou leiden, dat de Hoge Raad belast zou zijn met een volledig onderzoek naar beweerde plaatselijke gebruiken of naar het bestaan van — dikwijls ook weer plaatselijk bepaalde — usances in enige tak van handel of bedrijf.

Dit is ongewenst. De lagere rechter is voor dit onderzoek beter geschikt dan de cassatierechter. Het zou de taak van de Hoge Raad uitermate kunnen verzwaren zonder voldoende nut op te leveren. Vgl. ook Marty, La distinction du fait et du droit, nr. 97. Men moet er tegen waken dat de uitbreiding van de cassatiegrond tot schending van het recht de Hoge Raad meer zou gaan belasten dan nodig is. Anders immers dan wat betreft het ongeschreven beginselrecht, zal het openstellen van de cassatie wegens schending van gewoonrecht neerkomen op het openstellen van een geheel nieuw gebied, dat de Hoge Raad niet of nog nauwelijks heeft betreden. Hierbij moge zeker tot lering strekken, dat in landen zoals Duitsland en Zwitserland, die cassatie wegens schending van gewoonrecht kennen, de controle van de cassatierechter geenszins volledig is op dit gebied, doch door wet of wettelijk systeem in sterke mate is beperkt. Zie Veegens t.a.p. nr. 82 (blz. 145 e.v.).

De betekenis van het voorgestelde derde lid van artikel 99 R.O. is deze dat de Hoge Raad in geval van beroep in cassatie op grond van schending van gewoonrecht slechts zal mogen beoordelen of de in de uitspraak van de lagere rechter vastgestelde feitelijke gebruiken al dan niet terecht als gewoonrecht zijn aangemerkt. Dit is in overeenstemming met hetgeen in Duitsland en in Zwitserland geldt met betrekking tot de omvang van de controle van de hoogste rechter in geval geklaagd wordt over schending van gewoonrecht (zie de memorie van toelichting, blz. 14, voorlaatste alinea).

Door de gegeven formulering (men vergelijkte in het ontwerp het derde lid van artikel 99 R.O. met het derde lid van artikel 419 Rv.) is zoveel mogelijk de vrijheid van de Hoge Raad gehandhaafd om, zo slechts geen feitelijk onderzoek meer plaats vindt, desnoods met correctie van de feitelijke vaststelling in de bestreden uitspraak (b.v. op grond van algemene bekendheid of een ervaringsregel) en zelfs met behulp van nieuwe feiten waarop in cassatie beroep is gedaan in geval deze geen bewijs behoeven (b.v. notoire of erkende feiten) onafhankelijk van de door de lagere rechter gevonden feitelijke grondslag een gewoonteregel te aanvaarden (of te verwerpen).

Hieruit volgt:

1°. wat betreft de vraag van enige leden of men de Hoge Raad maar niet beter geheel vrijlaat in de wijze waarop hij de gewoonteregel wil aanvaarden „behoudens dat een getuigenverhoor door hem niet zou kunnen worden gelast”: dat door de ontworpen tekst dit door deze leden gewenste resultaat wordt bereikt (met dien verstande dat er evenmin andere bewijsleveringen — dus b.v. deskundigenverhoor, gerechtelijke plaatsopneming, eedsaflegging — mogelijk zijn). Zie ook Veegens t.a.p. nr. 82, blz. 148;

2°. wat betreft de vraag of de Hoge Raad een gewoonte mag aannemen bij voorbeeld op grond van de literatuur: dat a priori zeker niet is uitgesloten dat de Hoge Raad op die wijze b.v. een notoir feit als grondslag voor zijn oordeel in dezen uit algemeen toegankelijke bronnen te weten komt;

3°. wat betreft de mening van enige andere leden, die er geen bezwaar tegen zagen de Hoge Raad de bevoegdheid te geven tot het doen van onderzoek naar het bestaan van een gewoonte, hetzij door het verstrekken van een rogatoire commissie, hetzij door het gelasten van een onderzoek door een raadsheer-commissaris: dat de ondergetekende deze mening niet kan delen. Zodra de Hoge Raad bevoegd is tot zodanig onderzoek, is het niet aan zijn willekeur overgelaten dit na te laten, doch

is bij een klacht over schending van gewoonrecht om zijn controlerende taak te kunnen vervullen voor de Hoge Raad dit onderzoek plicht. En daaraan zijn onoverkomelijke praktische bezwaren verbonden.

Door de wettelijke beperking die het ontwerp ten aanzien van het gewoonrecht inhoudt, meent de ondergetekende anderzijds aan de bezwaren van de minderheid der commissie belangrijk te zijn tegemoetgekomen.

6.

Blijkens het gestelde in paragraaf 6 van het voorlopig verslag stemden de leden die geen principiële bezwaren hadden tegen het ontwerp, in met de opnemings van de mogelijkheid van cassatie wegens schending van vreemd recht. Tegen de in het tweede lid van artikel 99 R.O. geformuleerde beperking van de controle van de Hoge Raad over toepassing van vreemd recht uitten deze leden echter bedenkingen. Zij achtten het de vraag of wel aanvaardbaar is dat het vreemde recht door de Hoge Raad slechts dan behoefte te worden gehandhaafd als het zich zonder nadere bewijslevering met voldoende zekerheid laat vaststellen, nu men toch ook van de lagere rechter eist, dat hij het buitenlandse recht kent en toepast. Bovendien waren zij het aanvankelijk wel eens met de bezwaren van de Nederlandse Orde van Advocaten gericht tegen de woorden „zonder nadere bewijslevering”.

Ten aanzien van de mogelijkheid van cassatie wegens schending van vreemd recht is de ondergetekende tot de conclusie gekomen dat het ongewenst is deze cassatiegrond in te voeren, en wel om de volgende redenen.

De betekenis van een uitspraak van de cassatierechter over buitenlands recht is een geheel andere dan die van zijn uitspraken over inheems recht. Terwijl de cassatierechter, wat het eigen recht betreft, door de uitoefening van zijn controle meewerkt aan de rechtsvorming, hebben zijn uitspraken over buitenlands recht voor de vorming van dit recht geen betekenis. Een uitspraak van de Hoge Raad over buitenlands recht is niet anders dan een zo goed mogelijk benaderen van wat het oordeel van de rechter van het betrokken land zou zijn.

Hierbij komt dat de controle van de cassatierechter op de toepassing van vreemd recht niet beoogt en ook niet kan beogen een uniforme toepassing van dit recht hier te lande, doch slechts de bedoeling kan hebben om tegen te gaan, dat de lagere rechters zich aan kennelijk onjuiste beoordeling van vreemde rechtsstelsels schuldig maken. Slechts wanneer dermate onjuiste uitspraken zouden worden gedaan dat daardoor de goede rechtsbedeling in gevaar zou worden gebracht, zou het naar de mening van de ondergetekende nodig zijn een mogelijkheid van controle door de Hoge Raad te scheppen. Gevallen van dergelijke kennelijke mislagen komen in de moderne rechtspraak praktisch niet voor.

De invoering van de mogelijkheid van cassatie van vreemd recht is anderzijds niet van bezwaren ontbloot. Zeker is dat de beoordeling van zodanige cassatiegrond een zeer omvangrijke en tijdrovende bezigheid zou zijn waardoor de Hoge Raad zwaar zou worden belast. Weliswaar was in het ontwerp een beperking aangebracht door voor te schrijven dat bestaan en inhoud van de rechtsregel zonder nadere bewijslevering met voldoende zekerheid zou moeten zijn vast te stellen, maar deze formulering maakt het in zekere zin de Hoge Raad en de procespartijen moeilijk. De vraag of bestaan en inhoud van een rechtsregel zonder nadere bewijslevering met voldoende zekerheid zijn vast te stellen, kan in concreto zeer moeilijk te beantwoorden zijn en de Hoge Raad zal daarom wellicht geneigd zijn toch zelf naspeuringen te doen, liever dan het beroep te verwerpen. Van de invloed van de beperking komt dan niet veel terecht.

De vrees is daarom niet ongegrond, dat de civiele kamer van de Hoge Raad door invoering van de mogelijkheid van cassatie wegens schending van vreemd recht zal worden overbelast. Het systeem van meer dan één civiele kamer doet echter — zoals in diverse landen waar dit volstrekt onvermijdelijk was, is gebleken — zeer af aan de uniformiteit van de uitspraken, welke uniformiteit juist het grote voordeel van de cassatie is.

Indien mogelijk dient de vorming van een tweede civiele kamer dus te worden vermeden.

Daar komt bij dat in de formulering waarin de beperking van deze cassatiemogelijkheid was vervat, een element van rechtsonzekerheid was gelegen. Een advocaat die moet adviseren over het instellen van een cassatieberoep, moet in principe in de wet kunnen lezen of het rechtsmiddel openstaat of niet. Aan de hand van de voorgestelde tekst van het ontwerp zou het echter vrijwel nooit mogelijk zijn de kansen van een cassatieberoep te voorspellen, omdat niet bekend is of de Hoge Raad zichzelf in staat zal achten vast te stellen niet slechts hoe het vreemd recht luidt, maar ook om dit te doen „zonder nadere bewijslevering” en „met voldoende zekerheid”.

Een dergelijke toestand van onzekerheid is ongewenst. De ondergetekende is dan ook niet overtuigd van de juistheid van de invoering van de cassatie wegens schending van vreemd recht. Een andere formulering, zoals b.v. een klaarblijkelijk onjuiste opvatting van het vreemde recht, zou zijn bezwaren niet wegnemen.

De ondergetekende heeft derhalve besloten artikel 99, lid 2, R.O. te schrappen.

Enige leden brachten in dit verband nog een ander punt naar voren. Zij vestigden de aandacht op de betekenis van de uitbreiding van de cassatiegrond tot de formule „wegens schending van het recht” in verband met de daardoor gegeven mogelijkheid om het risico van volkenrechtelijk onjuiste rechterlijke beslissingen te verkleinen, waarbij zij verwezen naar mr. Erades N.J.B. 1951, blz. 388. Zij vroegen het oordeel van de ondergetekende omtrent het voorstel een regeling te maken, krachtens welke — afgezien van het middel van cassatie in het belang der wet — de Regering door tussenkomst van de procureur-generaal bij de Hoge Raad kan trachten een haar uit volkenrechtelijk oogpunt onjuist voorkomend vonnis of arrest vernietigd te krijgen.

Eenzijds zou het opdragen van een speciale taak aan de procureur-generaal bij de Hoge Raad met een dergelijke strekking, de betrokken belangen in aanmerking genomen, gelijk gemakkelijk valt in te zien, een uitvoerige en ingewikkelde regeling vereisen. Anderzijds kan daaraan slechts bij hoge uitzondering behoefte bestaan. Immers in de gevallen, waarin het gaat om aantasting van de soevereine rechten van een buitenlandse staat, welke als partij in een geding is betrokken (zoals in het geval van het Rotterdamse vonnis van 25 september 1916, gewezen tegen het Duitse Rijk, W. 10022), zal artikel 13a Wet A.B., krachtens hetwelk niet alleen de rechtsmacht van de rechter maar ook de uitvoerbaarheid van diens vonnissen door de in het volkenrecht erkende uitzonderingen wordt beperkt, in verband met de uitwerking daarvan in artikel 13 van het Deurwaardersreglement voldoende uitkomst bieden.

Wanneer het daarentegen gaat om een geding tussen andere partijen, waarin de rechten van een soevereine staat betrokken zijn (zoals b.v. de rechten van de Republiek der Verenigde Staten van Indonesië in het geding tussen de Republiek der Zuid-Molukken tegen de K.P.M.) is niet wel in te zien waarom er grond zou zijn voor een afzonderlijke regeling als bedoeld en waarom de gewone naar ons recht openstaande rechtsmiddelen onvoldoende zouden zijn. Er is mitsdien voor een bijzondere regeling als bedoeld naar het oordeel van de ondergetekende geen voldoende reden.

De leden die bezwaren koesterden tegen de opzet van het ontwerp, wierpen in het slot van paragraaf 6 van het voorlopig verslag de vraag op, of men niet op de verkeerde weg is door de ontwikkeling van het internationaal privaatrecht wat ons land betreft in handen te leggen van de Hoge Raad, waardoor deze ontwikkeling noodzakelijk een nationaal cachet zal vestigen en een ombuigen naar een internationaal plan in de toekomst moeilijker zal kunnen slagen.

Bij raadpleging van de overzichten, welke prof. Kolléwijn jaarlijks van de rechtspraak omtrent het internationaal privaatrecht in het W.P.N.R. geeft, valt het op hoezeer de lagere rechterlijke colleges van elkander afwijkende beslissingen op dit stuk geven, met name wat betreft het familierecht. Zo schreef mr. Dubbink in 1956 in het „Nederlands Tijdschrift

voor Internationaal Recht” (blz. 207), dat wij wat betreft het internationale echtscheidingsrecht thans in een min of meer chaotische toestand verkeren. Oorzaak daarvan is, dat de Hoge Raad onder de geldende wet niet geroepen kan worden uitspraak te doen omtrent de verschillende wegen, die de lagere colleges op het gebied van het internationaal privaatrecht bewandelen.

Van talrijke zijden is in de laatste tijd dan ook aangedrongen op de noodzakelijkheid aan deze toestand een einde te maken; aan deze wens komt het ontwerp tegemoet.

Mocht te eniger tijd het Beneluxverdrag tot het invoeren van een eenvormige wet betreffende het internationaal privaatrecht in de drie landen zijn goedgekeurd, dan zal dit verdrag op vele punten oplossingen voorschrijven, mogelijk in afwijking van hetgeen in de drie landen alsdan geldende rechtspraak op dit terrein zal zijn. Indien dan tevens een Beneluxhof zal zijn tot stand gekomen, zal dit in vele geschillen van internationaal privaatrecht kunnen worden geadieerd. De ondergetekende kan niet inzien, waarom het de toekomstige ontwikkeling zou kunnen schaden, indien thans — nu er nog geen eenvormige wet en nog geen Beneluxhof bestaan — in deze aan de Hoge Raad bevoegdheden op het terrein van het internationaal privaatrecht worden verleend. En ook wanneer de eenvormige wet en het Beneluxhof er in de toekomst zullen zijn, zal het bestaan van bedoelde bevoegdheid van de Hoge Raad slechts voordelen bieden.

Dat de controlerende taak van de Hoge Raad het ombuigen van de ontwikkeling naar een internationaal plan moeilijker zal maken, ziet de ondergetekende niet in; eerder is het tegendeel te verwachten.

Op de bewoordingen van artikel 99, lid 2, R.O. komt de ondergetekende hieronder, bij de artikelen, terug.

#### 7.

Wat betreft de derde cassatiegrond van het ontwerp: „de onjuiste uitlegging van reglementen, statuten en standaardbedingen, voor zover zij bestemd zijn rechtsverhoudingen te regelen van een aantal bij de vaststelling niet bepaaldelijk aangewezen personen” verwijst het voorlopig verslag in paragraaf 7 naar de bezwaren welke in het adres van de Nederlandse Orde van Advocaten tegen deze nieuwe cassatiegrond zijn te berde gebracht. De vaste commissie stemt in met het oordeel dat de gebezigde termen reglementen, statuten en standaardbedingen te weinig omlijnd zijn. Zij is beducht voor grote rechtsonzekerheid en een daarmee gepaard gaande toeneming van het aantal cassatiegedingen. Zij meent dan ook dat de derde cassatiegrond van het ontwerp ter zijde behoort te worden gesteld.

De hierboven geopperde bezwaren komen de ondergetekende juist voor. Niet alleen zijn de gebezigde termen te weinig omlijnd, maar ook is het spraakgebruik op dit punt zeer onvast, terwijl bovendien de tekst zo ruim is gesteld, dat naar de letter van de wet vele gevallen voor cassatie in aanmerking zouden komen, die stellig niet door de wetgever bedoeld zijn. Handhaving van deze cassatiegrond zou dan ook zeer waarschijnlijk tot vele gedingen aanleiding geven, terwijl eerst geleidelijk aan de door de Hoge Raad te trekken grenzen zouden komen vast te staan.

Het scheppen van een dergelijke rechtsonzekerheid behoort te worden vermeden. Daarom verdient het naar de mening van de ondergetekende aanbeveling deze derde grond voor cassatie te schrappen. De Hoge Raad kan zich hiermede volkomen verenigen.

Reeds uit het feit dat het oorspronkelijk ontwerp het nodig achtte deze cassatiegrond afzonderlijk te vermelden naast die van „schending van het recht”, mag worden aangenomen dat laatstgenoemde formule niet zo wijd kan worden opgevat dat daaronder ook de onjuiste uitlegging van statuten etc. zou kunnen worden gebracht. Uiteraard zou de Hoge Raad zijn opvatting in deze kunnen wijzigen. Waarschijnlijk is dat echter naar de mening van de ondergetekende niet.

Nu derhalve bij nota van wijzigingen deze cassatiegrond wordt geschrapt, is het niet nodig in te gaan op de verdere bezwaren



en opmerkingen omtrent deze cassatiegrond, van verschillende zijden in het voorlopig verslag naar voren gebracht.

8.

In de aanhef van paragraaf 8 van het voorlopig verslag merkt de commissie terloops op, dat zij — hoewel zij zich er zeer wel mee kan verenigen dat de grond voor cassatie „wegens overschrijding van rechtsmacht” vervalt — de handhaving van laatstbedoelde cassatiegrond in het voorgestelde artikel 100 R.O. niet gelukkig oordeelt.

Hiertegenover zou de ondergetekende het volgende willen aanvoeren.

In artikel 99 R.O., dat in het eerste lid onder 2° in het algemeen cassatie wegens „schending van het recht” toelaat, behoeft „overschrijding van rechtsmacht”, wijl dit steeds schending van het recht oplevert, niet meer als afzonderlijke cassatiegrond genoemd te worden.

Tegen vonnissen van kantonrechters in burgerlijke zaken staat echter blijkens het bepaalde in artikel 100 beroep in cassatie „wegens schending van het recht” — afgezien van het geval van „cassatie in het belang der wet” — juist niet open. Cassatie tegen deze vonnissen is toch slechts toegelaten wegens een der vier aldaar opgenoemde gronden.

De betekenis van de openstelling in artikel 100 onder 4e van cassatie „wegens overschrijding van rechtsmacht” is dus dat, wat vonnissen van kantonrechters betreft, cassatie (wegens schending van het recht) is toegelaten in een bepaalde categorie van gevallen, welke anders niet tot cassatie zouden kunnen leiden en waarvan de ervaring leert dat zij juist bij vonnissen van kantonrechters wel eens kunnen voorkomen; gevallen waarin de rechter de grenzen is te buiten gegaan, die aan de rechterlijke macht in het algemeen bij de wet zijn gesteld.

Deze figuur valt niet — gelijk enkele leden aannemen — onder onbevoegdheid (artikel 100 onder 3°). Ook een bevoegde rechter kan zijn rechtsmacht overschrijden.

Met betrekking tot de eerste cassatiegrond van het nieuwe artikel 99, lid 1, „wegens het verzuim van vormen, voorgeschreven op straffe van nietigheid” stelt blijkens de paragraaf 8 van het voorlopig verslag de commissie de vraag of deze cassatiegrond niet kan vervallen nu deze reeds valt onder de tweede grond: „wegens schending van het recht”. Daar de laatstgenoemde grond ook omvat het vormverzuim waaraan het gevolg van de nietigheid niet is verbonden, verdient het naar het oordeel van verscheidene leden aanbeveling naast schrapping van het vormverzuim als aparte grond een voorschrift op te nemen, dat wegens verzuim van vormen vernietiging slechts kan volgen indien de verzuimde vorm op straffe van nietigheid is voorgeschreven. Zie ook prof. Fischer N.J.B. 1951, blz. 398.

De ondergetekende kan zich met deze redenering niet verenigen. Zijns inziens heeft het wel degelijk zin het verzuim van vormvoorschriften, die op straffe van nietigheid moeten worden inachtgenomen, als afzonderlijke cassatiegrond te handhaven.

Dit hangt samen met het onderscheid tussen de „error in iudicando” en de „error in procedendo”. Bij de error in iudicando, door het ontwerp aangeduid als „schending van het recht”, gaat het in cassatie om de vaststelling van de inhoud van het recht. De strijd tussen partijen in het cassatiegeding betreft dan de vraag of de lagere rechter het recht verkeerd heeft begrepen, hetzij wat betreft het bestaan, de betekenis of de toepasselijkheid van een rechtsregel. Het zal daarbij veelal gaan om regels van materieel recht (burgerlijk of handelsrecht), maar het kan evengoed gaan om regels van procesrecht, met name de regels die de procesgang — de rechten en verplichtingen van partijen en de taak van de rechter (b.v. omvang appèl) in het proces — bepalen. In het laatste geval klaagt men in cassatie over een „error in iudicando” met betrekking tot een procesrechtelijke regel. Waar het gaat om cassatie wegens „schending van het recht” is de cassatie typisch dienstbaar aan het haar kenmerkende doel: de handhaving van de eenheid van het recht. Zo wat het materiële als wat het procesrecht betreft.

Hiernaast zijn te onderscheiden de gevallen van „error in procedendo”, in het ontwerp aangeduid als vormverzuim. In die gevallen wordt in cassatie geklaagd, dat de lagere rechter verzuimd heeft in acht te nemen een tot hem gericht procesueel vormvoorschrift, over het bestaan of de inhoud waarvan niemand twijfelt (b.v. het niet beëdigden van een getuige). Zodanig verzuim rechtvaardigt alleen cassatie, indien het gaat om een voorschrift van zo wezenlijke betekenis voor het proces dat niet inachtneming daarvan nietigheid van het proces moet meebrengen. De strekking van deze cassatiegrond is niet de handhaving van een uniforme rechtstoepassing, maar controle van de hoogste rechter op het behoorlijk verloop van het betrokken geding. Slechts in ruimere zin dan deze term in artikel 99, lid 1, onder 2°, van het ontwerp is gebezigd, kan men in het geval dat door rechterlijk verzuim een vormvoorschrift buiten toepassing is gelaten spreken van schending van het recht. Omdat het hier niet gaat om een foutief oordeel van de rechter omtrent de gelding of de uitlegging van een rechtsregel, valt deze figuur niet onder de in genoemd artikel in lid 1, onder 2°, omschreven grond.

Met het voorgaande hangt samen het verschil in de vereisten voor, en in de omvang van, de vernietiging van de bestreden uitspraak bij cassatie enerzijds wegens vormverzuim en anderzijds wegens schending van de wet (het recht) als gesigneerd door Veegens t.a.p. nr. 101, onderscheidenlijk door B. M. Telders in „Juri Sacrum” blz 163 nr. 9.

Terwijl wat betreft de feitelijke grondslag van het middel en de regels voor verwijzing na vernietiging, het verschil tussen cassatie wegens vormverzuim en cassatie wegens schending van het recht voor de civiele procedure in de nieuwe regeling is opgeheven, is dit verschil wat de verwijzing betreft voor het strafproces gehandhaafd. Zie artikel 104 nieuw R.O., voor cassatie in strafzaken verwijzend naar de artikelen 105 en 106, en daarbij artikel 441 Sv. Ook om deze reden moet verzuim van vormen als afzonderlijke cassatiegrond gehandhaafd blijven.

Naar aanleiding van de vraag van enige leden in het slot van § 8 van het voorlopig verslag, of behalve van vormen op straffe van nietigheid voorgeschreven, gezien de rechtspraak, niet ook moet worden gesproken van vormen die tot het wezen van de procedure behoren, meent de ondergetekende dat het inderdaad aanbeveling verdient door een redactie-wijziging aan deze jurisprudentie, waarbij nietigheid wegens vormverzuim is aangenomen buiten de door de wet zelf bedreigde nietigheden, een wettelijke grondslag te geven. Een desbetreffend voorstel is in de nota van wijzigingen opgenomen.

Daarbij is tevens rekening gehouden met de door enige leden uit taalkundig oogpunt geuite voorkeur (zie voorlopig verslag blz. 7 bij artikel 99) voor „verzuim van vormen” boven het in het ontwerp gebezigde „verzuim der vormen”.

9.

Verscheidene leden voelden zich blijkens het gestelde in § 9 van het voorlopig verslag aangetrokken tot de gedachten-gang van mr. G. J. Scholten (Feestbundel „Door Tijd en Vlijt” 1952 blz. 192 e.v.), die heeft voorgesteld de gronden voor request civiel, in artikel 382 Rv. vermeld onder 2° — 6°, te doen vervallen. Dit voorstel, dat ook door Veegens (t.a.p. nr. 44) wordt ondersteund, heeft op zichzelf de instemming van de ondergetekende. Het lijkt hem echter niet gewenst in een ontwerp tot wijziging van de regelen met betrekking tot het geding in cassatie, een incidentele wijziging aan te brengen in de regeling van een ander rechtsmiddel. De regeling van het request civiel vertoont bovendien nog meer gebreken dan de hier aangestipte. In het kader van een geleidelijke modernisering van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zal t.z.t. ook de aan request civiel gewijde titel voor een grondige herziening in aanmerking komen.

10.

Blijkens § 10 van het voorlopig verslag vroegen verscheidene leden zich af welk onderscheid er nog tussen de middelen bedoeld in artikel 407 (nieuw) Rv., en de rechtsgronden bedoeld in artikel 48 Rv., wanneer het in de cassatiepro-

cedure gaat over schending van ongeschreven recht. Indien — aldus deze leden — onder de „omschrijving van de middelen, waarop het beroep steunt” in de cassatiedagvaarding wordt verstaan een korte vermelding van de redenen of rechtsgronden, waarom en in welke opzichten de steller van de dagvaarding van oordeel is, dat het recht door de bestreden uitspraak is geschonden, vervalt de noodzaak van een uiterst moeilijk te trekken grens tussen „middelen” en „rechtsgronden”. Zij merken op dat de Hoge Raad niet gebonden is aan de aldus in de dagvaarding aan te voeren „rechtsgronden” welke de Hoge Raad toch uit kracht van artikel 48 Rv. ambtshalve moet aanvullen.

Mede blijkens de verwijzing naar de opmerkingen van prof. Fischer in N.J.B. 1951, blz. 401 is de tendens in de gegeven uiteenzetting deze, dat de gebondenheid van de Hoge Raad aan het middel overboord wordt gezet. Vergelijk ook Veegens t.a.p. blz. 226 en het aldaar tegen dit denkbeeld van de vaste commissie geopperde bezwaar.

In het betoog van meergenoemde leden worden niet uiteengehouden enerzijds de in concreto geformuleerde cassatiegrond, d.w.z. de omschrijving voor het bepaalde geval van de tegen het gegeven vonnis of arrest gerichte grief (opleverende een door de wet toegelaten grond voor cassatie), welke de inhoud van het cassatiemiddel uitmaakt en waaraan de Hoge Raad gebonden is. En anderzijds de rechtsgronden (als bedoeld in artikel 48 Rv.), die worden aangevoerd ter ondersteuning van de in het middel tegen het bestreden vonnis of arrest gerichte aanval, welke de Hoge Raad — binnen de grenzen van de in het middel vervatte grief — van rechtswege mag en moet aanvullen.

In het middel, waarvan het ontwerp in artikel 407 Rv. (thans artikel 406) de omschrijving in de cassatiedagvaarding verlangt en waaraan krachtens artikel 419, lid 1 (nieuw) Rv. (artikel 419, lid 3, oud) de Hoge Raad gebonden is, wordt de begrenzing gegeven van het onderzoek dat in cassatie van de rechter verlangd wordt. De vereisten voor de formulering van het middel, zoals deze door de Hoge Raad in een reeks van arresten zijn vastgelegd, hebben evenzeer zin wanneer over schending van ongeschreven recht wordt geklaagd als wanneer het gaat om een klacht wegens schending van de wet.

Aan het stellen van deze eisen ligt ten grondslag dat uit het middel zowel voor de rechter als voor de wederpartij kenbaar zijt waarover in cassatie de strijd gaat.

Ter afbakening van de rechtsstrijd in cassatie zal, ook wanneer over schending van ongeschreven recht wordt geklaagd, in het middel moeten worden aangegeven:

1°. welk deel van het bestreden vonnis of arrest wordt aangevallen (welke beslissing, welke rechtsoverwegingen), en

2°. waarom door de bestreden beslissing het recht is geschonden. Men zal niet kunnen volstaan met een klacht over schending van materieel recht zonder nadere aanduiding, maar de juridische fout in het betoog van de rechter moeten aangeven. Zie over een en ander Veegens nrs. 114 en 115.

Denkbaar is hierbij dat bij de beoordeling van het middel door de Hoge Raad, blijvend binnen de grenzen van de daarin vervatte grieven, een taak tot aanvulling van rechtsgronden is gegeven.

Uit het bovenstaande moge volgen dat de ondergetekende zich niet kan verenigen met de hierboven weergegeven opmerkingen met betrekking tot de middelen en de rechtsgronden, doch van mening is dat het bestaande stelsel, waarbij ambtshalve cassatie is uitgesloten en middelen en rechtsgronden scherp worden onderscheiden, door de uitbreiding van de cassatiegronden niet wordt geraakt.

Wat betreft het betoog van de hierbedoelde leden (slot van paragraaf 10 voorlopig verslag) om te streven naar een beter toegankelijk maken van de cassatieprocedure voor de landelijke balie, moge worden opgemerkt, dat de omstandigheid dat advocaten „van buiten 's-Gravenhage” het opstellen van de cassatiedagvaarding veelal overlaten aan hun Haagse collega's, niet in hoofdzaak mag worden toegeschreven aan de wettelijke

vereisten voor de dagvaarding, maar samenhangt met de aard van de te berechten materie en deels ook andere oorzaken heeft.

De huidige praktijk dat de civiele procedures in cassatie voor meer dan 80 pct. door Haagse specialisten worden behandeld en bepleit, heeft zijn goede redenen.

De advocaat „van buiten”, die een zaak in twee instanties heeft behandeld, daarin drie conclusies heeft gemaakt en tweemaal heeft gepleit, is in de regel niet er op ingesteld zich nogmaals in dezelfde stof te moeten verdiepen. Heeft hij een proces in hoger beroep verloren, dan acht hij het in het belang van zijn partij dat men zich om advies wendt tot een in cassatiezaken gespecialiseerde advocaat, die vrijer staat tegenover de aandrang van de partij om door te gaan en bovendien een frisse en meer objectieve kijk op het geval heeft, en aan wie hij wellicht ook buiten en tijdens proces adviezen pleegt te vragen. Van deze wil hij vernemen of er op basis van de door de appelrechter vastgestelde feiten een behoorlijke kans op vernietiging bestaat. Men mag vrijelijk aannemen, dat jaarlijks in enige honderden gevallen het antwoord negatief luidt en aan zeer velen daardoor hoge proceskosten worden bespaard.

Als het advies van de geraadpleegde advocaat positief luidt, en deze de cassatiemiddelen heeft opgesteld, alsook als het er om gaat een verweer in cassatie te behandelen, komt in de regel de advocaat van buiten niet zelf pleiten; hij is er zich toch bewust van dat de Haagse collega, die gewend is voor de Hoge Raad rechtsvragen indringender en breder te bepleiten dan gebruikelijk is voor een advocaat die in de feitelijke instanties zoveel aandacht en tijd aan feitelijke geschilpunten moet besteden, veelal de beste pleitbezorger voor zijn cliënt zal zijn.

Het door de hierbedoelde leden aangevoerde motief, dat de advocaat die in de vorige instanties de belangen van zijn cliënt heeft behartigd, ook in de cassatieprocedure het best tot die behartiging in staat is, onderschrijft de ondergetekende in zijn algemeenheid dan ook niet.

Ongetwijfeld zijn er echter ook zaken die de advocaat van elders evengoed zal kunnen behandelen en waarin deze dan ook zelf komt pleiten.

De ondergetekende wijst er overigens op dat geen wetsbepaling het pleiten voor de Hoge Raad door advocaten „van buiten” belet. Dat zich niettemin het gebruik heeft ontwikkeld, zowel het stellen van de cassatiedagvaarding als het pleiten in cassatie aan daarin gespecialiseerde advocaten over te laten, leidt zoals reeds gezegd, tot de gevolgtrekking dat daarvoor goede redenen bestaan.

De procedure in belastingzaken, welke een geheel andere materie betreft, is een rekestprocedure, waarin slechts bij uitzondering een advocaat voor de belanghebbende optreedt, zelden wordt gepleit en waarin veelal belastingconsulenten hun diensten verlenen, terwijl in het beroepsschrift in cassatie geen middel behoeft te worden geformuleerd. Zij vertoont zoveel verschillen met de in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geregelde procedure, dat een ontwikkeling van de cassatierechtspraak in burgerlijke zaken in de richting van die in belastingzaken, als door de hier aan het woord zijnde leden bedoeld, moeilijk denkbaar zou zijn.

## 11.

Blijkens paragraaf 11 van het voorlopig verslag heeft de in het ontwerp in het voorgestelde artikel 398 Rv. geïntroduceerde zogenaamde sprongsgewijze cassatie de instemming van de commissie gevonden. Zij vraagt daarbij de aandacht voor de opmerking in het reeds eerder genoemde adres van de Nederlandse Orde van Advocaten, dat het wenselijk is — evenals in artikel 329 Rv. met betrekking tot de prorogatie is geschied — te bepalen dat de te dezen bedoelde overeenkomst bij akte moet worden aangegaan.

Deze opmerking komt de ondergetekende gegrond voor. Z.i. kan er echter mede worden volstaan dat een schriftelijke overeenkomst wordt verlangd.

De ondergetekende deelt het oordeel van de commissie dat de regels inzake verwijzing geen aanvulling behoeven met het oog op de sprongsgewijze cassatie.



12.

Terwijl blijkens paragraaf 12 van het voorlopig verslag verscheidene leden hun instemming betuigden met de bepaling dat de Hoge Raad de feitelijke grondslag van de middelen kan vinden niet slechts in de bestreden uitspraak maar ook in de stukken van het geding (artikel 419, lid 2 nieuw, Rv.), vroegen deze leden zich af of de praktische betekenis van de wijziging niet goeddeels wordt weggenomen door het voorgestelde derde lid van artikel 419: „De Hoge Raad is gebonden aan hetgeen in de bestreden uitspraak omtrent de feiten is vastgesteld.”

De bezwaren door deze leden naar voren gebracht, komen hierop neer, dat zij het niet juist achten dat aan de Hoge Raad een zelfstandig oordeel omtrent de feitelijke grondslag niet meer toekomt, zodra de feitelijke rechter zich omtrent de feiten heeft uitgesproken. En wel omdat h.i. „schending van recht” kan hebben plaats gehad wanneer de lagere rechter iets heeft aangemerkt als tussen de partijen vast te staan terwijl zulks ten onrechte wordt aangenomen. Naar de mening van deze leden ontbreekt in het bestaande artikel 409 Rv. een bepaling als artikel 419, lid 3, geeft.

Hieromtrent moge het navolgende worden opgemerkt. In de leden 2 en 3 van artikel 419 zijn twee grondregels vervat voor de cassatierechtspraak: de eerste betreffende de begrenzing van de feitelijke processtof waarvan de cassatierechter mag kennis nemen, de tweede betreffende de gebondenheid van de cassatierechter aan de vaststellingen door de lagere rechter „die over de feiten oordeelt.”

Beide regels vindt men, hoewel niet scherp uiteengehouden, neergelegd in het geldende artikel 409. Daarin staat te lezen: 1e. dat de Hoge Raad de feiten, die de grondslag voor de middelen geven, alleen mag putten uit het aangevallen arrest of vonnis, en 2e. dat de feiten „bewezen worden” door dit arrest of vonnis.

Zie voor het Duitse recht naast elkaar in par. 561 Z.P.O. het bepaalde in lid 1 en lid 2.

De bepaling van het tweede lid van artikel 419 nieuw Rv. verruimt de begrenzing van de eerste regel van artikel 409 door tot het feitenmateriaal, dat mag meetellen voor de grondslag van het oordeel van de Hoge Raad over de middelen, te rekenen niet alleen de feiten kenbaar uit de uitspraak, maar ook die waarvan de Hoge Raad kan kennis nemen uit de stukken van het geding. Dit weer als een grens („alleen”). De cassatierechter mag niet acht slaan op feiten daarbuiten, waarop in cassatie wordt beroep gedaan, onverschillig of deze al dan niet vaststaan.

De bepaling daarnaast van het derde lid, bevattend afzonderlijk geformuleerd de tweede regel voornoemd, is op zich zelf reeds als gevolg van de verruiming van de feitelijke grondslag der middelen nodig, ten minste wanneer men de Hoge Raad niet wil belasten met een nader onderzoek naar de feiten. Deze bepaling stelt vast wat voorgaat, wanneer hetgeen uit de stukken blijkt, niet overeenstemt met hetgeen blijkt uit de bestreden uitspraak.

Deze tweede regel, welke samenhangt met de verschillende betekenis die feit en recht hebben voor de controle door de cassatierechter, sluit tweërlei in:

a. De juistheid van de vaststelling van feiten in de bestreden uitspraak is in cassatie in beginsel onaantastbaar. Cassatie ten aanzien van die vaststelling is alleen mogelijk indien met betrekking tot de wijze van vaststelling der feiten een rechtsregel is geschonden, b.v. miskenning van bewijsregels of van uitleg-regels, verkeerde bewijslastverdeling. Bovendien kan ook de motiveringsklacht uitkomst brengen in gevallen dat de vaststelling geheel onbegrijpelijk is (slot noch zin heeft).

Dit alles wordt niet anders wanneer cassatie wegens „schending van het recht” mogelijk wordt.

Zie voor Duitsland par. 561, lid 2, Z.P.O. en voor Zwitserland artikel 63, lid 2, van het Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege van 16 December 1943. Zie hierover: Rosenberg, „Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts”, 9de druk blz. 712 en Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2de druk, blz. 562.

b. De vaststellingen in de bestreden uitspraak prevaleren boven hetgeen de cassatierechter uit de stukken blijkt. Al kan de Hoge Raad ten gevolge van de uitbreiding aan de feitelijke

grondslag in lid 2 van artikel 419 gegeven, uit de gedingstukken van het plaats gehad hebben van zekere processuele feiten die uit de uitspraak niet blijken, rechtstreeks kennis nemen (b.v. het gevoerd zijn van een verweer, een bewijsaanbod), zo mogen de feiten welke de Hoge Raad in de stukken meent te lezen slechts medetellen voor zover niet de bestreden uitspraak het tegendeel vaststelt. Vergelijk in deze zin ook H.R. 6 mei 1960, N.J. 419. Echter kan ook hier in bepaalde gevallen plaats zijn voor een motiveringsklacht.

De ondergetekende meent deze enigszins uitvoerige uiteenzetting te moeten geven ten einde duidelijk te maken dat z.i. de hierbovenbedoelde, door verscheidene leden tegen de bepaling van het derde lid van artikel 419 (nieuw) Rv. geuite bezwaren niet gegrond zijn.

13.

Vele leden vroegen aandacht voor de behandeling van burgerlijke zaken, zoals deze in de praktijk plaatsvindt, waarbij het zwaartepunt van de behandeling ligt bij de pleidooien, terwijl de schriftelijke stukken weinig of vrijwel niets inhouden (paragraaf 13 voorlopig verslag). Hun scheen deze toestand weinig bevredigend toe en zij vroegen of het niet aangewezen is, mede in vergelijking met buitenlandse cassatieregelingen, om juist bij het cassatieberoep het zwaartepunt te leggen op een schriftelijke vóórbehandeling. Evenals in appel zou dan het cassatieberoep moeten kunnen worden ingesteld — liefst binnen een verkorte termijn van b.v. één maand —, zonder vermelding van de middelen of gronden, waarna een uitvoerige conclusie van eis of memorie van cassatiemiddelen kan worden ingediend, waarin alles kan worden vermeld wat thans in de pleitnota's wordt opgenomen, gevolgd door een soortgelijke conclusie van antwoord. De pleidooien kunnen dan beperkt blijven tot een re- of dupliek van hetgeen reeds schriftelijk is aangevoerd. Voorts zouden de voormelde leden gaarne over deze opmerkingen het oordeel van de Hoge Raad vernemen.

De Hoge Raad heeft de ondergetekende over dit punt omstandig voorgelicht. Het college is van mening, dat de huidige procesgang, zolang dit mogelijk is, behouden moet blijven.

In het buitenland is men door het grote aantal zaken gedwongen om of in het geheel geen gelegenheid te geven tot pleiten in cassatie, of daarvoor slechts een korte spanne tijds per zaak toe te staan; het accent komt daardoor te liggen op de schriftelijke stukken. Ondanks deze maatregelen bestaat in verschillende landen een bedenkelijke en chronische achterstand in de afdoening van cassatieberoepen.

Ten onzent is de toestand gelukkig aldus, dat van achterstand nimmer sprake is geweest, en dat het aantal zaken toelaat dat de Civiele Kamer per week anderhalve morgen, welke soms anderhalve dag wordt, voor pleidooien beschikbaar kan stellen. Noodzaak tot overgang naar een andere, minder goed geachte methode is er dus niet.

De procesgang, zoals geschetst door voormelde leden, acht de Hoge Raad niet verkieslijk. Wanneer men cassatieberoep zonder formulering van middelen kan instellen en het beroep binnen één maand moet worden ingesteld, zou dit betekenen, dat in bijna alle zaken, waarin thans cassatieadvies wordt gevraagd, beroep zou moeten worden ingesteld omdat het geven van een behoorlijk gefundeerd advies binnen dat bestek onmogelijk is.

Voorts zou voor de conclusies van eis en van antwoord, welke dan de inhoud van de huidige pleitnota's zouden moeten bevatten, veel en herhaald uitstel — thans beperkt tot maximum 4 weken — moeten worden verleend, daar het voor de betrokken advocaten niet wel doenlijk zou zijn bij cumulatie van zaken op bepaalde tijdstippen meerdere schrifturen ongeveer tegelijkertijd voor te bereiden. De grote massa der nieuwe zaken wordt aangebracht vlak na de vakantie, waarna in de loop van het zittingsjaar er geleidelijk aan zaken bij komen. Thans brengt de gang van zaken mee dat de pleidooien in overleg met de advocaten over de verschillende maanden worden verdeeld, zodat de advocaten geruime tijd te voren weten, wanneer zij ter voorbereiding daarvan tijd beschikbaar moeten houden.

Bij de hierboven weergegeven opvatting van de Hoge Raad is de ondergetekende geneigd zich aan te sluiten. Het betreft



hier een materie ten aanzien waarvan de Hoge Raad bij uitstek deskundig en een gang van zaken waarbij dit college ten nauwste betrokken is. Er zouden dus wel zeer zwaarwichtige redenen moeten zijn, voordat de ondergetekende tot verandering van het bestaande systeem zou menen te moeten overgaan. Deze redenen ziet de ondergetekende echter niet. In de uiteenzetting van de hier aan het woord zijnde leden zijn een aantal mogelijke bezwaren opgesomd, maar dit blijken in de praktijk geen bezwaren te zijn. Een geroutineerd cassatierechter is na kennisneming van de bestreden uitspraak en de in de dagvaarding aangevoerde middelen zeer wel in staat de pleidooien te volgen. De mondelinge behandeling heeft niet de grote nadelen welke de commissie noemt, doch daarentegen volgens de Hoge Raad wel vele voordelen. Achterstand in de behandeling der zaken is er evenmin. Dit alles doet de ondergetekende besluiten in de behandeling van burgerlijke zaken in cassatie geen verandering voor te stellen.

14.

Blijkens paragraaf 14 van het voorlopig verslag brachten verscheidene leden ernstige bezwaren in tegen de voorgestelde verlenging van de cassatietermijn in kort geding van vier tot zes weken. Hoewel zij de verlenging van deze termijn op zichzelf genomen niet van bijzonder belang oordeelden, hadden zij daartegen bezwaar omdat zulks de huidige onjuiste verschijningsvorm van de procedure in kort geding zou accentueren. Deze procedure kan, aldus deze leden, in de praktijk uitgroeien tot een volledige rechtsstrijd in drie instanties, die vele kenmerken van een hoofdzaak vertoont. Zij achtten dit een denaturering van het kort geding. Zij hadden minder bezwaar tegen de langere cassatietermijn, indien tevens het appel in kort geding zou worden afgeschaft.

Met deze zienswijze kan de ondergetekende niet instemmen. Men zie wat door Veegens t.a.p. nr. 59 (blz. 114) daartegen is opgemerkt, hetgeen de ondergetekende zou willen onderschrijven: „Naar het ons wil voorkomen mag de sterke ontwikkeling van het kort geding, vooral sinds 1945, niet worden beschouwd als een onttaarding van het instituut, maar is zij op gelukkige wijze tegemoetgekomen aan de behoefte aan snel recht.”

De ontwikkeling is inderdaad zo, dat na het voeren van een procedure in kort geding een geding voor de gewone rechter dikwijls uitblijft. Partijen hebben aldus langs een snellere weg de beslissing van hun geschil bereikt. Het zou onpraktisch zijn hiertegen in te gaan.

De ondergetekende kan zich dus niet verenigen met de door verscheidene leden uitgesproken mening dat het vervallen van het appel in kort geding algemene instemming zou verkrijgen. De geschetste ontwikkeling maakt begrijpelijk dat het kort geding somtijds ingewikkelde rechtsvragen kan betreffen. Dit is een van de redenen waarom een termijn van vier weken voor de cassatie in kort geding te kort is.

De Hoge Raad is dezelfde mening toegedaan als de ondergetekende.

15.

In paragraaf 15 van het voorlopig verslag wordt, onder verwijzing naar het adres van de Orde van Advocaten en naar prof. Fischer in N.J.B. 1951, blz. 402, gevraagd naar de redenen welke ertoe hebben geleid het huidige artikel 427 Rv. niet in het ontwerp op te nemen. Deze redenen zijn met juistheid aangegeven door Veegens t.a.p. nr. 72:

„Het gezag van gewijsde mag volgens het huidige recht niet ambtshalve worden toegepast, maar moet door de belanghebbende partij zijn ingeroepen. Is dit beroep in de feitelijke instanties vruchteloos gedaan, dan staat cassatie wegens schending van artikel 1954 B.W. open, voor zover de beslissing niet van feitelijke aard is. Heeft de belanghebbende partij om welke reden ook verzuimd dit verweer te voeren, dan treft de lagere rechter geen verwijt. Er is geen aanleiding in dat geval de mogelijkheid te openen het gezag van gewijsde voor het eerst bij de Hoge Raad in te roepen.”

„Sinds zijn invoering heeft het artikel nimmer toepassing gevonden. De gevreesde verwickelingen, waaraan het zijn ont-

staan te danken heeft, b.v. een door overlijden in het vergeetboek geraakt vonnis, zijn niet meer van deze tijd.”

Hieraan valt toe te voegen, dat, voor zover de dicta van beide vonnissen volstrekt onverenigbaar zijn, niet het eerste, doch het laatste vonnis van kracht zal zijn. Zou men anders oordelen, dan zou men te kort doen aan het beginsel, dat het ter keuze van de belanghebbende procespartij staat om op het gewijsde al of niet beroep te doen.

Ten slotte kan nog worden opgemerkt, dat deze cassatiegrond in België is afgeschaft bij de wet van 25 maart 1876 en evenzo in het Italiaanse wetboek, terwijl ook in het ontwerp van de Commissie-Gratama van 1920 afschaffing van artikel 427 Rv. werd voorgesteld.

16.

Verscheidene leden vroegen zich af, of na de aanvaarding van het onderhavige ontwerp nog wel behoefte bestaat aan een bepaling als artikel 11 A.B. Zij dachten daarbij aan de nieuwe cassatiegrond: „wegens schending van het recht”.

Artikel 11 A.B. bepaalt: „De rechter moet volgens de wet rechtspreken; hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordelen”. Ook indien cassatie wegens schending van het recht mogelijk wordt, blijven er wetsvoorschriften toe te passen. Voor zover de rechter tot toepassing van de wet geroepen wordt, zal er dan evenveel reden zijn als voorheen om door een bepaling als artikel 11 A.B. de rechter te verbieden de billijkheid boven de wet te stellen.

Hoe de verhouding is tussen de billijkheid en de bronnen van ongeschreven recht staat hier buiten.

### Artikelen

*Artikel 96 R.O., lid 1.* Naar de mening van de ondergetekende is het wenselijk in dit lid rekening te houden met de omstandigheid dat het ontwerp de spronggewijze cassatie invoert, voor welke cassatie niet de eis kan worden gesteld, dat geen ander gewoon rechtsmiddel meer openstaat of heeft opengestaan.

*Artikel 99 R.O., lid 1, onder 1°.* De ondergetekende geeft met enige leden de voorkeur aan „verzuim van vormen” boven „verzuim der vormen”. In verband met deze wijziging, en in overeenstemming met de strekking daarvan, nl. om te komen tot een modernere wijze van uitdrukken, stelt de ondergetekende voor tevens te schrappen het woord „de” vóór „handelingen” en het woord „het” vóór „verzuim”.

*Artikel 99 R.O., lid 1, onder 3°.* De ondergetekende moge verwijzen naar paragraaf 7 van de algemene beschouwingen.

*Artikel 99 R.O., lid 2.* De ondergetekende heeft reeds bij de algemene beschouwingen uiteengezet waarom hij de controle van de Hoge Raad op de toepassing van vreemd recht laat vervallen.

In dit verband zou hij tevens willen wijzen op een ander punt. Bij de voorbereiding van de Rijkswet van 20 juli 1961, houdende de „Cassatieregeling voor de Nederlandse Antillen”, heeft zich de vraag voorgedaan of Antilliaans recht vreemd recht is. Het komt de ondergetekende voor, dat Antilliaans zowel als Surinaams recht te dezen niet als vreemd recht dient te worden beschouwd, maar gelijkgesteld moet worden met Nederlands recht, zodat een onbepaalde toetsing van de Hoge Raad mogelijk zal zijn. Het is dan echter ook wenselijk, dat die gelijkstelling duidelijk in de tekst, en wel in die van artikel 99, lid 1, onder 2°, tot uitdrukking wordt gebracht.

Door de nieuwe opzet komen tegelijkertijd de bezwaren tegen de woorden „zonder nadere bewijslevering” en „bestaan en inhoud” (waarover prof. Fischer in N.J.B. 1951, blz. 399, noot 1) te vervallen.

*Artikel 99 R.O., lid 3.* De ondergetekende moge verwijzen naar de opmerkingen die door prof. Fischer in N.J.B. 1951, blz. 399, noot 1 zijn gemaakt omtrent de z.i. niet geheel onbepelbare formulering van het derde lid. Het komt inderdaad juist voor ten aanzien van een regel van gewoonterecht niet te spreken van „bestaan” — en „niet bestaan” —, maar van „gelden” — en „niet gelden”. Voorts is het, waar er iets door de

wetgever wordt voorgeschreven, beter niet „kunnen . . . . . worden” maar „worden” te gebruiken.

*Artikel 100 R.O.* De ondergetekende zou de term „cassatie in het belang der wet”, welke ook in talloze bijzondere wetten wordt gebezigd, willen behouden. De bevoegdheid van de procureur-generaal wordt uiteraard bepaald door de regeling van de cassatiegronden. Dat de belangrijkste dier gronden onder de nieuwe regeling zal zijn de schending van het recht, maakt het niet nodig de ingeburgerde term „cassatie in het belang der wet” te wijzigen.

*Artikel 101 R.O.* Ten aanzien van de opmerking betreffende de woorden „in het belang der wet” moge de ondergetekende naar het voorgaande verwijzen.

Het verschil in terminologie tussen de artikelen 100 en 101, waartegen bezwaar werd gemaakt, berust op overwegingen van taalkundige aard. In de redactie van artikel 100 sluit het woord „wegens” aan bij de tekst van artikel 99. Daarentegen zou het de formulering van artikel 101 niet ten goede komen, indien ook de daar genoemde cassatiegronden met het woord „wegens” zouden worden ingeleid.

*Artikel 105 R. O.* De ondergetekende meent dat ook in dit artikel de woorden „verkeerde toepassing of schending der wet, of overschrijding van magt” moeten worden vervangen door „schending van het recht”. Tevens kan dan van de gelegenheid worden gebruik gemaakt om ten aanzien van de artikelen 105 en 106 R.O. een verbetering in het ontwerp aan te brengen.

Ingevolge het oorspronkelijk voorgestelde nieuwe artikel 104 R.O. zouden de artikelen 105 en 106 R.O. alleen op cassatie in strafzaken van toepassing zijn. Terwijl volgens het ontwerp de regeling van de gevolgen van de vernietiging in burgerlijke zaken uit de wet R.O. wordt gelicht en naar het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering overgebracht, zou de regeling van deze gevolgen in strafzaken in de wet R.O. blijven staan. Wets-technisch is dit in feite weinig elegant.

De ondergetekende stelt daarom voor de regeling van de gevolgen van de cassatie in strafzaken over te brengen naar het Wetboek van Strafvordering. Dit kan op eenvoudige wijze geschieden, door in artikel 441 Sv. (waarvan het tweede lid thans verwijst naar de artikelen 105 en 106 R.O.) de inhoud van de artikelen 105 en 106 R.O. op te nemen als tweede, resp. derde lid. Het bestaande derde lid van artikel 441 Sv. wordt dan vierde lid. In de wet R.O. kunnen dan de artikelen 104, 105 en 106 vervallen.

De strafkamer van de Hoge Raad, hierover geraadpleegd, kon zich met deze overbrenging naar het Wetboek van Strafvordering verenigen.

*Artikel 398 Rv.* Behalve de reeds in punt 11 der algemene beschouwingen dezer memorie aangekondigde wijziging stelt de ondergetekende, in de geest van hetgeen hierboven bij artikel 99 R.O., lid 1, onder 1°, is opgemerkt, tevens voor het woord „De” aan de aanvang van het artikel te schrappen.

*Artikel 402 Rv.* De ondergetekende heeft er geen bezwaar tegen aan de te dezen gemaakte opmerking te voldoen door aan het eerste lid van artikel 402 toe te voegen een algemene verwijzing naar de gevallen waarin de wet een kortere cassatietermijn voorschrijft.

In deze toevoeging zou dan een waarschuwing zijn gelegen, dat er, behalve de verkorte cassatietermijnen bedoeld in het tweede lid van dit artikel ook nog zelfstandig geregelde korte cassatietermijnen zijn.

Het lijkt niet wenselijk de gevallen van korte cassatietermijnen, voorgesteld in artikel III van het ontwerp, in artikel 402 op te nemen. Deze vermelding zou onvolledig zijn en daardoor ook weer gevaar opleveren. Er komen immers behalve de termijnen van artikel III van het ontwerp nog verscheidene andere gevallen van zelfstandig geregelde korte cassatietermijnen in verschillende bijzondere wetten voor. Vgl. Veegens t.a.p. blz. 114. Trouwens, een opsomming die thans volledig zou zijn, zou weer onvolledig worden zodra in de wet een nieuw geval van korte cassatietermijn werd opgenomen.

*Artikel 404a Rv.* Er is hier sprake van een incidentele vordering. Deze moet worden ingesteld bij conclusie ter rolle (zie artikel 415 nieuw Rv.).

*Artikelen 405 en 406 Rv.* In de memorie van toelichting bij de Derde Afdeling is vermeld dat het de opzet was in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een volledige regeling van de burgerlijke cassatieprocedure te geven, weshalve de tekst van de artikelen 99 en 100 R.O. in de artikelen 405 en 406 Rv. vrijwel geheel is herhaald. De ondergetekende meent bij nader inzien van dit standpunt te moeten terugkomen. Niet alleen is het niet juist wanneer de wet zichzelf nodeloos herhaalt, maar bovendien regelen de bewuste bepalingen de rechtsmacht en horen zij dus in de Wet R.O. thuis, terwijl het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de rechtsgang regelt. Voor handhaving van de artikelen 405 en 406 Rv. is dus geen reden.

*Artikel 424 Rv.* Met de opmerking door sommige leden omtrent de redactie van dit artikel gemaakt, kan de ondergetekende zich verenigen. Hij heeft de in het voorlopig verslag voorgestelde redactie van artikel 424 Rv. in het ontwerp overgenomen.

*Zesde Afdeling, Opschrift en artikel 426 Rv.* In het opschrift, alsmede in artikel 426 Rv., dient in overeenstemming met de geldende spelling, in plaats van „request” telkens gelezen te worden: rekest.

*Artikel 427a Rv.* Door enige leden is terecht opgemerkt dat in het derde lid van dit artikel achter „artikel 426” de letter *b* moest worden ingevoegd.

*Overgangsbepalingen.* Blijkens de laatste alinea van het voorlopig verslag is door enige leden de aandacht gevraagd voor de opmerking in het meergenoemde adres van de Nederlandse Orde van Advocaten dat het wetsontwerp geen overgangsbepalingen bevat.

In genoemd adres — gepubliceerd in het Advocatenblad van 1954 — wordt onder punt 10 het oordeel uitgesproken dat op het stuk van het overgangsrecht in ieder geval zal moeten worden geregeld:

*a.* welke wetsbepalingen van toepassing zullen zijn op de cassatieberoepen, die reeds werden ingesteld vóór de datum van inwerkingtreding van de nieuwe wet;

*b.* dat de verkorting van de cassatietermijn in zaken van echtscheiding en van scheiding van tafel en bed niet van toepassing zal zijn in zaken, waarin vóór de datum van inwerkingtreding van de nieuwe wet arrest werd gewezen.

Wat punt *a* betreft, zij het volgende opgemerkt. Het komt de ondergetekende voor dat volstaan kan worden met een overgangsbepaling, inhoudende dat de bepalingen van de nieuwe wet niet van toepassing zijn op reeds vóór haar in werking treden aanhangig gemaakte zaken. Deze zaken zullen dus worden behandeld volgens de oude regeling. Dit geldt ook voor het incidentele beroep in cassatie. Het zou niet billijk zijn indien, terwijl de eiser slechts schending van de wet heeft kunnen stellen, de verweerder zich op de ruimere grond van schending van het recht zou kunnen beroepen.

Er zijn ongetwijfeld artikelen, die men ook ten aanzien van reeds aanhangige zaken zou kunnen toepassen, doch een splitsing van wat niet en wat wel voor dergelijke zaken zal gelden, is ongewenst.

Wat punt *b* betreft, in artikel III van het ontwerp wordt voor het kort geding de cassatietermijn verlengd tot zes weken en voor zaken van echtscheiding en van scheiding van tafel en bed verkort tot zes weken.

Het verdient aanbeveling niet alleen voor het geval van verkorting, doch ook voor dat van verlenging van de termijn een overgangsbepaling te geven.

Bij de nota van wijzigingen worden overeenkomstig het vorenstaande de nodige overgangsbepalingen voorgesteld.

In verband met het vervallen van de artikelen 405 en 406 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is een vernummering van de enkele artikelen nodig geworden.

*De Minister van Justitie,*  
A. C. W. BEERMAN.