

MEDEDELINGEN DER KONINKLIJKE NEDERLANDSE
AKADEMIE VAN WETENSCHAPPEN, AFD. LETTERKUNDE
NIEUWE REEKS — DEEL 30 — No. 3

SPOOKPARTIJEN

R. P. CLEVERINGA

N.V. NOORD-HOLLANDSCHE UITGEVERS MAATSCHAPPIJ
AMSTERDAM — 1967

UITGESPROKEN IN DE VERGADERING
VAN 12 DECEMBER 1966

1. De verzonnen overijverige substituut-officier van justitie in het arrondissement Carabas, die als de verteller wordt voorgesteld van de „merkwaardige strafzaak” tegen „de gelaarsde kat” in het kostelijke desgeheten boekje van den oud-vicepresident van de Rotterdamse rechtbank van Vierssen Trip, moet op een gegeven dag naar de civiele zitting om daar den officier te vervangen; en dit geeft hem dan aanleiding tot enige bespiegelingen over „het burgerlijk proces”. Daarin komt onder meer voor¹⁾: „De verweerder ontkent en spreekt tegen. In de conclusie van antwoord heerst de tegenspraak zoals nergens elders in de wereld. De verweerder doet zeggen voor antwoord: dat de dagvaarding nietig is, dat de rechtbank onbevoegd is van deze zaak kennis te nemen, dat de tegenpartij niet bestaat”; enz. En ik kan mij denken, dat een lezer bij de laatst aangehaalde woorden zich afvraagt: „Slaat de schrijver in zijn luchtigen spot hier niet wat te ver door? Kan er dan sprake zijn van een rechtsingang door iemand, die niemand is? Door, om het zo eens uit te drukken, een spook?”

Maar wanneer hij dan eens gaat rondsnuffelen in de rechtspraak, die wel vaker een bontheid van feiten onthult, welke de stoutste verbeelding overtreft, vindt hij daarin uitspraken, waarin toch inderdaad op aannemelijke wijze wordt gewaagd van gevallen, waarin degene, namens wien de deurwaarder een inleidende dagvaarding met daarin vervatten eis heeft uitgebracht, niet bestaat. Bij voorbeeld: *a.* de daarin als oproepende partij opgegeven natuurlijke persoon was op het ogenblik van het uitbrengen dier dagvaarding reeds overleden²⁾; *b.* de daarin als eisende partij vermelde rechtspersoon is volstrekt nietig.³⁾ En hierdoor voor-

¹⁾ Hoofdstuk VII. (Blz. 71).

²⁾ Zie Rb. Amsterdam 30 Januari 1914, N.J. 1915, blz. 55 (de eerste van twee eisers, genoemd in een dagvaarding van 4 April 1913, was kort tevoren, op 14 Maart 1913, overleden; zijn eigen raadsman had hiervan toen nog niet gehoord); Rb. Utrecht 22 Juni 1932, N.J. 1934, blz. 126, W. 12574 (tevoren overleden eiseres); Rb. Amsterdam 20 December 1938, N.J. 1939 n° 906 (de minderjarige eiser was op het ogenblik der dagvaarding al bijna 7 maanden tevoren gestorven); Rb. Rotterdam 25 Juni 1943, N.J. 1944/5 n° 63 (eiser Gerrit Knoot was op dat ogenblik „reeds eenige dagen overleden”); K. Leiden 27 October 1965, „De Practijkids” 1966 n° 260 (de eiser was „reeds voor de dagvaarding overleden”).

³⁾ Zie Rb. Alkmaar 14 November 1912, W. 9565 (niet bestaande onderlinge waarborgmaatschappij); Rb. Maastricht 27 Januari 1921, N.J. 1921, blz. 718, W. 10683 (al jaren lang niet meer bestaande coöperatieve vereniging); Rb. Tiel 17 Maart 1922, N.J. 1923, blz. 590 (soortgelijks); Rb. Amsterdam 27 Januari 1925, W. 11375 (niet bestaande stichting); K. Amsterdam 2 Augustus 1934, N.J. 1934, blz. 1646, W. 12794 (niet bestaande stichting); Hof den Bosch 5 Juli 1937, N.J. 1938 n° 153 (niet bestaand kerkgenootschap); K. Nijmegen 23 Juli 1937, N.J. 1938 n° 1109 (niet bestaande naamloze vennootschap); Rb. Breda 7 November 1939,

gelicht⁴⁾ kan men nog wel meer gevallen bedenken, waarin het door van Vierssen Trip onderstelde verweer tegen een bij dagvaarding ingestelden eis, „dat de tegenpartij niet bestaat”, voorstelbaar is; als het met verzonnen partijen opgezette spiegelgeding, waarin de gedaagde bij antwoord niet verder mee wil spelen.⁵⁾

Zo overdreven als het op het eerste gezicht den schijn kan hebben, is van Vierssen Trip's aangehaalde uitlating dus niet; maar dan rijst de vraag, welk rechtsgevolg de rechter, die na dagvaarding of een anderen rechtsingang⁶⁾ op een eisende spookpartij meent te stuiten, hieraan moet verbinden. En met deze en dergelijke⁷⁾ vragen, zo krijgt men den indruk, heeft de rechter het wel eens moeilijk; diensvolgens lijkt het van pas te kunnen zijn er nog eens wat nader op in te gaan.

2. Ten einde hierbij verwarringsgevaaren naar krachten te ontlopen is het zaak enige vooropmerkingen te maken:

a. Stel, dat enige samenwerkende personen met gebruik⁸⁾ van art. 5, lid 1, 2°, 2° zinsnede, Rv. iemand dagvaardden onder de „benaming” van een tussen hen beweerde vennootschap, die geen rechtspersoon is,⁹⁾ en dat de rechter haar niet aanwezig acht en

N.J. 1940 n° 324 (niet bestaande stichting); Rb. Den Haag 15 December 1948, N.J. 1949 n° 11 (niet bestaande „vakgroep”; „een niet bestaande natuurlijke of rechtspersoon kan niet als eisende partij optreden”); Hof Amsterdam 1 December 1954, N.J. 1955 n° 446 (niet bestaande naamloze vennootschap).

⁴⁾ De ontkenning van het bestaan ener bij dagvaarding eisende partij komt hierop neer, dat wie hierin als zodanig wordt voorgesteld geen persoon, d.w.z. geen mogelijk drager van rechten en plichten (verg. E. M. Meijers, „Algemene leer van het burgerlijk recht” I, blz. 257) is; verg. N.J.B. 1949, blz. 272; „De Nederlandse Gemeente”, 13 Mei 1949, blz. 217. Verg. ook noten 73 en 162.

⁵⁾ Wat zich overigens wel niet licht voor zal doen. Over de vraag, hoe het moet gaan, wanneer de vraag naar het denkbare bestaan ener eisende partij zelf tot den inzet van een spiegelgeding wordt gemaakt (b.v. bij meningsverschil over de volstreckte nietigheid van een voorgestelde rechtspersoon) behoeft hier niet stil te worden gestaan naast wat hierna onder 3 zal worden opgemerkt.

Over de vraag, of een rechter zich een zaak uit zulk een spiegelgeding zonder meer van den hals mag schuiven, als de verweerder wel verder meespeelt en diensvolgens de bij dagvaarding gestelde eisende partij erkent, zie R. M. Th. 1964, blz. 264, met daarnaast nog hierna onder 15.

⁶⁾ Verg. hierbeneden onder 11-14.

⁷⁾ Als bij de ontkenning van den verweerder; zie hier beneden onder 2, c, 8 en 9.

⁸⁾ Een bevoegdheid, geen verplichting; zie „Advocatenblad” 1953, 33^e jg. n° 5, blz. 101, noot 5.

⁹⁾ Dus mogelijk (schoon nauwelijks) een burgerlijke maatschap (verg. „Advocatenblad” 1953, 33^e jg. n° 5, blz. 101-102, en noten 2-5 onder K. Hoorn 17 November 1964, „De Practijkids”, December 1964 n° 18, n° 132).

Volgt men de bovendrijvende meningen ten dezen, dan kan zulk een onpersoonlijke vennootschap ook zijn een vennootschap onder firma uit art. 16 W.v.K. (verg. „Advocatenblad” t.z.p., blz. 102; nadere gegevens

deze mening in zijn vonnis tot uitdrukking brengt door te zeggen, dat zij niet „bestaat” (zoals dit verschillende keren is gebeurd), dan behoeft dit in zijn mond niet te hebben betekend, dat de deelnemende personen ten tijde der dagvaarding niet tot de verschijningen dezer wereld hebben behoord;¹⁰⁾ het kan zijn, dat hij enkel willen zeggen, dat hun maatschappelijk verbond hiertoe niet heeft behoord en zij dus de collectieve dagvaardingswijze uit de evengenoemde wetsbepaling niet mochten bezigen, schoon hun persoonshoedanigheid niet in twijfel wordt gesteld. Zijn bedoeling op dit punt is dan niet steeds even duidelijk; waar het bestaan van een firma wordt ontkend, is trouwens ook een derde lezing soms mogelijk, en wel deze dat de rechter, zich los makende van de bovendrijvende mening¹¹⁾ en zich aansluitende bij de opvatting van Scholten,¹²⁾ dat een firma een rechtspersoon is, heeft willen zeggen, dat de gestelde firma-rechtspersoon niet als bestaand of bestaan hebbend kan worden aangemerkt. De gepubliceerde vonnissen zijn op dit punt niet steeds even duidelijk¹³⁾ en het is hierom maar beter de beslissingen, waarin staat, dat een dagvaardende (of, om al vast even vooruit te lopen op wat straks nog

in Molengraaff's „Leidraad bij de beoefening van het Nederlandse handelsrecht” I, 9^e druk, hier bewerkt door C. W. Star Busmann, blz. 213) of een commanditaire vennootschap (verg. „Advocatenblad” t.z.p., blz. 105).

¹⁰⁾ Dus: dat zekere natuurlijke personen te dien tijde niet leefden of dat zekere rechtspersonen op dat ogenblik aan volstrekte nietigheid leden.

¹¹⁾ Zie noot 9.

¹²⁾ Zie Asser's „Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht” I, 2, bewerkt door P. Scholten, 2^e druk, herzien door M. H. Bregstein, blz. 138-140; waartegenover t.z.p. 3^e druk, bewerkt door W. C. L. van der Grinten, blz. 197-199.

¹³⁾ Let b.v. op Hof Arnhem 24 Juni 1924, N.J. 1925, blz. 454, W. 11232 (waarover ook W. L. Haardt, „De veroordeeling in de kosten van het burgerlijk geding”, Prf. Leiden 1945, blz. 86). „De handelsvennootschap onder de firma Joh. S. van Brummen” dagvaardde tot betaling van een koopsom zekeren F. Schutte, die zich onder meer te weer stelde met de opmerking, dat de eiseres „niet bestond”. Na veel vijven en zessen nam het Hof aan, dat F. Schutte ter zake had gehandeld met zekeren Opriel en zijn vader Jan Schutte; deze twee werkten destijds wel samen, maar niet in een „handelsvennootschap onder de firma Joh. S. van Brummen”. Het Hof nu verklaarde een bij incidenteel beroep tegen het vonnis van de Rechtbank, die, hoezeer zij de vordering had afgewezen, toch wel „het bestaan van appellante had aangenomen”, door F. Schutte hiertegen opgeworpen grief „gegrond”. Maar wat bedoelde het hiermee? Leest men zijn arrest over, dan krijgt men aan den enen kant den indruk, dat het aansluiting heeft gezocht bij de bovendrijvende mening en „handelsvennootschap onder de firma Joh. S. van Brummen” heeft gelezen als „Opriel en Schutte, handelende onder dezen gemeenschappelijken naam”, en het bestaan van Opriel en Jan Schutte of misschien nog een vennoot naast dezen bedoeld heeft niet te ontkennen; maar er is in het arrest ook iets, dat zweemt naar Scholten's leer met een vervolgens geplaatste ontkenning van de aldus onderstelde persoonlijkheid van een enkele eisende partij. Het spreekt immers van „de niet in rechte verschenen handelsvennootschap”, doch niet van enige niet rechtsgeldig opgetreden beweerde firmanten.

nader aan de orde komt,¹⁴⁾ gedaagde) firma niet „bestaat”, buiten beschouwing te laten; en hetzelfde klemt voor de commanditaire vennootschap en voorts voor die vonnissen, waarin uitgemaakt werd, dat een firma niet „bestond”, omdat hiermee slechts één enkele, zij het ook wel bestaande, persoon werd weergegeven.¹⁵⁾

b. In van Vierssen Trip's geval uit Carabas is sprake van een rechtsingang met een dagvaarding; overeenkomstig den hoofdregel van art. 1 Rv. Deze is echter de enig stelligrechtelijk bekende niet; en het zal daarom zaak zijn later¹⁶⁾ ook nog eens stil te staan bij de onderstelling van een rechtsingang door een enkele conclusie, door de indiening van een verzoekschrift, door een rechterlijke verwijzing of door een kennisgeving van een griffier. Maar dan toch eerst later; want men mag niet bij voorbaat uitgaan van de gelijkvormigheid der vraag naar het rechtsgevolg van de ontkenning van het bestaan van een eisende partij ongeacht de rechtsingang. Het is hierom zaak zich eerst te beperken tot het dagvaardingsgeding, hetwelk trouwens voor de rechtsbedeling het belangrijkste is.

Onnodig lijkt het met betrekking tot de bestaansvraag stil te staan bij den rechtsingang door gezamenlijke vrijwillige verschijning;¹⁷⁾ waar deze plaats vindt, zal de bestaansontkenning door de aanmeldingsdaad wel gedekt moeten worden geacht.¹⁸⁾

c. Van Vierssen Trip legt zijn jongen substituut de woorden over het niet bestaan van de tegenpartij in den mond met betrekking tot de conclusie van antwoord en dus ten opzichte van den eiser; maar ook het bestaan van den gedaagde wordt wel eens ontkend. Men ziet dan een wonderlijk beeld verschijnen: van den kant van den gedaagde (om voorlopig met deze ietwat vage uitdrukking te volstaan) wordt iets opgemerkt (hoe, moge voor het oogenblik worden daargelaten) in den trant van: „Ik besta niet” (in den eersten persoon).¹⁹⁾ En dit ziet er eerst recht spookachtig uit.

Deze schakering van de bestaansontkenning vergt hierom naast

¹⁴⁾ Onder 8-9.

¹⁵⁾ Verg. Hof Amsterdam 16 Januari 1920, N.J. 1920, blz. 696, W. 10551; Rb. den Bosch 16 Januari 1920, N.J. 1921, blz. 289, W. 10682; Rb. Amsterdam 10 Februari 1920, N.J. 1920, blz. 350, W. 10617; Rb. Dordrecht, 6 September 1922, N.J. 1923, blz. 509; Pres. Dordrecht 12 December 1924, N.J. 1925, blz. 420, W. 11317; Rb. Dordrecht 13 Mei 1925, W. 11398; Rb. Haarlem, 30 Maart 1926, N.J. 1926, blz. 955; K. Maastricht 9 Juli 1926, W. 11570; Rb. Amsterdam 9 November 1926, W. 11633; K. Rotterdam 10 November 1933, N.J. 1935, blz. 609, W. 12797; K. Amsterdam 12 Juli 1934, W. 12794; K. Delft 11 Februari 1960, N.J. 1960 n° 479.

¹⁶⁾ Zie onder 11-14.

¹⁷⁾ Verg. artt. 43 R.O. en 290 Rv..

¹⁸⁾ Evenals een rechtsingang door een gezamenlijke verschijning lastig kan samengaan met een gelijktijdige bevoegdheidsbetwisting; verg. H.R. 20 Juni 1919, N.J. 1919, blz. 808, W. 10446.

¹⁹⁾ Zie Rb. Amsterdam 8 Februari 1918, N.J. 1919, blz. 124; Hof den Haag 30 Juni 1930, N.J. 1930, blz. 1496, W. 12417; verg. hierover verder onder 9.

die, gericht tegen de eisende partij, een afzonderlijke beschouwing; ²⁰⁾ voorlopig blijve zij ter zijde.

d. De door van Vierssen Trip onderstelde gedaagde ontkent door dik en dun; wat, als hij een wat minder Mephistofelischen aard bezit en de gestelde, schoon niet bestaande, eisende partij zegt te erkennen of, hoezeer hij op de dagvaarding is verschenen, niet ontkent. De artt. 1962 B.W. en 141 Rv. maken dan den rechter op dit punt lijdelijk, ²¹⁾ zo niet een bijzondere regel hem ergens een andere houding voorschrijft. Zulk een regel is intussen niet te vinden in enige norm met een algemeen belangvereiste voor de ontvankelijkheid van een rechtsvordering; al denkt misschien de Hoge Raad hierover anders. ²²⁾

e. Van Vierssen Trip's gedaagde ontkent bij conclusie van antwoord en moet dus op de dagvaarding verschenen zijn; maar wat, als hij niet zou zijn verschenen, b.v. uit de heimelijke overweging, dat de als eisende partij hierin voorgestelde natuurlijke persoon tevoren was overleden en dus ten dage der dagvaarding niet meer bestond? ²³⁾ Maar zou hij dan geen gewaagd spelletje hebben gespeeld? Allicht ²⁴⁾ was dan immers toewijzing van den

²⁰⁾ Onder n^{os} 8 en 9.

²¹⁾ Zie Asser's „Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht” V (van bewijs), 5^e druk, bewerkt door A. Anema met medewerking van P. J. Verdam, blz. 29-30; F. G. Scheltema, „Nederlandsch burgerlijk bewijsrecht”, blz. 18-19, 387, 405; „Opstellen over hedendaagsch recht, op 17 November 1946 door vrienden en leerlingen aangeboden aan Prof. Mr J. C. van Oven”, blz. 84; Haardt, H.N.J.V. 1951, I, blz. 56-57, 63-64.

In de zaak, waarover het Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen te oordelen kreeg op 9 Maart 1965 (N.J. 1966 n^o 197) en die vervolgens leidde tot H.R. 11 Maart 1966, N.J. 1966 n^o 330, werd in eersten aanleg als exceptie opgeworpen, dat de eiseres niet bestond; na verwerping hiervan werd hiertegen in hoger beroep geen grief aangevoerd, maar de hogere rechter stond er „ambtshalve” bij stil met overigens gelijke uitkomst; de bespreking van het cassatiemiddel ging langs de vraag, of de beroepsrechter, ambtshalve optredend, juist had gehandeld, heen.

²²⁾ Verg. R. M. Th. 1964, blz. 263-266. Zie verder nog hierbeneden onder 15.

²³⁾ Als de deurwaarder van het overlijden gehoord heeft, behoort hij zich, rechtstreeks of middellijk, nader met de erven te verstaan; maar hij kan er nog wel niet van hebben gehoord of menen, dat hij niet inmiddels niets mag doen, b.v. omdat anders verlies door termijnoverschrijding hem kan lijken te dreigen. Met dat al is zijn opdracht door den dood geëindigd (art. 1850 B.W.; een reddende bepaling als art. 434 Rv. ontbreekt hier).

²⁴⁾ Al is een andere gang van zaken wel mogelijk, zeker is hij allerminst; en de gedaagde mag er niet op vertrouwen, dat zulk een toewijzing achterwege blijft. Mogelijk b.v. is, dat niemand zich meer om de zaak bekommert en deze hierdoor niet op de rol wordt ingeschreven (verg. artt. 125 en 135 Rv.; art. 139 Rv. kan bezwaarlijk toepassing vinden, als de gedaagde zich op het standpunt stelt, dat er geen geldige dagvaarding is uitgebracht of dat niemand zich na rolinschrijving en uitroeping voor den niet bestaanden eiser opdoet en dit tot doorhaling leidt (verg. H.R. 4 Maart 1929, N.J. 1929, blz. 827, W. 11972, met noot van Star Busmann); of dat de rechter, door den voor den voorgestelden eiser optredenden persoon vernemend van diens voortijdig overlijden, oordeelt, dat hij de gevraagde verstekverlening moet weigeren dan wel dat hem de vordering onrechtmatig of ongegrond moet voorkomen. Zie ook noot 106.

eis door toepassing van art. 76 Rv. gevolgd; en hoe dan met het verzet? ²⁵⁾ Of zou men menen, dat zulk een toewijzing, daargelaten nog art. 89 Rv., geen enkele betekenis kan hebben in den vorm van binding of tenuitvoerlegging? Zelfs niet ten aanzien van de erven van den overledene? Dit terwijl de figuur van hun gebondenheid na het overlijden van een partij gedurende het geding en, zonder schorsing, voortzetting hiervan op naam van den overledene stellig-rechtelijk bekend is.²⁶⁾

f. Zou de gedaagde opgeroepen zijn door een als eisende partij in de dagvaarding voorgestelde rechtspersoon, die ten tijde hiervan volstrekt nietig was en niet bestond, dan kan zich voor den rechter nog de vraag opdoen, of hij dit gebrek niet in elk geval gedekt moet achten door haar later geldig ontstaan voor het vonnis; om het even of de gedaagde er op verschenen is of niet. Nu men in overgrote meerderheid aanneemt, dat hij bij het wijzen hiervan ook rekening moet houden met tijdens het geding op rechtens relevante wijze voor hem aangevoerde tussentijdse feiten,²⁷⁾ moge deze verwikkeling hier verder zonder meer ter zijde worden gelaten.

3. Na met deze enkele vooropmerkingen het terrein te hebben aangeharkt zie ik de opgeworpen vraag eerst in dezen verkorten vorm: er is een dagvaarding uitgebracht namens ²⁸⁾ een niet

²⁵⁾ Dit zou dan ingesteld moeten worden bij een exploit met dagvaarding van den persoon van den eiser (art. 83 Rv.), waarin gesteld zou moeten worden, dat deze niet bestond: een vreemde figuur, waarover nog nader onder 9; al zou de Hoge Raad zulks vermoedelijk billijken: H.R. 17 Juni 1966, N.J. 1966 n° 374 (met noot 2 van Veegens). Verg. hierbij ook noten 64, 104, 109 en 141.

²⁶⁾ Verg. Star Busmann, „Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering”, nieuwe uitgave, 2^e druk, n° 348; voorts ook noot 65 en 104.

²⁷⁾ Verg. laatstelijk H.R. 19 Juni 1964, N.J. 1965 n° 341, met noot van J. H. Beekhuis, waarin terugwijzing naar vroegere gegevens.

²⁸⁾ Ook in dit geval moet er een deurwaarder handelend zijn opgetreden, want zonder deurwaarder komt er geen dagvaarding tot stand (art. 1 Rv.). Mag deze, door wien dan ook aangezocht, zijn ministerie weigeren met de opmerking, dat de opgegeven eiser, als wiens tolk men hem wil laten optreden, niet bestaat? De vraag is bevestigend beantwoord door den in deurwaarderszaken gezaghebbenden Leidsen advocaat M. Teekens: „De Gerechtsdeurwaarder”, 76^e jg. n°s 8/9 (Augustus/September 1966), blz. 138–142; dit uit overweging, dat „ministerieplicht tegenover een niet-existerende persoon ipso facto onbestaanbaar is” (blz. 138). Deze opmerking echter raakt de vraag niet in het hart, omdat de verzoeker wel bestaat; nochtans komt ook dan Teekens tot een bevestigend antwoord bij gebreke aan een wezenlijk geschil en omdat eerst bij aanwezigheid hiervan sprake kan zijn van de reden van bestaan van des deurwaarders ministerieplicht (blz. 139–141). Verlegt men echter aldus het oordeel over de vraag, of er zulk een geschil is (en hoe lastig kan zij zijn: verg. b.v. mijn aant. 6 op art. 621 in van Rossem’s „Burgerlijke rechtsvordering”; Th. B. ten Kate, „Het request-civiel”, Prf. Leiden 1962, blz. 50–54, alwaar verdere gegevens), naar den deurwaarder, dan dreigt het gevaar, dat het van hem gaat afhangen, of de toegang tot den rechter wordt geopend; en dient niet de ministerieplicht juist tot bezwering van dit gevaar? Bovendien bedenke men, dat het bestaan

bestaande natuurlijke of rechtspersoon; ²⁹⁾ het gebrek komt op rechtens geijkte wijze ³⁰⁾ ter kennis van den rechter; tot welke beslissing moet deze bevinding hem leiden?

Alvorens hierop rechtstreeks in te gaan eerst een zijsprong. Wanneer een rechtsingang plaats vindt door een dagvaarding, dient deze volgens art. 5, lid 1, 2° Rv. (en dus afgezien van een bijzonder afwijkend wetsvoorschrift ³¹⁾ onder meer te behelzen „den voornaam, den naam ³²⁾ en de woonplaats ³³⁾ des eischers”; want wie den daarin vervatten oproep ontvangt, moet, zo is de achtergedachte, ³⁴⁾ er uit kunnen begrijpen, van wien deze uitgaat. Deze bedoeling brengt mee, dat met de vermelding van een verkeerden naam (d.i.: van een anderen naam dan degene draagt, voor wien de deurwaarder spreekt ³⁵⁾ niet geacht kan worden voldaan te zijn

van een niet bestaande partij erkend kan worden, waardoor het rechtens vast kan komen staan (zie hierboven onder 2, d); en of dit al dan niet gebeurt, kan de deurwaarder op het ogenblik, waarop zijn ministerieplicht wordt ingeroepen, nog niet weten.

²⁹⁾ Verg. hierboven noot 4.

³⁰⁾ Wat als regel, gelijk ook in van Vierssen Trip's verhaal ondersteld, wil zeggen: door een ontkenning in de conclusie van antwoord. Over de vraag, of zij ook voor het eerst bij dupliek kan worden voorgedragen, zie straks onder 5. Denkbaar is ook wel een loslippigheid bij een conclusie van eis of repliek, maar een dergelijke onwaarschijnlijkheid moge hier verwaarloosd worden.

³¹⁾ B.v. door de instelling van een formele partij, waarover R.M.Th. 1939, blz. 509-524; of op andere wijze: verg. „Advocatenblad”, 33^e jg. n° 3 (15 Maart 1953), blz. 46.

³²⁾ Voor een „rechtspersoon of vennootschap” de „benaming”; over de rechtspersoonsbenamingen zie R.M.Th. 1939, blz. 515-524; over de „benaming” van een vennootschap, die geen rechtspersoon is, zie „Advocatenblad” t.a.p. (in noot 31), blz. 46 en 101.

³³⁾ De hier voorgeschreven woonplaatsvermelding dient mede tot identificatie; zie „Advocatenblad” t.a.p. (in noot 31), blz. 45, waarbij nog K. Tilburg 14 November 1957, „De rechtskundige adviseur” 1958, blz. 7, n° 685 (met noot van F. M. J. Jansen).

³⁴⁾ Desgelijks: van Boneval Faure, „Het Nederlandsche burgerlijk procesrecht” II, 4^e druk, blz. 11 („De gegrondheid der vordering is afhankelijk van den persoon, die haar instelt; de gedaagde moet bovendien weten, met wien hij zich door het proces in betrekking stelt”); F. M. J. Jansen, „Burgerlijke rechtsvordering”, blz. 33 („Omtrent de identiteit van de eiser mag niet de minste twijfel bestaan; vandaar de noodzaak deze identiteit zo nauwkeurig mogelijk te omschrijven”); J. A. H. Coops, „Grondtrekken van het Nederlands burgerlijk procesrecht”, 8^e druk (bewerkt door F. M. Westerouen van Meeteren en C. B. Reinhold), blz. 57-58 („Dat zij den naam en de volledige voornamen van den eiser moet vermelden, is alleszins redelijk; de gedaagde heeft het recht precies te weten wie iets van hem vordert”).

³⁵⁾ Wanneer, zoals doorgaans geschiedt (verg. formulier I op blz. 3 van v. d. Honert's „Formulierboek” 9^e druk, bewerkt door J. H. Ekering, J. Th. Vermeulen en K. Wiersma), de deurwaarder zegt te dagvaarden „ten verzoeke van” iemand, bedoelt hij als regel hem, „ten gunste van wien de opstelling van de rechterlijke norm wordt nagestreefd” (t.z.p., blz. 3-4); soms — om met Teekens te spreken: t.a.p. (in noot 28), blz. 139 — mede het wezen „van vlees en bloed”, dat hem aan het werk heeft gezet;

aan art. 5, lid 1, 2° Rv.; en is hieraan niet voldaan, dan bedreigt art. 92 Rv. hiertegen nietigheid.³⁶⁾

De rechtspraak oordeelt echter hieromtrent veelal anders; de Hoge Raad, althans laatstelijk,³⁷⁾ voorop. Toen een naamloze vennootschap onder een verkeerde benaming³⁸⁾ had gedagvaard en de Amsterdamse Rechtbank deswege de dagvaarding nietig had verklaard, zei hij op 12 November 1936,³⁹⁾ dat, gelet op art. 5 Rv., „de rechter de nietigheid van de dagvaarding alleen dan mag uitspreken, indien deze acte niet voldoet aan de formeele bij dat artikel genoemde vereischten; dat de onjuistheid van de in de dagvaarding opgenomen bij de wet gevorderde opgaven — ten deze betreffende den naam van de eischende partij — deze niet nietig maakt, doch enkel het lot van de daarbij gedane vordering zou kunnen raken”. De onjuistheid van den naam van den eiser⁴⁰⁾ doet in deze redenering geen afbreuk aan de naleving van art. 5; ook een onjuiste naam blijft een „naam” in den zin hiervan. Hiermee wordt evenwel onvoldoende eer bewezen aan de zoëven aangestipte achtergedachte van het vereiste van den naam van den eiser;⁴¹⁾ want hoe kan men het ervoor houden, dat de gedaagde

maar als gezegd wordt, dat er gedagvaard wordt ten verzoeken van een rechtspersoon, is dit niet het geval (al kan dan natuurlijk dit wezen er wel afzonderlijk nog naast genoemd worden), terwijl voor het overige het een kwestie van uitlegging is, wat de deurwaarder met zijn „ten verzoeken” heeft bedoeld (klaarblijkelijk desgelijks Rb. den Bosch 7 Juni 1918, N.J. 1918, blz. 1210, W. 10332; de Rechtbank in Alkmaar repte in haar vonnis van 15 Juni 1916, blz. 1338, W. 9997, van „de woorden „ten verzoeken van”, waarin een opdracht gelegen is”; soortgelijks een Haagse kantonrechter op 26 September 1904, W. 8409). Men krijgt hiermee te maken, als men staat voor de vraag, of een dagvaarding een verplicht volledig bewijs oplevert van de taakopdracht van den deurwaarder; verg. hierover nader M. Teekens, „De deurwaarder”, Prf. Leiden 1954, blz. 239–240.

³⁶⁾ Desgelijks Hof Amsterdam 17 Juni 1924, N.J. 1924, blz. 1165, W. 11221; desgelijks ook H.R. 15 Mei 1930, N.J. 1930, blz. 1192, W. 12168 (doch gegeven de „feitelijke vaststelling der Rechtbank”, dat „de naam van de eischeres in de dagvaarding” voorkwam, was er in dezen geen grond voor nietigheid; intussen had deze zulks ten onrechte zo vastgesteld: zie R.M.Th. 1939, blz. 392, 397–398 en 520–521); desgelijks het Amsterdamse rechtbankvonnis van 14 Januari 1936, dat op 12 November 1936 geen genade vond bij den Hogen Raad (zie hierna noot 39).

³⁷⁾ Voor dit voorbehoud zie hierboven noot 36.

³⁸⁾ Verg. hierbij noot 32.

³⁹⁾ N.J. 1937 n° 505; tevoren eender: H.R. 12 Februari 1904, W. 8035 (voornaam); 8 November 1912, N.J. 1913, blz. 15, W. 9424 (met noot van E. M. Meijers; woonplaats); 9 Mei 1924, N.J. 1924, blz. 868, W. 11253 (gedaagde). De Hoge Raad is bijgevallen door Coops, t.a.p. (in noot 34), blz. 57. Zie ook K. Leiden 27 October 1965, „De Praktijkids” 1966 n° 260.

⁴⁰⁾ Met de juistheid of onjuistheid van den naam van den gedaagde kan het anders gelegen zijn dan met dien van den eiser, omdat het denkbaar is, dat er te zijnen aanzien buiten de dagvaarding geen gegeven aanwezig is ter vergelijking, of de opgegeven naam verkeerd moet worden geacht; zie hierover R.M.Th. 1939, blz. 396.

⁴¹⁾ Zie noot 34.

door de vermelding van een opgegeven naam „precies”⁴²⁾ aan de weet komt, wie iets van hem vordert, als die naam best mogelijk niet op dezen persoon kan slaan? Bovendien moet, wil de redenering van den Hogen Raad sluiten, van een gebezigd woord los van de betrekking tot hem, die den deurwaarder opdracht tot dagvaarden heeft gegeven of doen geven, kunnen⁴³⁾ worden vastgesteld, dat het een „naam” is; doch dat dit kan, is hier betwistbaar.⁴⁴⁾ De redenering van den Hogen Raad op dit punt sluit derhalve niet. De onjuistheid van den naam van den eiser leidt dus tot nietigheid der dagvaarding; de bestrijding der ingestelde vordering met de betichting dier onjuistheid is een exceptie van nietigheid der dagvaarding en niet, zoals de Hoge Raad kennelijk aanneemt, een verweer „ten principale” in den zin van art. 141 Rv.⁴⁵⁾

In de lijn hiervan ligt het ook de tegenwerping door den gedaagde, dat de in een dagvaarding als eiser voorgestelde partij niet bestaat, aan te merken als een exceptie van nietigheid van dagvaarding; bestaat zij niet, dan moet immers de opgegeven naam ten dage daarvan wel onjuist zijn geweest. Treffend voor dit verband en begrijpelijk is het dan ook, dat in het geval, hetwelk leidde tot het zoëven genoemde arrest van den Hogen Raad van 12 November 1936,⁴⁶⁾ de verweerster begon de nietigheid der dagvaarding in te roepen met een betwisting van „het bestaan van de oorspronkelijke eischeres”.⁴⁷⁾

Dat de bewering door den gedaagde van het niet bestaan van den eiser moet worden begrepen als het opwerpen van een exceptie van nietigheid der dagvaarding, kan, behalve met een herinnering aan art. 5, lid 1, 2° Rv. naast art. 92 Rv., trouwens ook nog gestaafd worden met een verwijzing naar art. 5, 3° Rv., houdende onder meer het vereiste, dat zij moet behelzen „eene duidelijke en bepaalde conclusie”; doet zij dit niet, dan brengt dit, alweer volgens

⁴²⁾ Verg. de aanhaling uit Coops' boek in noot 34.

⁴³⁾ De Hoge Raad immers onderstelt de aanvaardbaarheid van een betoog in dezen trant: in de dagvaarding staat, dat zij is uitgebracht ten verzoeke van „Pietje Puk”; dit is een „naam” en hiermee is aan art. 5 voldoende eer bewezen; intussen heet de opdrachtgever van den deurwaarder helemaal niet „Pietje Puk” en er blijkt ook overigens evenmin van het bestaan van een „Pietje Puk” en dit schaadt het lot der ingestelde vordering.

⁴⁴⁾ Want geen woord is op zich zelf een naam; zie R.M.Th. 1939, blz. 395.

⁴⁵⁾ Zie R.M.Th. 1939, blz. 396-397.

⁴⁶⁾ Zie noot 39.

⁴⁷⁾ N.J. 1937, blz. 687; al wankelde zij bij dupliek wat van het ene been op het andere door eerst te herhalen, „dat de dagvaarding moet worden nietig verklaard”, doch hieraan vervolgens toe te voegen, dat „de eischeres dus niet bestaat en zij derhalve in hare vordering niet ontvankelijk moet worden verklaard”; maar de Rechtbank liet zich hierdoor niet van de wijs brengen. De Leidse Kantonrechter nam het verband kennelijk ook als vanzelfsprekend aan in zijn vonnis van 27 October 1965, „De Practijkids” 1966 n° 260.

art. 92 Rv., de nietigheid der dagvaarding mee. Om aan dit vereiste te voldoen moet de eiser aangeven, welke norm hij neergelegd wenst te zien in de door hem nagestreefde rechterlijke uitspraak.⁴⁸⁾ Deze wordt,⁴⁹⁾ al bindt zij soms ook anderen en al strekt de „conclusie” mogelijk (dikwijls zelfs) ook nog tot iets meer⁵⁰⁾ voor alles gevraagd tot bepaling van de onderlinge rechtsbetrekking tussen eiser en gedaagde;⁵¹⁾ voorlopig of uiteindelijk. Voor het geval van een toewijzend eindvonnis springt dit al heel duidelijk in het oog; maar zelfs als een afwijzing volgt van de vordering ten gronde,⁵²⁾ houdt toch ook deze een rechtsverklaring aangaande die betrekking in, en wel die der afwezigheid van de door den eiser in zijn conclusie van eis ingeroepene;⁵³⁾ dit karakter van zulk een afwijzing is aangemerkt als een blijk van de aantoonbaarheid rechtens van het enkel verklarende vonnis ook daar waar de mogelijkheid hiervan niet afzonderlijk in de wet wordt gegeven.⁵⁴⁾ Een betrekking echter onderstelt ten minste twee steunpunten en dus onder meer het bestaan van den eiser. De bewering dat hij niet bestaat, betekent dan ook het opwerpen van een berechtingshindernis, van een processuele exceptie, en niet van een verweer ten gronde. Iets hiervan heeft vermoedelijk ook het Haagse Hof door het hoofd gespeeld bij het wijzen op 30 November 1908 van een arrest⁵⁵⁾ in een zonder dagvaarding ingeleide verificatiezaak, waarover straks nog nader.⁵⁶⁾

⁴⁸⁾ Verg. R.M.Th. 1939, blz. 383–384; N.J.B. 1949, blz. 272. Verg. ook de aanhaling uit v. d. Honert's „Formulierboek” in noot 35.

⁴⁹⁾ Om het even of de beslissing in het vonnis rechtsbevestigend of rechtscheppend moet worden geacht; zie over deze vraag, welke hier kan blijven rusten, voornamelijk K. Wiersma, „Het rechtsmiddel verzet van derden”, Prf. Leiden 1952, blz. 126–129, en hetgeen hierin nader wordt opgegeven.

⁵⁰⁾ Als in veroordelende vonnissen: Star Busmann t.a.p. (in noot 26) n° 10.

⁵¹⁾ Zie Asser-Anema-Verdam t.a.p. (in noot 21), blz. 291: „Ieder vonnis houdt in de eerste plaats in een declaratoir, dat vaststelt, hoe de rechtsverhouding tussen partijen is”. Verg. ook noot 54.

⁵²⁾ Gezwegen dus van de mislukking van den eis door een exceptieve berechtingshindernis; zie Star Busmann t.a.p. (in noot 26) n° 211. Over de grens tussen de twee in art. 141 Rv. genoemde verweersoorten, die soms formeel in de wet wordt getrokken, schoon niet steeds (zie mijn bijdrage in „Opstellen over hedendaagsch recht, op 17 November 1946 door vrienden en leerlingen aangeboden aan Prof. Mr J. C. van Oven”, blz. 85–86), zie R.M.Th. 1939, blz. 396–397. Voor zulk een formele exceptieaanwijzing verg. noot 199.

⁵³⁾ Om het even in welke taalkundig passende bewoordingen dit geschiedt: verg. Star Busmann t.a.p. (in noot 26) n° 238; H.R. 11 Mei 1939, N.J. 1939 n° 979 (met noot van E. M. Meijers).

⁵⁴⁾ Verg. Star Busmann t.a.p. (in noot 26) n° 10: „Ook is iedere uitspraak, waarbij de ingestelde eis wordt ontzegd, een declaratoir vonnis”; M. H. Bregstein, H.N.J.V. 1951, II, blz. 59: „De rechter geeft altijd een declaratoir”. En zie ook noot 51.

⁵⁵⁾ W. 8820.

⁵⁶⁾ Onder 13.

Het verweer in een dagvaardingszaak, dat de eiser niet bestaat, is dus, meen ik, een exceptie van nietigheid van dagvaarding. Deze opvatting vindt men ook in de rechtspraak inderdaad wel gehuldigd. Zo ziet men de Haarlemse Rechtbank op 28 Maart 1933 overwegen,⁵⁷⁾ dat „een dagvaarding, die volgens haar eigen stellingen zou zijn uitgebracht ten verzoeken van iemand, die geen rechts-subject is, nietig is”; en de Nijmeegse Kantonrechter verklaart op 23 Juli 1937⁵⁸⁾ „nietig de in deze zaak op 10 Februari 1937 namens een niet bestaande eischeresse uitgebrachte dagvaarding”. Maar ook hier, als waar de gedaagde klaagt over de onjuistheid van eiser's naam, klinkt vaak een ander geluid en verklaart de rechter, als hij de ontkenning van eiser's bestaan aanneemt, hem in zijn vordering niet ontvankelijk,⁵⁹⁾ zodat men moet aannemen, dat hij het desbetreffende verweer een verdediging „ten principale” heeft geacht.

Een bijzondere kanttekening past hier bij een vonnis van de Amsterdamse Rechtbank van 30 Januari 1914.⁶⁰⁾ Op 4 April 1913 bracht de Amsterdamse deurwaarder Abspoel een dagvaarding uit namens H. Voordewind te Delfzijl en een te Sappemeer gevestigde naamloze vennootschap; de deurwaarder had hiertoe opdracht gekregen van hun beider Amsterdamsen raadsman Povel, die tevoren namens hen had onderhandeld met gedaagde over het met dezen gerezen geschil en die voor beiden procureur werd gesteld. Den 14^{en} Maart 1913 evenwel was Voordewind overleden; Povel

⁵⁷⁾ N.J. 1933, blz. 1262, W. 12651.

⁵⁸⁾ N.J. 1938 n^o 1109; verg. hierover verder nog onder 5, 7 en 11.

⁵⁹⁾ Zie Rb. Alkmaar 14 November 1912, W. 9565; Rb. Maastricht 27 Januari 1921, N.J. 1921, blz. 718, W. 10683; Rb. Tiel 17 Maart 1922, N.J. 1923, blz. 590; Rb. Rotterdam 22 December 1924, W. 11364; Rb. Utrecht 22 Juni 1932, N.J. 1934, blz. 126, W. 12574; Hof den Bosch 5 Juli 1937, N.J. 1938 n^o 153; Rb. Breda 7 November 1939, N.J. 1940 n^o 324; Rb. den Haag 15 December 1948, N.J. 1949 n^o 11; Hof Amsterdam 1 December 1954, N.J. 1955 n^o 446.

Een enkelen keer wordt de vordering van een niet bestaanden eiser „ontzegd” (Rb. Amsterdam 27 Januari 1925, W. 11375). Deze woordkeus behoeft niet op een andere opvatting te wijzen (verg. ook noot 53), maar, ruim 14 jaar voor het arrest van 11 Mei 1939 en gelet op de procesrechtelijke geschiedenis uit de 19^e en het begin der 20^e eeuw, gelijk zij beschreven is door E. M. Meijers in T.v.R. I, blz. 151-155, de bedoeling van een afwijking is niet geheel buitengesloten, al blijft het dan raden, welke.

De Hoge Raad heeft zich in het algemeen (d.w.z. gezwegen van zijn straks nog te noemen arrest van 17 Februari 1939: noot 63) ten dezen nog nimmer uitgesproken, doch let men op zijn arresten van 12 November 1936 (noot 39) en 17 Februari 1939, dan is er enige reden voor te gissen, dat hij zich bij voormelde rechtspraak zal aansluiten, als hij geroepen wordt zich onomwonden uit te spreken; al kan nog steeds een arrest als dat van 23 Maart 1888, waarover straks nog nader onder 8), een betere verwachting blijven wekken. Over een Amsterdams vonnis van 20 December 1938 zie nog hierbeneden onder 4.

⁶⁰⁾ N.J. 1915, blz. 55; zie hierboven noot 2.

noch de deurwaarder had hiervan op 4 April 1913 iets gehoord. Daarop riep bij replek de eisende naamloze vennootschap primair de nietigheid der dagvaarding door Voordewind in en in aansluiting subsidiair de niet-ontvankelijkheid van Voordewind's vordering met tevens die van haar zelf wegens het onderlinge verband ertussen; tot dit laatste kan hier verder het zwijgen worden gedaan. De Rechtbank achtte de dagvaarding niet nietig; zij voldeed haars inziens aan de voorgeschreven vormen, al miste zij door Voordewind's voortijdigen dood naar haar zeggen een „substantieel vereiste”. Door zulk een gemis kan een dagvaarding, zo overwoog zij, ook wel aan nietigheid lijden, „al is die niet uitdrukkelijk bedreigd”,⁶¹⁾ maar in dezen was zij toch „van waarde” door de reddende tussenkomst van art. 1855 B.W.⁶²⁾

Maar daarop volgde, „dat een niet bestaand wezen niet in rechte kan optreden en dus eene vordering door een procureur ingesteld ten name van eene niet bestaande eischende partij niet kan worden ontvangen”; Voordewind werd diensvolgens niet ontvankelijk verklaard en het geding ging voort tussen zijn medeëiseres en de gedaagde.

Het geval lijkt op dat, waarin de Hoge Raad een beslissing had te geven op 17 Februari 1939;⁶³⁾ tegen de toewijzing van een vordering deed ten name der veroordeelde partij haar verzekeraar hoger beroep instellen op 21 Juli 1937, terwijl die partij (maar dat wist deze verzekeraar toen nog niet) op 11 Mei 1937 was overleden.⁶⁴⁾ Over nietigheid der dagvaarding deswege werd toen helemaal niet gesproken; wel over niet-ontvankelijkheid en het was hiertegenover, dat daarop bij deze gelegenheid art. 1855 B.W.

⁶¹⁾ De Rechtbank liep hiermee vooruit op het arrest van den Hogen Raad van 30 Maart 1951, N.J. 1951 n° 312, dat later bestreden is door F. M. J. Jansen in zijn proefschrift („Nietigheid in het burgerlijk procesrecht”, Nijmegen 1955), blz. 101–113, en zijn handboek (genoemd in noot 34), blz. 182–183. Aan zijn bestrijding legt Jansen ten grondslag een beroep op het woord „uitdrukkelijk” in art. 90 Rv.; het is echter de vraag, of dit niet met „ondubbelzinnig” mag worden weergegeven, gelijk de A. G. Eggens betoogde en de Hoge Raad, hem volgende, aannam (zie in ander verband ook P. A. J. Losecaat Vermeer, N.J.B. 1932, blz. 322).

⁶²⁾ „Indien de lasthebber onbewust is van den dood des lastgevers, of van het bestaan van eenige andere oorzaak die den last doet eindigen, is hetgeen hij in die onwetendheid verricht heeft van waarde.

In dat geval moeten de verbintenissen, door den lasthebber aangegaan, nagekomen worden ten aanzien van derden die in de goede trouw zijn”. Zie hierbij nog noot 112.

⁶³⁾ N.J. 1939 n° 1010 (met noot van P. Scholten); verg. ook Coops, t.a.p. (in noot 34), blz. 47.

⁶⁴⁾ De zaak lag dus iets anders dan in de zaken, door Veegens bedoeld in zijn „Cassatie” op blz. 81 en door hem besproken in N.J. 1966 op blz. 1035; in eersten aanleg was over het niet bestaan van de verzekerde partij nog niet getwist (hoewel het gekund zou hebben, want de Rechtbank in Assen had vonnis gewezen op 29 Juni 1937; zie Hof Leeuwarden 20 April 1938, N.J. 1938 n° 752). Verg. hierbij ook noten 25 en 104.

werd aangeroepen. Terecht, zei, anders dan de Amsterdamse Rechtbank een kwarteeuw eerder, de Hoge Raad: wel kan „een rechtsgeding in hoger beroep niet worden aangevangen ten name van een overledene, doch de werking van dezen regel wordt ter zijde gesteld door de voormelde bijzondere wetsbepaling” (t.w.: „het eerste lid van art. 1855 B.W.”), „wat te gereeder mag worden aangenomen, waar het burgerlijk procesrecht zelf blijkens de twaalfde afdeling van den derden titel van boek I het voeren van een geding ten name van een overledene onder zekere omstandigheden⁶⁵⁾ toelaat”.

Er is enige stoutmoedigheid voor nodig aan het verbintenis-rechtelijke art. 1855 B.W. aldus een processuele werking toe te kennen, maar let men op de beschermende strekking ervan, dan is de uitlegging van den Hogen Raad niet onaannemelijk. Die bescherming had dan in 1914 evenzeer ten goede kunnen komen aan Voordewind's procureur en erven als zij het in 1939 kon ten gunste van de rechtsopvolgers der toen in eersten aanleg veroordeelde partij, die hun kansen in hoger beroep wilden wagen (waartoe hun anders door termijnoverschrijding de gelegenheid wel benomen zou zijn geworden). Of men hierbij van bescherming van „derden”⁶⁶⁾ mag spreken, is de vraag; maar zij lijkt onbelangrijk, nu het voornamelijk gaat over het eerste lid van art. 1855 B.W. en de doorwerking van den geest ervan. Doch dit mag dan toch niet leiden tot eenzelfde uitkomst ongeacht de verstreken tijd en de mogelijkheden der kennisverkrijging; er is juist hier alle reden te blijven denken aan Losecaat Vermeer's voorbehoud voor het geval de vertegenwoordiger den dood „had behoren te kennen”.⁶⁷⁾

Soms lijkt de rechter niet goed raad te weten met de vraag, hoe hij verder aan moet met de ontkenning van het bestaan van den eiser en daarom te vluchten in een woordenspel. Toen de Amsterdamse Kantonrechter op 2 Augustus 1934 aannam, dat een als eiseres voorgestelde stichting „rechtens niet bestond”, liet hij

⁶⁵⁾ Namelijk bij achterwegelating van de betekening der schorsing: art. 256 Rv.; verg. van Boneval Faure t.a.p. (in noot 34) III, 3^e druk, blz. 191 en 196; Star Busmann t.a.p. (in noot 26) n^o 348; van Rossem, „Burgerlijke rechtsvordering” I, 3^e druk, blz. 391. Verg. ook noten 26 en 104.

⁶⁶⁾ Woord, gebruikt door L. J. Hijmans van den Bergh in zijn praeadvies voor de N.J.V. in 1938: H.N.J.V. I, 1, blz. 62, n^o 57; en door J. Offerhaus in het zijne; I, 1, blz. 51, n^o 23.

⁶⁷⁾ In Land's „Verklaring van het burgerlijk wetboek” V, 2^e druk, blz. 696. Men denke eens aan Rb. Amsterdam 20 December 1938, N.J. 1939 n^o 906; na 7 maanden had de procureur den dood van den eiser toch wel behoren te kennen (verg. noot 117). Als Losecaat Vermeer ook Kamphuisen in Asser's „Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht” III, 3, 3^e druk, blz. 748 („mits men „behoren te kennen” niet uitbreidt tot „hebben kunnen kennen”; Losecaat Vermeer wijst er zelf op, dat een enkele openbaarmaking van het feit, b.v. door een advertentie, niet voldoende behoort te zijn”: blz. 748-749).

hierop volgen, dat hij „dientengevolge van de ingestelde vordering geen kennis kon nemen”.⁶⁸⁾ Achtte hij zich dan soms onbevoegd? Maar waarom meed hij dan dit gebruikelijke woord en waarom gaf hij dan niet nader aan, op welke van de vier soorten onbevoegdheid, welke men in de litteratuur pleegt te onderscheiden,⁶⁹⁾ hij het oog had? Of dacht hij aan een vijfde soort? Waarom ontwikkelde hij zijn zienswijze niet nader en liet hij het bij zijn ietwat ongewone en hierdoor moeilijk doorzichtige woorden? Of doorzag hij zijn eigen standpunt niet geheel, al begreep hij wel, dat geen toewijzing behoorde te volgen?

Merkwaardig is ook een vonnis van de Rotterdamse Rechtbank van 25 Juni 1943.⁷⁰⁾ Is een eiser ten dage der dagvaarding reeds overleden, dan leidt dit, vond zij, niet tot nietigheid der dagvaarding. Dus, zou men, zich het vaak in de rechtspraak aangeheven andere geluid herinnerend,⁷¹⁾ kunnen denken, achtte zij het desbetreffende verweer een verdediging „ten principale”; maar ook dit was het geval niet, want zij sprak tevens uitdrukkelijk uit, dat „de omstandigheid, dat Gerrit Knoot bij het uitbrengen van de dagvaarding al was overleden, ook aan de ontvankelijkheid van de vordering niet in den weg stond”. Wat dan wel, als toch ook geen toewijzing mocht volgen?, „Analogische toepassing van art. 75 Rv.”⁷²⁾ luidde het hierop in de rechtsoverwegingen gegeven antwoord; in zulk een geval moet in eersten aanleg, naar het de Rechtbank voorkwam, de verweerder van de instantie worden ontslagen.

Het is niet eenvoudig den gedachtengang van de Rechtbank hier in allen dele te doorgronden. Zij sprak zich uit in hoger beroep; in eersten aanleg was Knoot's dood voor den Kantonrechter verborgen gebleven en deze had er dus uiteraard geen rekening mee gehouden, toen hij zijn voor den gedaagde ongunstige vonnis wees en onder meer niet had gewaagd van enige verstekverlening of ontslag van instantie. De Rechtbank volstond met een onvoorwaardelijke bekrachtiging; ook zij kwam dus in haar (niet afgedrukte, wel aangekondigde) dictum niet tot ontslag van instantie, nadat het doodsverweer voor het eerst in hoger beroep

⁶⁸⁾ N.J. 1934, blz. 1646, W. 12794; het dictum is alleen te laatst genoemder plaatse afgedrukt.

⁶⁹⁾ Zie mijn „Zeerecht”, 4^e druk, blz. 382, noot 2.

⁷⁰⁾ N.J. 1944/5 n^o 63.

⁷¹⁾ Zie noot 59.

⁷²⁾ De Leidse Kantonrechter was op 27 October 1965 ietwat aarzelender over de aanvaarding van de nietontvankelijkheid (zie noot 2): het overliden van den eiser voor de dagvaarding raakte „ten hoogste de ontvankelijkheid der vordering”; maar „onder de gegeven omstandigheden” sloeg ook hij den weg in naar een ontslag van instantie „met een analoge toepassing van art. 75”.

Over een geval, waarin formele en materiële partijen niet in een eisenden persoon samenvielen, zie nog hierbeneden onder 4.

te berde was gebracht. Maar als dit verweer in eersten aanleg reeds was gevoerd, zou dit, geeft de Rechtbank als haar mening te kennen, hebben moeten leiden tot ontslag van den verweerder van de instantie; dit staat weliswaar niet nadrukkelijk in de wet, maar het zou moeten worden aangenomen bij wege van overeenkomstigheid wegens art. 75 Rv.. De Rechtbank zei niet, waarin zij de overeenkomstigheid van het voor haar liggende geval met het in art. 75 Rv. onderstelde zag, maar men gist waarschijnlijk niet te stout, als men aanneemt, dat zij haar heeft gezien in een gelijksoortig niet verschijnen. Toch is er een treffend verschil; de weggebleven eiser uit art. 75 Rv. bestaat ⁷³⁾ en had kunnen verschijnen, Knoot niet. Deert dit de analogische toepassing van art. 75 Rv., althans voor wat het voorschrift van het ontslag van de instantie betreft (in allen dele mogelijk lijkt zij niet), niet? „De analogie en het argumentum a contrario blijken op zichzelf weinig betekenis te hebben. Zij behoeven den steun van andere factoren”: aldus de Wageningse hoogleraar J. M. Polak in zijn verdienstelijke ⁷⁴⁾ proefschrift over „Theorie en praktijk der rechtsvinding” ⁷⁵⁾; waaraan hij nog toevoegt het „analogieargument” „ten aanzien van procesrechtelijke bepalingen van dubieuze waarde” te vinden. ⁷⁶⁾ Ook al gaat men in dezen niet tot het uiterste van den Arnhemsen rechter Jansen en den advocaat-generaal s’Jacob met hun stelling, dat voorschriften van burgerlijk procesrecht zich door hun aard niet voor analogische toepassing lenen, ⁷⁷⁾ en wijst men met Veegens ⁷⁸⁾ uitbreiding en verruiming van toepassing door analogie ook hier niet af, ⁷⁹⁾ dan toch kan men begrip hebben voor Polak’s tot voorzichtigheid manenden wenk en diensvolgens zich niet voetstoots gewonnen geven aan het ongestaafde Rotterdamse beroep op art. 75 Rv..

Bovendien vraagt men zich af, wat de Rechtbank met haar analogische toepassing van art. 75 Rv. nu eigenlijk gedacht heeft gewonnen te hebben. Het doodsverweer was in haar ogen geen verdediging ten principale; goed. Het was in haar ogen ook geen

⁷³⁾ Of wordt althans in deze bepaling ondersteld te bestaan; hij wordt immers verwezen in de kosten en wordt dus als schuldenaar hiervan gedacht en derhalve als persoon, als mogelijk drager van rechten en plichten. Verg. hierbij nog noten 4, 105, 162 en 175.

⁷⁴⁾ Zie N.J.B. 1952, blz. 673-674, en 1953, blz. 508; en voorts nog R. L. Drilmsa in R.M.Th. 1954, blz. 576-581.

⁷⁵⁾ Blz. 37.

⁷⁶⁾ Blz. 4. Zie hierbij ook nog verder onder 7.

⁷⁷⁾ Verg. N.J. 1961, blz. 358.

⁷⁸⁾ Zie N.J. 1961, blz. 360.

⁷⁹⁾ Men lette b.v. eens op het overzicht van S. Boekman betreffende vragen van toepassing op het verzoekschriftgeding: H.N.J.V. 1961, I, blz. 104-107; als van art. 56 Rv., dat de rechtspraak hier veelal de deur wijst, wat ook een op dit punt tot begrip neigend schrijver als Haardt niet in allen dele zint: t.a.p. (in noot 13), blz. 154-155.

beroep op de nietigheid der dagvaarding; minder aannemelijk, maar dit nu even ter zijde. Doch hiermee kon bij haar uitgangspunt niet gezegd zijn, dat het in het geheel geen exceptie was in den zin van art. 141 Rv.; als het geen verweer ten principale was, moest het dit in de voorstelling der Rechtbank wel zijn,⁸⁰⁾ zodat zij ook met haar leer niet tot de slotsom kon komen, dat het doodsverweer met goed gevolg voor het eerst in hoger beroep kon worden gevoerd; stel dat zij voor deze uitkomst gevoelig zou zijn geweest. En bedenkt men dit, dan vraagt men zich af, of de Rechtbank zich niet schuldig heeft gemaakt aan wat ijdel gegoochel door de nietigheid der dagvaarding door Gerrit Knoop af te wijzen, doch diens voortijdigen dood te laten leiden tot ontslag van den gedaagde van de instantie.⁸¹⁾ Als men dit een en ander zo bij zichzelf overweegt, blijft men afwijzend staan tegenover het besproken Rotterdamse vonnis, al is er mogelijk geen schrijnende ongerechtigheid door aangericht.

4. De vraag, welk standpunt de rechter in moet nemen tegenover de ontkenning van het bestaan van den eiser, wordt met een bijzondere moeilijkheid nog belast, wanneer, waar zulks is voorgeschreven, gedagvaard is op den naam van een voor den voorgestelden eiser ingestelde formele partij.⁸²⁾ Die ontkenning laat zich dan denken in twee ⁸³⁾ vormen: *a.* zij richt zich tegen de materiële partij; *b.* zij richt zich tegen de formele partij.

Let men op de zoëven ⁸⁴⁾ aangestipte strekking van den eis, gelegen in de bepaling van de onderlinge rechtsbetrekking tussen eiser en gedaagde, dan is er reden hierbij het eerst en meest te denken aan den eersten vorm; hierover lijkt dan evenwel niets meer te hoeven worden gezegd. In een geval, dat de Amsterdamse

⁸⁰⁾ Want sinds 1897 is een verweer nu eenmaal òf het een òf het ander: verg. Hartogh en Cosman, „De wet van 7 Juli 1896”, blz. 56–60.

Als het doodsverweer in de ogen der Rechtbank een exceptie zou zijn geweest, maar geen exceptie van nietigheid van dagvaarding, en dit iets wezenlijks zou hebben betekend, had zij de gevolgtrekking moeten maken, dat art. 94 Rv. er niet voor gegolden zou hebben; zou dit een mogelijke winst hebben opgeleverd? Eerder verlies; zie hierbeneden onder 6.

⁸¹⁾ Want of men nu zegt: „De dagvaarding is nietig”, dan wel: „Zij is niet nietig, maar de gedaagde hoeft er zich verder niets van aan te trekken”, komt tamelijk wel op hetzelfde neer. De kostenveroordeling en herhalingsbevoegdheid uit art. 75 Rv. kwamen hier niet in aanmerking voor analogische toepassing.

⁸²⁾ In den zin als aangegeven in R.M.Th. 1939, blz. 512; verg. ook N.J.B. 1949, blz. 272.

⁸³⁾ Eigenlijk zelfs in drie; want zij zou zich ook kunnen richten tegen de formele en de materiële partij beiden. Maar het is onnodig hierbij afzonderlijk stil te staan, omdat dan toch ook elk der beide enkelvoudige vormen zich voordoet.

⁸⁴⁾ Onder 3 bij noot 51.

Rechtbank te beoordelen kreeg op 20 December 1938,⁸⁵⁾ was de materiële partij voor de dagvaarding overleden; de formele bestond ten dage hiervan nog wel. De Rechtbank zag hierin kennelijk geen aanleiding de dagvaarding nietig te verklaren; zij repte hiervan althans niet. Ten onrechte;⁸⁶⁾ een der steunpunten van de omstreden betrekking was immers hierdoor voor de dagvaarding bereids weggevallen. Zij overwoog daarop verder, „dat een analogische toepassing van art. 75 Rv.” meebracht, dat gedaagde „van de instantie ontslagen” moest worden. Op den klank dezer woorden afgaand kan men denken aan een overdenkingsverwantschap met het Rotterdamse vonnis van 25 Juni 1943;⁸⁷⁾ maar de erg beknopte en hierdoor niet duidelijk ontwikkelde gedachtengang kan bij de verwikkeling van het uiteenvallen van de formele en de materiële partij nog wel een andere zijn geweest, nu de formele partij wel bestond en zich had doen vertegenwoordigen door een voor haar opgetreden procureur. Het heeft geen zin dit alles verder uit te spinnen na wat hierboven reeds naar aanleiding van het latere Rotterdamse vonnis is gezegd, nu men zich daarbij nader nog zou moeten verliezen in onzekere onderstellingen.

Doet de tweede vorm zich voor, dan ligt de zaak in zover geheel anders, dat dan de ontkenning eenvoudig als niet ter zake dienende ter zijde dient te worden geschoven. De instelling van een formele partij voor den eiser betekent immers niets anders dan een vormelijke wettelijke afwijking te zijnen opzichte van het voorschrift uit art. 5 Rv. aangaande zijn aanwijzing.⁸⁸⁾ Zulk een afwijkende aanwijzing kan geschieden door gebruik te maken van den naam van een anderen persoon dan de materiële eiser draagt;⁸⁹⁾ maar of deze bestaat of niet of al dan niet heeft bestaan, doet er in den grond niets toe. Het zou wel denkbaar zijn, dat de wet voor een bekenden schrijver als formele partij zijn verzonnen alter ego instelde; of dat de wet de instelling hiervan op nog andere wijze verwerkelijkte.⁹⁰⁾ Maar dan kan het ook niets ter zake doen, of, als zij de instelling ener formele partij vergt op deze wijze, dat zij de opgave vordert van een andere dan de materiële partij, de

⁸⁵⁾ N.J. 1939 n° 906; zie hierboven ook de noten 2 en 67 en hierbeneden noot 117.

⁸⁶⁾ Verg. hierboven onder 3.

⁸⁷⁾ Genoemd in noot 70 en besproken onder 3.

⁸⁸⁾ Zie R.M.Th. 1939, blz. 384-385 en 386-391.

⁸⁹⁾ Verg. R.M.Th. 1939, blz. 509.

⁹⁰⁾ B.v.: door niet meer te vergen dan een X met daarnaast een zo goed mogelijke beschrijving in de dagvaarding van de materiële partij anders dan bij name (verg. R.M.Th. 1939, blz. 511) of een enkele kwalificatie als „houder van het cognossement over die en die goederen in het s.s.A” (verg. mijn „Zeerecht”, 4^e druk, blz. 309).

enkel formele partij ten tijde der dagvaarding reeds is gestorven of niet.⁹¹⁾ De ontkenning van het bestaan van de enkel formele partij voor den eiser moge daarom hier verder buiten spel worden gelaten.

Ook trouwens om gelijke redenen (en om deswege even vooruit te lopen op enige straks⁹²⁾ volgende opmerkingen over een niet bestaanden gedaagde) de ontkenning van het bestaan van de enkel formele partij voor den tot verweer opgeroepene; als op deze partij niets meer valt af te dingen dan dat zij ten dage der dagvaarding niet heeft bestaan, behoeft dit den eis niet te schaden. Hierop kwam ook wel ongeveer neer wat de Dordtse Rechtbank besliste op 21 Januari 1931.⁹³⁾ Notaris de Wijn had als „bijzonder vertegenwoordiger” (een destijds vereiste formele partij⁹⁴⁾) een onderhoudsuitkering gevorderd voor een buiten echt geboren kind van een varensgezel; deze eis was bij verstek toegewezen, waarna de veroordeelde in verzet kwam. Hij deed dit door notaris de Wijn aan diens indertijd gekozen woonplaats op te roepen, ofschoon deze voor het exploit van verzet uit art. 83 Rv. was overleden. Wel werd er later een nieuwe „bijzondere vertegenwoordiger” benoemd, maar als de varensgezel hierop gewacht had, had hij groot gevaar gelopen intussen zijn recht tot verzet wegens art. 81 Rv. te hebben verspeeld. Uit overweging van deze gevaarsmogelijkheid weigerde de Rechtbank het exploit van verzet nietig te verklaren, waarna het geding ten name van den inmiddels nieuw benoemden „bijzonderen vertegenwoordiger” werd voortgezet. Ook echter als de aangestipte gevaarsmogelijkheid niet had bestaan, had de varensgezel zijn exploit tot verzet wel kunnen uitbrengen op de manier waarop hij dit deed; juist omdat de formele partij de Wijn ten slotte niets anders was dan de bijzondere benaming van het niet overleden minderjarige kind.

Was de notaris, waarop de wettelijke betiteling van zijn hoedanigheid zou hebben kunnen wijzen, nog iets meer geweest dan enkel formele partij en wel tevens een voor de gelegenheid aangewezen partijvertegenwoordiger (een denkbare, ofschoon niet noodwendige samenva⁹⁵⁾l, dan nog had zijn dood voor het verzet, ook zonder de aangestipte gevaarsmogelijkheid, den varensgezel niet behoeven

⁹¹⁾ Ook als de enkel formele partij ten dage der dagvaarding reeds is overleden, laat zich de mogelijkheid van de vaststelling van haar naam achteraf wel denken; de reden waarom de materiële partij wegens art. 5, 3^e Rv. te dien dage wel moet bestaan (zie onder 3) klemmt voor de formele niet.

⁹²⁾ Onder 8-10.

⁹³⁾ N.J. 1931, blz. 372.

⁹⁴⁾ Zie A. Hilbingh Prins in W.P.N.R. 3089: „iemand op wiens naam het geding wordt gevoerd”.

⁹⁵⁾ Zie R.M.Th. 1940, blz. 9.

te deren; want buiten een bijzonder voorschrift van het tegendeel ⁹⁶⁾ behoeft de dagvaarding voor haar geldigheid den procesvertegenwoordiger niet te noemen, ⁹⁷⁾ zodat diens eerdere dood haar nietigheid niet ten gevolge kan hebben. ⁹⁸⁾ En dies moge ook deze vertegenwoordiger verder ter zijde worden gelaten.

5. Het verweer, dat de bij dagvaarding eisende partij niet bestaat, is dus, zo moge dan nu deze stelling nog weer even worden herhaald, een exceptie van nietigheid van dagvaarding. Als zodanig dient het in een dagvaardingsgeding terstond bij antwoord te worden voorgedragen (art. 141 Rv.); gebeurt dit niet, dan is de exceptie nadien vervallen. Schrok de Nijmeegse Kantonrechter van deze gevolgtrekking, nadat hij in zijn zoëven genoemd vonnis van 23 Juli 1937 ⁹⁹⁾ tot de slotsom was gekomen, dat hij de dagvaarding nietig moest verklaren? In de toen door hem berechte zaak was, zei hij, in conventie eerst „bij dupliek” aangevoerd, dat de eiseres niet bestond; maar, zo vervolgde hij, dit was „geenszins tardief”. Hij had dit, in 1937, gemakkelijk kunnen staven met erop te wijzen, dat dit „bij dupliek” met een korreltje zout moest worden genomen ¹⁰⁰⁾ en in een kantongerechtszaak destijds niet de voor-

⁹⁶⁾ Als b.v. art. 133 Rv.; in zulk een geval moet wel worden aangenomen, dat het stellen van een niet bestaanden procureur evenzeer tot nietigheid leidt als het niet stellen.

⁹⁷⁾ Zie ook „De Practijkgids” 1965 n° 11, blz. 231 onder 7; desgelijks Star Busmann t.a.p. (in noot 26) n° 136; Rb. den Bosch 24 Mei 1935, N.J. 1936 n° 108.

⁹⁸⁾ Voor zijn onderwerp, de proceskosten, waarover hierbeneden nog enkele woorden nader onder 7, scheert Haardt (t.a.p., in noot 13, blz. 84-85) met „niet bestaande personen” over een kam hen, die optreden door personen „in een kwaliteit, die zij niet blijken te bezitten”; ter toelichting van deze woorden stelt hij tot voorbeeld het geval, dat „een vereniging procedeert, vertegenwoordigd door een bestuur, dat niet rechtsgeldig is verkozen, of wanneer tot het voeren der procedure opdracht was gegeven door het bestuur zonder de daarvoor in de statuten vereichte goedkeuring der ledenvergadering”; alsdan is, zegt hij, zulk een vereniging niet „rechtsgeldig in het geding”. Haardt, die in dit verband wijst op H.R. 29 Januari 1943, N.J. 1943 n° 198, en nog enige andere beslissingen (blz. 87), werpt dan de vraag op, hoe het met de kosten moet gaan (welke ten laste van een „pseudovertegenwoordiger” plegen te worden gebracht), maar hij laat voor de niet bestaande personen de vraag uit het arrest van 12 November 1936 (zie hierboven noot 39), dat hij trouwens (men moet wel aannemen: opze telijk; en in zijn boek ook wel begrijpelijk) niet noemt, ter zijde. Na gezinspeeld te hebben op een „analogische toepassing van art. 58 of art. 271” schrijft hij over die kostenvraag: „Art. 58 is niet rechtstreeks toepasselijk, omdat de pseudovertegenwoordiger niet de belangen van een hem toevertrouwd beheer verwaarloost; hem is juist geen beheer toevertrouwd. Art. 271 niet, omdat het slechts op procureurs van toepassing is. In elk geval is het een billijke oplossing, die ook in overeenstemming is met de algemeene beginselen van het leerstuk der vertegenwoordiging” (blz. 88). Zie ook hieronder noot 114.

⁹⁹⁾ Zie noot 58. Zie verder ook nog hierbeneden onder 13.

¹⁰⁰⁾ Zie Star Busmann t.a.p. (in noot 26) n° 226 en 358 en het door hem op zijn blz. 350 terecht geprezen vonnis van den Haagse Kantonrechter (Westerouen van Meeteren) van 12 April 1929, N.J. 1929, blz. 745, W. 11976.

waarde schiep voor een exceptieveral krachtens art. 141 Rv.¹⁰¹); in den tegenwoordigen tijd had hij het zich nog gemakkelijker kunnen maken met een enkele verwijzing naar het nieuwe art. 125 Rv.¹⁰²) Hij bezigde echter een andere beweegreden voor zijn stelling, dat „op het niet bestaan van de als eischer optredende partij ten allen tijde de aandacht kan worden gevestigd”, en wel deze, die, als zij steek zou hebben gehouden, ook van belang zou zijn geweest in andere dan kantongerechtszaken: „wjl anders het niet aannemelijke gevolg zou zijn, dat een vordering zou worden toegewezen, die niet geëxecuteerd zou kunnen worden bij gebreke van executant, en waaraan de gedaagde niet tegen rechtsgeldige kwijting zou kunnen voldoen”. Maar zou dit gevolg, stel dat het intrad, onaannemelijk zijn? Wien zou het deren?

Doch zou inderdaad, indien een veroordeling ten gunste van een niet bestaanden eiser zou geschieden, deze nimmer ten uitvoer gelegd kunnen worden bij gemis aan een executant? Men neme nog eens¹⁰³) voor zich het geval van een voor de dagvaarding overleden natuurlijk persoon, die hierin als eiser wordt voorgesteld, waarna een toewijzend vonnis volgt, waarin, ter gedeeltelijke voldoening aan art. 59, 1° Rv., als eisende partij de overledene vermeld staat. Kan dit dan nimmer ten uitvoer worden gelegd, omdat deze vermelding dan slaat op een niet bestaanden persoon? Men behoeft slechts te denken aan art. 256, lid 1, Rv. in verband met art. 254, 1° Rv. om te begrijpen, dat de tenuitvoerlegging ervan wel denkbaar is (althans niet ondenkbaar wegens het niet bestaan van den in het vonnis genoemden eiser); en wel door den rechtsopvolger¹⁰⁴) van den overledene.

De beweegreden van den Nijmeegsen Kantonrechter hield dus geen steek;¹⁰⁵) en wanneer in een rechtbankzaak derhalve de nietigheid der dagvaarding wegens den dood voordien van den hierin vermelden eiser eerst bij dupliek wordt voorgedragen,

¹⁰¹) Zie van Brakel en Jonker, „Handboek voor het Kantongerecht”, herziene uitgave, blz. 32; Th. J. van der Heijden in „De rechtskundige adviseur”, 20^e jg. n° 9 (Februari 1952), blz. 7; H.R. 11 Maart 1920, N.J.1920, blz. 471, W. 10553 (met noot van Star Busmann in aansluiting op een bijdrage in W. 10508).

¹⁰²) Dat, voor zover hier ter zake dient, slechts de eerste en derde geledingen van art. 141 Rv. van „overeenkomstige toepassing” verklaart en dus lid 2 bepaald niet.

¹⁰³) Zie hierboven onder 2, e.

¹⁰⁴) Onder algemene titel in de eerste plaats: zie Star Busmann t.a.p. (in noot 26) n° 419; over den rechtsopvolger onder bijzonderen titel zie het overzicht van J. van Garderen in „Justitia”, 63^e jg. n° 6 (Januari 1953), blz. 86-87. Zie ook noten 26 en 65. Let ook nog op noot 25 in verband met het daarin genoemde arrest van 17 Juni 1966.

¹⁰⁵) Verschijnt niet namens den niet bestaanden eiser een of andere zich met een desbetreffende bewering opdoende persoon, doch de van zijn niet bestaan niet wetende en dus zich hierop niet beroepende gedaagde wel (verg. hierbij noot 73), dan kan deze een rechtstreekse (geen analogische;

geschiedt dit te laat en moet de daartoe strekkende exceptie als vervallen worden aangemerkt. Wat dan overigens evenmin erg is als wanneer na den dood van den eiser in den loop van het geding geen schorsing hiervan wordt betekend en dit gewoon wordt voortgezet; met name ook niet met het oog op bezwaren bij een latere tenuitvoerlegging.

Ook derhalve als de gedaagde op den eersten rechtsdag al wel weet heeft van den dood van den eiser voor de dagvaarding, is het voor hem toch zaak wel te verschijnen ¹⁰⁶⁾ (en te eer natuurlijk, als hij er niet van weet) en dan de nietigheid der dagvaarding bij antwoord voor te stellen; tenzij hij er de voorkeur aan geeft het aan te laten komen op zijn veroordeling na verstekverlening en vervolgens gebruikmaking van het rechtsmiddel van verzet. Niet ondenkbaar toch is, dat hij hier voor zich enig heil in ziet in verband met het „misbruik” ¹⁰⁷⁾ der uitschakeling van art. 94 Rv., dat de Hoge Raad alsdan nog steeds meent niet te mogen keren; ¹⁰⁸⁾ over de wijze van verzet behoeft waarschijnlijk bij den huidige stand der rechtspraak geen moeilijkheid te rijzen. ¹⁰⁹⁾

6. Is het verweer, dat de eisende partij niet bestaat, inderdaad een exceptie van nietigheid van dagvaarding, dan geldt hiervoor ook art. 94 Rv.; ¹¹⁰⁾ als dan de gedaagde op de dagvaarding verschijnt en de nietigheid van het exploit inroept, kan de rechter het verweer verwerpen, wanneer hij bevindt, dat de gedaagde door het euvel niet is benadeeld en aldus geen belang heeft zich van een beroep er op te bedienen; bij welke gelegenheid de rechter desgeraden de verbetering der onregelmatigheid ten koste van den aanlegger kan bevelen. Misschien zal hij moeilijk tot zulk een verwerping kunnen komen, als in de dagvaarding een niet bestaande, noch ook inmiddels ontstane ¹¹¹⁾ rechtspersoon is voorgesteld, maar dat hij er op doelmatige wijze toe overgaat in het geval van een voor de dagvaarding overleden natuurlijke persoon, lijkt wel denkbaar. ¹¹²⁾

verg. ook noot 72) toepassing vragen van art. 75 en aldus een kostentitel tegen den voorgestelden eiser krijgen, die de erven bindt; waarom zou het omgekeerde niet gelden?

¹⁰⁶⁾ Verg. hierboven onder 2, e.

¹⁰⁷⁾ Naar van Rossem's woord in zijn aant. 2 op art. 94; verg. ook den A. G. Loeff in N.J. 1955 op blz. 998.

¹⁰⁸⁾ Zie laatstelijk H.R. 1 April 1955, N.J. 1955 n^o 555, waartegen reeds meer dan 70 jaar geleden klemmend J. Roessing in W. 6426 (met daarna nog enige latere schrijvers en enkele lagere rechters).

¹⁰⁹⁾ Zie noot 25.

¹¹⁰⁾ Verg. hierbij ook nog noot 80.

¹¹¹⁾ Verg. hierboven onder 2, f.

¹¹²⁾ B.v. om in een geval als dat uit 1914, genoemd in noot 60, al dan niet met toepassing van art. 1855 B.W. (verg. noot 62), de dagvaarding door Voordeewind te verbeteren tot een door zijn erven.

7. Waar de rechter het verweer, dat de eiser niet bestaat, gegrond bevindt, ondervindt hij moeilijkheden met de kosten. Om het even of dit dan moet leiden tot nietigheid van dagvaarding of ontslag van instantie of afwijzing ten gronde, de vraag dringt zich dan op, of het zin heeft art. 56, 1^{en} zin, toe te passen: „Al wie bij vonnis in het ongelijk gesteld wordt, zal in de kosten verwezen worden”; ja, of het wel mogelijk is. Misschien nog wel ten laste van een voor de dagvaarding overleden eiser, in dier voege dat alsdan de kostenveroordeling een titel oplevert ten laste van zijn rechtsopvolger.¹¹³⁾ Doch een kostenverwijzing ten laste van een niet bestaanden rechtspersoon lijkt een slag in de lucht.

Moet dan de gedaagde er maar onder lijden, dat het een spook was, dat hem belaagde? Neen, is men op het eerste gezicht geneigd te antwoorden; en toch ligt dit ontkennend bescheid niet voor de hand, als men daar niet iets aan toe weet te voegen: op welken derde de kosten van den gedaagde dan wel moeten worden afgewenteld. Haardt, kostenautoriteit bij uitnemendheid, blijft hier met zijn handen in het haar zitten; hij meent,¹¹⁴⁾ dat men „op zijn hoogst van een analogische toepassing van art. 58 of art. 271 spreken” kan, maar toont zelf de zwakte hiervan aan. Aan den enen kant zegt hij wel te geloven, dat men zo „in elk geval” komt tot een „billijke oplossing”, maar aan den anderen kant laat hij toch ook merken, dat deze algemeen klinkende uitlating met een hartig hapje zout moet worden genoten. Want moet men in het procesrecht toch al steeds voorzichtig zijn met de analogie,¹¹⁵⁾ een analogische toepassing van art. 58 Rv. is te gevaarlijker, omdat de rechtswaarde van deze bepaling naar veler mening zeker niet in allen dele boven iedere verdenking verheven is.¹¹⁶⁾ De rechter waagt het er intussen wel eens op naar dit redmiddel te grijpen ter belasting van een procureur,¹¹⁷⁾ die de hand in het spel van

¹¹³⁾ Let op noot 104.

¹¹⁴⁾ Zie de aanhaling uit zijn boek in noot 98 betreffende een „pseudovertegenwoordiger”; maar uit het verband met zijn blz. 73 en 84 blijkt wel, dat hij zijn woorden op blz. 88 ook betrokken wenst te zien op gevallen van niet bestaande personen, ofschoon wat hij zegt op zijn blz. 85-86 dienaangaande toch ook wel enigen twijfel kan wekken.

Halkema („De procespartij in het burgerlijk geding”, Prf. Leiden 1936), meende dat, als de procureur wist van het eerdere overlijden ten dage der dagvaarding, art. 58 Rv. toepasselijk was; wist hij het niet, dan kwam ook hij, gelijk hierboven in den tekst, tot de slotsom, dat de kosten moeten worden gelaten waar zij gevallen zijn, al vond hij het „onbevredigend” (blz. 7; naar aanleiding van Rb. Utrecht 2 Juni 1932, N.J. 1934, blz. 126, W. 12574).

¹¹⁵⁾ Zie hierboven onder 3 bij de noten 75-79.

¹¹⁶⁾ Zie Haardt t.a.p. (in noot 13), blz. 78; soms werkte zij „bepaald onbillijk” (blz. 76).

¹¹⁷⁾ Verg. Rb. Amsterdam 27 Januari 1925, W. 11375 („dat, nu niet is gebleken, dat eischeres een rechtsgeldig bestaan heeft, slechts de procureur van eischeres in de kosten kan worden veroordeeld”); Rb. Amsterdam

den niet bestaanden eiser heeft gehad; intussen kan dit, wel verre van billijk, zo treffend onbillijk zijn, dat diezelfde rechter er een wenk tot doorberekening aan toevoegt.¹¹⁸⁾ Vaak tast de rechter dan ook nog wat verder terug en belast met de kosten van den gedaagde hen, die den stoot tot den ingestelden eis hebben gegeven; bij name of anderszins.¹¹⁹⁾ De Haagse Rechtbank redde zich in haar vonnis van 15 December 1948¹²⁰⁾ uit de door haar gevoelde verlegenheid¹²¹⁾ door de kosten te brengen ten laste van enige wel bestaande mede-eisers; in het gegeven geval misschien niet geheel onaannemelijk, maar toch wel een ietwat bedenkelijke noodsprong.

Overziet men dit een en ander, dan stelt men zich van zelf de vraag, of het, als de rechter beslist heeft, dat de eisende partij niet bestaat, toch niet aanvaardbaarder moet worden geacht de kosten in het nietigheidsvonnis te laten waar zij gevallen zijn; gelijk dit wel eens vaker moet.¹²²⁾ Dit kan dan onaangenaam zijn voor den gedaagde, die het er niet op aan kan laten komen zich zijn kosten te besparen door zonder meer weg te blijven;¹²³⁾ maar het leven

20 December 1938, N.J. 1939 n° 906 (zie hierover ook de bovenstaande noten 2, 67 en 85; zij veroordeelde den opgetreden procureur in de kosten, omdat hij „geacht moet worden zich in zijne bediening te buiten te zijn gegaan”); Rb. Breda 7 November 1939, N.J. 1940 n° 324 („dat Mr. J. B. G. M. Peters te Tilburg, die ter vertegenwoordiging eener niet bestaande stichting in rechten is opgetreden, in de kosten der wederpartij behoort te worden veroordeeld”; maar waarom „behoorde” dit zo?).

¹¹⁸⁾ Nadat het Amsterdamse Hof op 1 December 1954 had beslist, dat de advocaat en procureur, die voor de niet bestaande eiseres was opgetreden, in de kosten moest worden veroordeeld, voegde het hieraan toe, dat „het daarbij op den weg ligt van dengeen of degenen, die opdracht gaven tot het voeren van het proces, zelf deze kosten te dragen”: N.J. 1955 n° 446. Verg. hierbij ook Haardt t.a.p. (in noot 13), blz. 86, over het Arnhemse geval, hierboven besproken in noot 13.

¹¹⁹⁾ Zie rechtspraak bij Haardt t.a.p. (in noot 13), blz. 86; met ook nog Rb. Rotterdam 22 December 1924, W. 11364. En zie ook hierbeneden noot 197.

¹²⁰⁾ N.J. 1949 n° 11; verg. mede hierboven de noten 3 en 59.

¹²¹⁾ „Overwegende dat een veroordeling van een niet bestaande partij in de kosten niet mogelijk is.”

¹²²⁾ Zie Haardt, t.a.p. (in noot 13), blz. 25 en 60: „Het gebeurt wel eens, dat de rechter in eerste instantie een foutieve beslissing neemt, welke door geen van beide partijen is voorgesteld, uitgelokt of vooraf bestreden; b.v. als hij zich ten onrechte ambtshalve onbevoegd verklaart, of als hij ten onrechte den eischer ambtshalve in zijn vordering niet ontvankelijk acht. Een der partijen gaat dan in appel en de andere sluit zich bij diens standpunt aan, b.v. door ook zijnerzijds te appelleren. De appelrechter corrigeert dan de foutieve beslissing en aangezien het appel aan geen van beide partijen was te wijten, compenseert hij, als hij een eindbeslissing geeft, de kosten. Er is wel eens bepleit in zulke gevallen de kosten ten laste van den Staat te brengen, maar daartoe geeft onze wet geen mogelijkheid”. Er is dan geen compensatiegrond aanwezig en dies voelt Haardt het meest voor „een formulering in dien zin, dat de rechter zich onthoudt van een uitspraak over de kosten”, waarmee hetzelfde wordt bereikt. Iets dergelijks staat hij voor in sommige referte-gevallen.

¹²³⁾ Zie hierboven onder 2, e.

in maatschappelijk verband levert aan den enen kant met betrekking tot proceskosten nu eenmaal wel meer enig risico op,¹²⁴⁾ terwijl aan den anderen kant dit rechterlijk aflaten geen afbreuk doet aan de mogelijkheid van een zelfstandige vordering tot schadevergoeding ter zake van onrechtmatige daad, wanneer hiervoor, let men op den achtergrond van de spookpartij, tegen dezen of genen een goede reden is krachtens art. 1401 B.W.¹²⁵⁾.

Wellicht gingen de gedachten van den Nijmeegsen Kantonrechter in zijn reeds meer genoemd vonnis van 23 Juli 1937¹²⁶⁾ ook in de richting van een wezenlijke onthouding van kostenveroordeling, toen hij hierin besloot met: „Compenseren de kosten des dat iedere al dan niet bestaande partij haar eigen kosten drage”.¹²⁷⁾

Ook niet bestaande gedaagden hebben wel eens kostenmoeilijkheden gebaard; dit moge hier even worden aangestipt, doch verder ter zijde worden gelaten.

8. Tot zover over den niet bestaanden eiser in een dagvaarding; thans over den gedaagde, die niet bestaat. Allicht, denkt men, verschijnt er dan ook geen gedaagde; hoewel dit toch met enige voorzichtigheid moet worden gezegd, want spoken en schimmen dagen nu eenmaal soms op verrassende wijze op. Straks daarom hierover nog nader.¹²⁸⁾

De eiser zal dan wel verstekverlening vragen; en daar het zeer goed denkbaar is, dat de rechter, staande voor de vraag, of hij tot inwilliging van dit verzoek over moet gaan, niet anders kan doen dan aannemen, dat „de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht genomen zijn” (zie art. 76 Rv.),¹²⁹⁾ zal zij licht volgen.

¹²⁴⁾ Dat ook de winnende partij met kosten kan blijven zitten, is vaker opgemerkt en wordt niet steeds als in beginsel onjuist afgewezen: zie Haardt, t.a.p. (in noot 13), blz. 99–100 en 207. Zie ook R.M.Th. 1964, blz. 241.

¹²⁵⁾ Desgelijks R.M.Th. 1964, blz. 241–242; Haardt, t.a.p. (in noot 13), blz. 115; Drion-Bloembergen, „Onrechtmatige daad” II n° 149.

In zijn proefschrift („Schadevergoeding bij onrechtmatige daad”, Prf. Utrecht 1965, blz. 219) zondert Bloembergen van dit verhaal de kosten, die onder art. 56 Rv. vallen, uit: „Het is strijdig met die regeling om bij onrechtmatige daad proceskosten als onderdeel van de schadevergoeding in aanmerking te nemen”. Waarom zou het dit eigenlijk zijn, als men met de tegenwoordig bovendienzende mening aanneemt, dat art. 56 Rv. buiten art. 1401 B.W. staat (verg. Haardt, t.z.p., blz. 14–17; Star Busmann, t.a.p. (in noot 26) n° 402)?

¹²⁶⁾ N.J. 1938 n° 1109; zie de noten 3 en 58 en hierboven onder 5 met verderop nog onder 11; voorts over Rb. Utrecht 2 Juni 1932, N.J. 1934, blz. 126, W. 12574 nog noot 114.

¹²⁷⁾ Ietwat gewrongen was het compensatieberoep wel; in conventie was de gedaagde in geen enkel opzicht verliezende partij noch in reconventie de winnende. Er viel dus noch in conventie, noch in reconventie iets te compenseren, terwijl compensatie van conventionele kosten met reconventionele geen pas geeft: zie Haardt, t.a.p. (in noot 13), blz. 126–127; Hugenholtz, „Over reconventie”, 2^e druk, blz. 25.

¹²⁸⁾ Onder 9; hierboven werd er reeds op gezinspeeld onder 2, c.

¹²⁹⁾ Als de eiser op zijn tellen heeft gepast, speurt hij uit de dagvaarding,

Al zijn enige mogelijkheden, die tot een anderen keer leiden, niet uitgesloten; ook hierover aanstonds nader.¹³⁰⁾ Na de verstekverlening zal de eiser wel toewijzing van zijn vordering vragen; de rechter ziet zich haar door de wet voorgeschreven, tenzij de „conclusiën van den eischer” hem „onrechtmatig of ongegrond voorkomen”.¹³¹⁾ Dit kan onder meer het geval zijn, doordat de rechter na de verstekverlening iets van het gebrek te horen heeft gekregen. Over de manier waarop dit kan, dadelijk nader. Volgt een toewijzing, dan blijft het daarna afwachten, of de eiser hier iets aan heeft; maar of dit wel of niet zo is, doet in dit voorspel niet ter zake.¹³²⁾

Hoe dan kan de rechter voor zijn beslissing op de vordering tot verstekverlening of tussen die verstekverlening en zijn uitspraak op de vordering van den eiser tot toewijzing bemerken, dat de gedaagde niet bestaat; en wat staat hem dan te doen?

Hij kan het bemerken door een, misschien onberaden, uitlating van den eiser zelf; een Amsterdams Kantongerechtsvonnis van 30 Juli 1935 geeft hiervan een voorbeeld.¹³³⁾ In de toen berechte zaak had een eiser gedagvaard „D. Feller”, maar „ten dienenden dage” verscheen er niemand als gedaagde. Hierop begon de eiser zich ertoe te beperken „rectificatie van den naam van gedaagde” te verzoeken „in dier voege, dat in plaats van D. Feller” zou worden gelezen „P. Feller”. Dit verzoek deed den Kantonrechter de oren

die hem ten toets door den eiser wordt overgelegd, zonder meer het niet bestaan van den gedaagde niet.

¹³⁰⁾ Zie verder onder 8, alsmede onder 9.

¹³¹⁾ De rechter gaat hiertoe na, of hij soms moet aannemen, dat het gevorderde niet voortvloeit uit de rechtens aangevoerde of anderszins vaststaande feiten, rechten of rechtsverhoudingen, dan wel er bij het enkele zwijgen van den gedaagde toch aanleiding is de juistheid dier gegevens, gelet op de omstandigheden van het geding, desondanks in twijfel te stellen: R.M.Th. 1939, blz. 59; „De Practijkids” 1965 n° 11 (n°s 4 en 7 onder K. Beetsterzwaag 28 September 1965 n° 239).

¹³²⁾ Het is best mogelijk, dat de eiser aan de toewijzing niets heeft, maar dat hij het wel heeft, is er geen voorwaarde voor. Verg. ook hierboven onder 5 en verder nog in den van Ovenbundel (zie in noot 52) op blz. 90. B.v.: voldoening aan een veroordeling tot betaling van een geldsom blijft uit en er valt bij gebreke aan enig vermogensvoorwerp, waarop zij door de wet verhaalbaar wordt gesteld (als regel wegens art. 1177 B.W. het vermogen van den schuldenaar; soms vermogensbestanddelen van derden; verg. „Zeerecht”, 4^e druk, blz. 112 en 225), niets te beslaan; of er wordt wel iets beslagen, maar op het verzet van den eigenaar wordt het beslag opgeheven. Zoals de Haagse Rechtbank dit beval op 4 Juni 1925; schoon dit vonnis niet in stand bleef, doordat alsnog werd uitgemaakt, dat de oorspronkelijke veroordeling zich niet had gericht tegen een niet bestaande naamloze vennootschap, maar tegen een firma, waarvan de zich verzettende en wel bestaande partij deel uitmaakte: H.R. 4 Juni 1926, N.J. 1926, blz. 1053, W. 11519. Verg. hierbij ook Veegens, N.J. 1948, blz. 870, 1^e kolom, regels 14-1 v.o. (regels 19-17 v.o. berustten op een misverstand; zie i.p.v. blz. 206 blz. 210); en in zijn „Cassatie”, blz. 180.

¹³³⁾ N.J. 1937 n° 461.

spitsen; dit, terwijl hij om een andere, hier overigens niet ter zake doende, reden toch al wat wantrouwig stond tegenover de uitgebrachte dagvaarding.¹³⁴⁾ Uit het hem gedane verzoek meende hij af te moeten leiden, dat zij was uitgebracht aan „een verkeerde of niet bestaande persoon”; hij verklaarde hierom de dagvaarding nietig en tot een verstekverlening kwam het daardoor niet.

Enige jaren eerder had de Amsterdamse Rechtbank ook de dagvaarding, die aan een niet bestaanden gedaagde was uitgebracht, nietig verklaard;¹³⁵⁾ terecht. Want wel kan het naamsvereiste uit art. 5, lid 1, 2° Rv. een iets andere, meer bepalende, strekking hebben aangaande den gedaagde,¹³⁶⁾ welke dat uit art. 5, lid 1, 1° Rv. niet heeft, maar juist hier kan men deze mogelijkheid uitschakelen, omdat (de instelling ener formele partij daargelaten)¹³⁷⁾ een bepaling niet kan geschieden door het noemen van een niet bestaanden persoon. En er is dus geen reden hier anders te oordelen dan met betrekking tot den niet bestaanden eiser.¹³⁸⁾

Van het niet bestaan van den gedaagde kan de rechter ook op de hoogte komen door een uitlating van een derde. Hierbij moet men onderscheiden tussen de gevallen, waarin de derde reeds op een of andere manier in het geding betrokken is geworden, en die, waarin hij dit nog niet is.

Een voorbeeld van de eerste vindt men in de zaak, door den Hogen Raad berecht op 23 Maart 1888¹³⁹⁾ en waarover van Rossem niet slechts zich als schrijver heeft uitgelaten,¹⁴⁰⁾ maar waarin hij zelf partij is geweest. Hij had zekeren Breeman gedagvaard tot het afleggen van rekening en verantwoording en de erven van zekeren Bodaan diens veroordeling hiertoe te gehengen en te gedogen. In eersten aanleg en in hoger beroep werd hem zijn vordering toegewezen, waarna de erven Bodaan hem met Breeman dagvaardden tot cassatie. Intussen was Breeman voor de cassatiedagvaarding overleden, wat de Hoge Raad wel gehoord zal hebben van partij van Rossem, en verscheen, uiteraard, niet, waarna de

¹³⁴⁾ Ingevolge een beweerde woonplaatskeuze had de eiseres de dagvaarding doen uitbrengen „in haar eigen lokaliteiten” in Amsterdam; daarnaast had zij met een aangetekenden brief een afschrift ervan gestuurd aan „D. Feller te Oudkarspel”. De Kantonrechter nu gaf blijk te vrezen, dat hem met het onschuldig klinkende verzoek om „rectificatie” een valstrik gespannen werd; blijkens de slotwoorden van zijn vonnis heeft dit hem te ontvankelijker gemaakt voor zijn opvatting, dat de dagvaarding nietig moest worden verklaard.

¹³⁵⁾ Rb. Amsterdam 22 Februari 1926, N.J. 1926, blz. 1323, W. 11627 (met een kleine verbetering in W. 11633, blz. 8).

¹³⁶⁾ Zie R.M.Th. 1939, blz. 396.

¹³⁷⁾ Verg. onder 4 bij noot 90.

¹³⁸⁾ Zie onder 3.

¹³⁹⁾ W. 5540.

¹⁴⁰⁾ In den 3^{en} druk van zijn „Burgerlijke rechtsvordering” in zijn aant. 2 op de artt. 75 en 76.

erven Bodaan vroegen verstek tegen hem te verlenen. De Hoge Raad gaf daarop te kennen, dat zijns inziens de erven Breeman hadden moeten worden opgeroepen,¹⁴¹⁾ en weigerde. De Hoge Raad moet dus hebben aangenomen, dat er met de dagvaarding iets niet in in orde was,¹⁴²⁾ en haar deswege nietig hebben geacht, al sprak hij dit niet onomwonden uit.¹⁴³⁾

Als een derde, die nog niet in het geding is, het niet bestaan van den gedaagde te berde wil brengen, zal hij zich af moeten vragen, of hij zich hiertoe kan voegen of tussenkomen op de wijze, die ten behoeve van een derde aangegeven staat in de artt. 285–287 Rv.; en dit wordt niet anders, wanneer hij als procureur staat ingeschreven. Dit moge hier reeds worden aangestipt om een reden, waarover straks nog nader;¹⁴⁴⁾ thans eerst enige woorden over deze voegings- en tussenkomstmogelijkheden, die den enigen regelmatigigen weg vormen,¹⁴⁵⁾ waarlangs een derde in een dagvaardings-geding binnen kan dringen.

Stel dus eens, dat er een niet bestaande partij is gedagvaard en dat er een buitenstaander is, die, om welke reden dan ook, dat niet bestaan tegen den eiser aan wil voeren en overweegt hiertoe op een rechtsdag uit art. 286 Rv. een conclusie te nemen met een vordering zich te mogen voegen of tussenkomen, zal hij dan tot een doelmatige oplossing kunnen komen? ¹⁴⁶⁾

¹⁴¹⁾ Of deze opvatting geheel en al strookte met die, waarop Veegens de aandacht heeft gevestigd in zijn noot 2 onder H.R. 17 Juni 1966, N.J. 1966 n° 374 (verg. hierboven noot 25)?

¹⁴²⁾ Zie de artt. 76 en 92 Rv.; want als hij, in de lijn van zijn arrest van 12 November 1936 (zie hierboven onder 3), zou hebben geoordeeld, dat de dagvaarding niet nietig was, nu Breeman was genoemd, maar het cassatieberoep te zijnen aanzien niet ontvankelijk was, had hij moeten beginnen het gevraagde verstek te verlenen, al had dan na deze verlening het cassatieberoep afgewezen hebben kunnen worden.

¹⁴³⁾ Hij hulde zich ietwat in nevelen, maar liet ten slotte het cassatieberoep mislukken wegens de aangenomen ontvankelijkheid van een „exceptio plurium litis consortium”, welke waarschijnlijk in later jaren niet aanvaard zou zijn; verg. van Ovenbundel, t.a.p. (in noot 52), blz. 96–103. Verg. hierbij ook nog onder 10, b.

¹⁴⁴⁾ Zie de beslissingen in de noten 153 en 173, waarover nader onder 9.

¹⁴⁵⁾ Als een procureur zich met zoveel woorden stelt voor een anderen persoon dan den opgeroepene, ligt het op den weg van den eiser verstekverlening te vragen tegen den niet verschenen gedaagde; zie N.J.B. 1949, blz. 285. Verg. hierbij nog Rb. Amsterdam 22 Februari 1926, N.J. 1926, blz. 1323, W. 11627 (met kleine verbetering in W. 11633, blz. 8).

¹⁴⁶⁾ Twee struikelblokjes, die hij wellicht ook nog opmerkt, doch vermoedelijk wel vrij onschadelijk zal achten, en die hierom verder veronachtzaamd mogen worden, mogen voor de volledigheid hiernaast nog even worden aangestipt: a. Valt hij onder „een ieder” uit art. 285 Rv.? Een bevestigend antwoord is aanvaardbaar; de uitdrukking is hier de keerzijde van „andere partijen” en vereist dus enkel, dat de rechtsingang door de dagvaarding hem nog niet in het geding heeft betrokken (verg. mijn noot 3 op blz. 420 in van Rossem's „Burgerlijke rechtsvordering” I, 3^e druk, waarbij nog Hof den Haag 25 Juni 1934, N.J. 1934, blz. 1533), wat in het onderstelde feitelijke geheel inderdaad nog niet geschied is.

De eerste denkbaarheid zal hij dan toch waarschijnlijk wel al gauw afwijzen, als hij zich te binnen brengt, dat reeds lang de leer bovendienrijft, dat voeging de ondersteuning betekent van een der gedingvoerende partijen.¹⁴⁷⁾ Tot bijval immers jegens den eiser wil hij zijn conclusie juist niet laten strekken; integendeel. Tot bijval dan soms jegens den niet bestaanden gedaagde, die geen mond open heeft gedaan, noch ook zijns eigenen inziens heeft kunnen doen? Onmogelijk, lijkt het; maar dan is ook een conclusie tot voeging uitgesloten. Tenzij men zich op het standpunt stelt, dat verstekverlening tegen een niet verschenen gedaagde toelating tot voeging naast zulk een opgeroepene toch niet behoeft te verhinderen,¹⁴⁸⁾ en het durft bestaan vervolgens deze lijn door te trekken¹⁴⁹⁾ naar het geval van den niet bestaanden gedaagde.¹⁵⁰⁾

Geen voeging dus; tussenkost dan? De opduikende partij moet dan iets kunnen vorderen ter zelfstandige rechtshandhaving.¹⁵¹⁾ Als het niet bestaan van den gedaagde meebrengt, dat een omstrede recht haar toekomt, zal zulks wel eens mogelijk zijn,¹⁵²⁾ maar of het ook mogelijk zou zijn geweest in het geval uit het

b. Is er bereids „een rechtsgeding, hangende tusschen andere partijen” (meervoud)? Maar zou een ontkenning hiervan geen spijkers zoeken zijn op laag water, nu, al gaat de derde dan uit van het niet bestaan van den gedaagde en dus slechts van een partij, de rechtsingang is geschied bij een dagvaarding met een tweepartijenuiterlijk?

¹⁴⁷⁾ Zie mijn aant. 1 op art. 285 in van Rossem's „Burgerlijke rechtsvordering” I, 3^e druk; voorts ook Star Busmann t.a.p. (in noot 26) n^{os} 129 en 335; van den Dungen, „Burgerlijke rechtsvordering”, blz. 615-619; Coops t.a.p. (in noot 34), blz. 142.

¹⁴⁸⁾ Met van Boneval Faure t.a.p. (in noot 34) III, 3^e druk, blz. 66-67; van den Dungen t.a.p. (in noot 147), blz. 61; anders Rb. Utrecht 2 Juni 1948, N.J. 1949 n^o 491. De Utrechtse Rechtbank staaft haar mening enkel met een „uit den aard der zaak” en dit zal de medestanders van Faure wel niet overtuigen van hun ongelijk; maar begrijpelijk is haar standpunt toch wel, daar de niet verschenen gedaagde niet heeft geconcludeerd en dus nog geen zienswijze heeft voorgedragen, waarmee bijval betuigd kan worden. Al licht men met dit bezwaar wel eens de hand; zie mijn aant. 1 op art. 285 ter plaatse, genoemd in noot 147, a.h.e..

¹⁴⁹⁾ Een verder doortrekken blijft, met alle zwakte van dien, dan toch wel nodig, want er blijft een bijzonderheid; de toewijzing tegen den bestaanden, maar niet verschenen gedaagde betekent de bepaling van een rechtsbetrekking, welke die tegen een niet bestaande partij niet kan inhouden (verg. hierboven onder 3 over art. 5, 3^o Rv.).

¹⁵⁰⁾ Neemt men aan, dat een bij een gedaagde gevoegde partij, „al staat het aan deze vrij zelfstandig verweer te voeren, daarbij niet met vrucht beroep kan doen op middelen, die niet ook aan (den gedaagde) zouden toekomen” (zie H.R. 24 Juni 1938, N.J. 1939 n^o 297, met noot van Meijers), dan is het te lastiger zich voor te stellen, hoe voeging bij den gedaagde ter schraging van diens niet bestaan mogelijk is; want juist op het punt van de mogelijkheid van verweer lopen de partijposities uiteen.

¹⁵¹⁾ Zie mijn aant. 1 op art. 285, genoemd in noot 147, alwaar verdere gegevens.

¹⁵²⁾ B.v. ter erkenning en handhaving van een hypothecaire vordering, welke bij wel bestaan van den gedaagde dezen zou toekomen, doch bij diens niet bestaan den eiser tot toelating tot tussenkost; verg. het geval

vonnis van de Amsterdamse Rechtbank van 8 Februari 1918,¹⁵³) waarover straks nog iets meer,¹⁵⁴) is de vraag; er is hiervan te weinig gepubliceerd.

Afgescheiden hiervan blijft er dan nog een moeilijkheid, die voortvloeit uit de uitlegging, welke tot dusver door den Hogen Raad pleegt¹⁵⁵) te worden gegeven aan het vereiste van het „belang”, dat de tussenkomen partij moet hebben volgens art. 285 Rv. Voor toelating tot tussenkomen vergt hij, dat het optreden van de van buiten opdoemende partij strekt tot voorkoming van „benadeling van de rechten of de rechtspositie van den verzoeker zelf”;¹⁵⁶) de beslissing in het met de dagvaarding opgezette geding moet volgens hem een weerslag betekenen op de rechtspositie van den incidentelen eiser zelf. De algemene vraag, in hoever zich zulks voor kan doen, is een veelsoortige, welke hier onmogelijk in haar volle uitgestrektheid in beschouwing kan worden genomen;¹⁵⁷) maar zeker is wel, dat het veelal niet mogelijk is zulk een weerslag te stellen ten aanzien van dien eiser en dat dus het door den Hogen Raad nodig geachte „belang” doorgaans afwezig zal zijn. Hetgeen er op neerkomt, dat de weg langs de artt. 285–287 Rv. voor den derde naar den huidige stand der rechtspraak doorgaans afgesloten zal zijn.¹⁵⁸)

9. En zo kan men enig begrip krijgen voor het optreden van den Amsterdamsen procureur Rosenboom, dat leidde tot het zoëven genoemde rechtbankvonnis van 8 Februari 1918,¹⁵⁹) hoe wonderlijk het op het eerste gezicht ook moge schijnen.¹⁶⁰)

Er was een naamloze vennootschap gedagvaard, die niet veruit H.R. 17 Februari 1961, N.J. 1961 n° 315. Of b.v. als door den dood van een vroegeren vruchtgebruiker de blote eigendom tot een onbezwaarden is aangegroeid (art. 854 B.W.).

¹⁵³) N.J. 1919, blz. 124 (verg. hierboven noot 19).

¹⁵⁴) Onder 9.

¹⁵⁵) Zie Veegens: „Constante rechtspraak van den H.R.” (N.J. 1959, blz. 188); verg. hierbij ook van den Dungen t.a.p. (in noot 147), blz. 615–619.

¹⁵⁶) Zie laatstelijk H.R. 3 Mei 1957, N.J. 1959 n° 62, met belangrijke noot van Veegens. In de met dit arrest berechte zaak ging het over een vordering tot voeging, doch men pleegt het gelijkelijk te betrekken op de tussenkomen (verg. ook de voorafgaande conclusie van den A. G. s' Jacob en Veegens' noot).

¹⁵⁷) Zie hierover thans voornamelijk K. Wiersma t.a.p. (in noot 49), blz. 130–213.

¹⁵⁸) Men kan natuurlijk blijven hopen, dat de Hoge Raad nog eens naar zijn bestrijders, genoemd door den A. G. s' Jacob (N.J. 1959, blz. 187; en waarbij zich ook Veegens heeft gevoegd: N.J. 1959, blz. 188), gaat overhellen, maar dan nog is niet zeker, dat dit zo geschiedt, dat een opduikende partij al voldoende belang geacht wordt te hebben, wanneer dit in niet meer bestaat dan de mogelijkheid tot betwisting van het bestaan van den gedaagde. Een voorzichtig advocaat zal dus huiverig zijn hem voldoende geplaveid en begaanbaar te oordelen en zijn cliënt te raden er mee in te stemmen, dat hij hem gaat bewandelen.

¹⁵⁹) Zie noot 153.

¹⁶⁰) Verg. onder 2, c, a.h.e. (bij noot 19).

scheen; waarna de eiseres vroeg verstek tegen haar te verlenen. Hierop kwam Rosenboom naar voren en zei „zich alsnog voor gedaagde procureur te stellen met bewering tevens in de dingtalen, onder meer, dat de partij, namens welke hij het verstek had gezuiverd, niet (bestond)”. Zo staat het er; maar kan dan een natuurlijke persoon als procureur, dus als een vertegenwoordiger, verschijnen voor een partij, waarvan hij tegelijkertijd zelf beweert dat zij niet bestaat? Dit is toch wel erg vreemd; of de gedaagde partij bestaat en kan dan verschijnen (zelf of bij gemachtigde¹⁶¹) of, waar dit is voorgeschreven, bij procureur of advocaat; of zij bestaat niet, maar dan kan zij ook niet verschijnen.¹⁶²) Rosenboom's opmerking kwam dus neer op een onbegrijpelijke tegenspraak in zich zelf.

Hoe hij er toe kwam, onthult het gewezen vonnis enigermate; ¹⁶³) in zover dat de eiseres staande hield, dat de gedaagde wel bestond en er ergens over werd gekibbeld.¹⁶⁴) Een bestaansbetwister, mag men gissen, heeft zich daarop tot Rosenboom gewend voor de behartiging van zijn belangen en deze heeft zich er toen het hoofd over gebroken, hoe hij kon bewerken, dat het standpunt van zijn cliënt door den rechter zou kunnen worden vernomen en beoordeeld. Mogelijk was er geen medepartij om er zich op te verlaten, terwijl van den eiser niet kon worden verwacht, dat hij eigener beweging zijn eigen ruiten in ging gooien; en als nu Rosenboom al te veel bezwaren heeft gezien in het betreden van den weg uit de artt. 285–287 Rv. door hem zelf of zijn cliënt, is dit blijkens het zoëven opgemerkte¹⁶⁵) wel begrijpelijk. En misschien heeft hij daarop iets tot zich zelf gezegd in dezen trant: „Ik zeg mij te stellen voor de opgeroepen partij, waarvan ik nochtans het bestaan ontken; het is onzinnig, maar het zal in de rechtzaal gerucht maken; de rechter kan dan aan het al dan niet bestaan van gedaagde aandacht gaan schenken; hij kan in mijn optreden aanleiding vinden den

¹⁶¹) Zie art. 99 Rv.; zie voorts ook nog R.M.Th. 1940, blz. 5.

¹⁶²) Verg. hierboven noten 3, 4 en 73. Toen dan ook iemand zich had gesteld als gemachtigde voor een niet bestaande partij, nam de Amsterdamse Kantonrechter op 12 Juli 1934 aan, dat dit een ijdel gebaar was (W. 12794).

¹⁶³) Een naamloze vennootschap met gelijke benaming als de gedaagde was indertijd in staat van faillissement verklaard. Dit faillissement was op 1 Februari 1916 geëindigd door het verbindend worden van de slotuitdelingslijst en „dus”, zei de Rechtbank, had zij sinds dien dag opgehouden te bestaan, zodat zij niet meer bestond, toen zij op 22 Januari 1917 werd gedagvaard. Over dit „dus” behoeft na 1929 niet meer te worden nagekaart; het zou thans zeker aanvechtbaar zijn: zie E. J. J. van der Heijden, „Handboek voor de naamloze vennootschap”, 7^e druk, bewerkt door W. C. L. van der Grinten, n^o 397. Zie ook H.R. 11 Maart 1966, N.J. 1966 n^o 330 (2^e middel). Doch dit verder ter zijde.

¹⁶⁴) De bijzonderheden van deze onenigheid blijken niet uit wat gepubliceerd is; met deze vage uitlating moge derhalve hier worden volstaan.

¹⁶⁵) Onder 8.

eiser om nadere inlichtingen te vragen ¹⁶⁶) en uit de hierdoor verder ter tafel gekomen feiten, met inachtneming van art. 48 of art. 76 Rv. of beide, zijn gevolgtrekking maken ten nadele van den eiser (of ten nadele van mij zelf met terzijdestelling van de geuite bestaansontkenning)".

Wat hiervan ook zij, hij boekte met zijn optreden deze voor zijn cliënt waarschijnlijk gunstige uitkomst, dat de Rechtbank de eiseres in haar vordering niet ontvankelijk verklaarde.¹⁶⁷)

Misschien heeft dit een Middelburgsen procureur op 15 Mei 1930 tot navolging verlokt. Den 5^{en} October 1927 leende Bron van Thomas de Keijzer f 5.000,—; deze lening werd in een notariële acte geboekstaafd. Den 12^{en} Mei 1929 overleed deze ¹⁶⁸) de Keijzer. Den 1^{en} Mei 1930 deed een deurwaarder namens de Keijzer bevel tot terugbetaling; toen deze uitbleef, legde hij ten verzoeke van de Keijzer den 5^{en} Mei 1930 executoriaal beslag op enige aan Bron toebehorende onroerende goederen. Bron dagvaardde daarop „Thomas de Keijzer” in kort geding ¹⁶⁹) voor den President van de Rechtbank in Middelburg tot opheffing der gelegde beslagen. Hierop verscheen een „procureur X”, die hetzelfde deed als de procureur Rosenboom in 1938: hij stelde zich procureur voor „Thomas de Keijzer” en betoogde meteen, dat Bron „een reeds lang overleden persoon” had gedagvaard, die ten dage der dagvaarding dus al lang niet meer bestond, zodat Bron in zijn vordering niet ontvankelijk moest worden verklaard. Hiermee stemde de President in,¹⁷⁰) waarop Bron hoger beroep instelde bij het Haagse Hof. Hierop verscheen ten dienenden dage niemand als verweerder; ¹⁷¹) hetgeen Bron aanleiding gaf te vorderen, dat

¹⁶⁶) Het stuk speelt voor de inwerkingtreding van art. 19a Rv. door de wet van 5 Mei 1923, Stb. 189, op 25 Mei 1923; doch ook voordien werd veelal aangenomen wegens het toen vervallen art. 49 Rv., dat de rechter nadere inlichtingen mocht vragen aan een verschenen partij; zie nog de historische aantekeningen van van Rossem t.a.p. (in noot 140) op blz. 95–97 en Star Busmann t.a.p. (in noot 26) n^o 289.

De rechter zal niet kunnen zeggen, dat hij zich wegens zijn lijdelijkheid verder moet onthouden; een beginsel van lijdelijkheid immers kent het Nederlandse burgerlijke procesrecht niet: van Ovenbundel (in noot 52), blz. 84 (verg. ook mijn „Zeerecht”, 4^e druk, blz. 456).

¹⁶⁷) Verkeerd in zover, dat, nu de Rechtbank aannam, dat de gedaagde niet bestond, zij de dagvaarding nietig had moeten verklaren (zie hierboven onder 8); doch dit thans ter zijde.

¹⁶⁸) Uit het later in dezen gewezen Haagse arrest (zie noot 173) blijkt nog van enige verwarring tussen „Thomas” en „Thomas Ambrosius” de Keijzer, doch het Haagse Hof nam aan, dat laatstgenoemde met Thomas „vermoedelijk te vereenzelvigen was”; in bovenstaande feitelijke weergeving moge deswege dezelfde vereenzelviging worden aangenomen.

¹⁶⁹) Deze bijzonderheid moge hier worden verwaarloosd; al had zij misschien nog een rol kunnen spelen (zie noot 176).

¹⁷⁰) De President stelde zich dus op hetzelfde standpunt als de Amsterdamse Rechtbank in 1918.

¹⁷¹) Zou de Keijzer's raadsman gedacht hebben: „Het Hof heeft geen

verstek zou worden verleend tegen den niet verschenen de Keijzer. Deze verstekverlening volgde inderdaad; ¹⁷²⁾ waarna het Hof, door Bron aangezocht om recht te doen op de stukken, overwoog, ¹⁷³⁾ dat X zich in den eersten aanleg niet voor de Keijzer procureur had mogen stellen, omdat deze „reeds lang voor het uitbrengen der dagvaarding was overleden”, en hij „dezen doode niet had mogen laten spreken, nog minder de vordering laten tegenspreken; en de President, aan wien dat overlijden door den procureur was medegedeeld, op die stem geen acht had mogen slaan, maar de vordering als onweersproken had moeten toewijzen”. De afloop van deze zaak werd hierdoor een geheel andere dan die van het geding uit 1918; de beslagen werden diensvolgens opgeheven met veroordeling van X „persoonlijk en uit eigen beurze in de kosten van het zoo in eersten aanleg als in hooger beroep gevoerde geding”; en wel omdat X „zich in zijn bediening te buiten was gegaan”.¹⁷⁴⁾

Blijkens zijn arrest heeft voor het Hof mede gewogen, dat het onjuist was om Bron „er een verwijt van te maken, dat hij een overleden persoon had doen dagvaarden, omdat er voor hem geen andere mogelijkheid bestond om langs den weg van rechte van de op zijn onroerende goederen gelegde, voor hem hinderlijke beslagen te worden bevrijd”. Wie echter aanneemt, dat men niet iemand kan dagvaarden, die niemand is,¹⁷⁵⁾ kan dit niet onderschrijven. Er bestond bovendien zeer wel een andere mogelijkheid voor Bron om van de voor hem hinderlijke beslagen te worden bevrijd, wanneer zij ten onrechte gelegd waren; Bron had zich, al naar gelang der omstandigheden, tegen den deurwaarder kunnen keren of tegen diens opdrachtgever of opdrachtgevers of tegen beiden of allen.¹⁷⁶⁾

herhaling van mijn betoog nodig, want het merkt het niet bestaan van de Keijzer vanzelf uit de stukken; laat ik mij dus nu verder maar stil houden”?

¹⁷²⁾ Wat niet had gemoeten; zie hierboven onder 8. Doch dit ter zijde.

¹⁷³⁾ Hof den Haag 30 Juni 1930, N.J. 1930, blz. 1496, W. 12417.

¹⁷⁴⁾ Over deze merkwaardige zaak zie ook Haardt t.a.p. (in noot 13), blz. 85, die voor deze kostenveroordeling nog wel enig begrip heeft, omdat de procureur zich „maar van tevoren van het in leven zijn van den door hem vertegenwoordigde had moeten overtuigen”. Maar had X op dit punt enig verzuim begaan? Hij wist wel, dat de Keijzer bereids op 12 Mei 1929 was overleden, en had het niet nodig nog eens navraag te doen, of deze misschien in Mei 1930 soms toch nog leefde. Als X zich „te buiten is gegaan”, dan alleen in zover, dat hij het verweer ter zake van de Keijzer's dood verkeerd naar voren had gebracht; maar was er, met het Amsterdamse voorbeeld voor ogen, veel reden hem er hard over te vallen? Had het Hof, zijn hoofdbeslissingen daargelaten, de kosten niet moeten laten, waar zij gevallen waren? Zie hierover hierboven onder 7.

¹⁷⁵⁾ Zie noten 4, 73, 105, 162.

¹⁷⁶⁾ Toen de deurwaarder bijna een jaar na de Keijzer's dood beslag legde in den vorm van art. 504 Rv. en dus onder meer zich af moest vragen, hoe „voornaam, naam en de woonplaats van den inbeslagnemer” luiden,

En om nu nog eens even te denken aan X, toen deze van den erfgenaam of de erven van Thomas de Keijzer het verzoek kreeg hun belangen te behartigen, wat had deze volgens het Hof dan moeten doen? Verschijnen voor de Keijzer mocht hij niet; wegblijven zou tot toewijzing van Bron's vordering leiden; eigen voeging bij de Keijzer was niet mogelijk; een vordering tot tussenkomst was onvoorstelbaar. Met zijn vordering zou Bron in elk geval gewonnen spel hebben gehad; is dit aannemelijk? Als Bron een schim uit het dodenrijk mocht laten verschijnen, was het dan zoveel erger het spook zijn belager af te doen schrikken?

En zo van alle kanten bekeken lijkt het Haagse arrest geen instemming te verdienen.

10. In aansluiting op de tegenstelling in slotsom¹⁷⁷⁾ tussen enerzijds het Amsterdamse rechtbankvonnis van 22 Februari 1926¹⁷⁸⁾ en het Amsterdamse Kantongerechtsvonnis van 30 Juli 1935¹⁷⁹⁾ en anderzijds het Amsterdamse rechtbankvonnis van 8 Februari 1918¹⁸⁰⁾ nog twee opmerkingen:

a. Enige erfgenamen van een door hen onder voorrecht van boedelbeschrijving aanvaarde nalatenschap, die rekening en verantwoording wensten af te leggen, riepen hiertoe voor de Maastrichtse Rechtbank op „alle zoo bekende als onbekende of afwezige belanghebbenden” bij de desbetreffende erfenis; zoals deze collectieve dagvaarding mogelijk wordt gemaakt in art. 784 Rv.¹⁸¹⁾ De Rechtbank had hiertoe op hun verzoek eerst den daarin bedoelden dagvaardingstermijn bepaald met, ter voldoening

moet hij, gelet op den kleinen Zeeuws-Vlaamsen kring, waarin het treurspel opgevoerd werd, haast wel van het overlijden geweten hebben; en dus van de omstandigheid, dat hij beslag legde ten beweerden verzoeken van een niet (meer) bestaanden persoon; net als zijn mogelijke opdrachtgever. Was dit geen onrechtmatige daad, waarop Bron een eis tot bevordering van of medewerking aan doorhaling kon bouwen (verg. Drion-Bloembergen, „Onrechtmatige daad”, II, blz. 125 n° 183)?

Ook in kort geding? Er is misschien enige twijfel mogelijk (verg. Meijers, „Het kort geding”, blz. 151-156); maar ook dan bleef de weg naar den gewonen rechter open. Bron vorderde primair (en het was deze eis, die toegewezen werd) „opheffing van de gelegde beslagen”; uit de tegenstelling tot den subsidiairen eis, die slechts strekte tot „staking der executie”, blijkt, dat hij primair meer vorderde en wel een constitutieve uitspraak van den rechter, welke deze inderdaad gaf met machtiging op den hypotheekbewaarder tot doorhaling. Gebruikmaking hiervan maakte een verder doen van de veroordeelde partij onnodig; haar niet bestaan deerde dan niet meer. Had het Hof naar Meijers' wenk gehandeld (t.z.p., blz. 156) en de opheffing van het beslag „gelast”, dan had het niet bestaan wel kunnen hinderen, want wien had Bron dan de desbetreffende handeling af moeten dwingen?

¹⁷⁷⁾ Zie hierboven onder 8 en 9.

¹⁷⁸⁾ Zie noot 135.

¹⁷⁹⁾ Zie noot 133.

¹⁸⁰⁾ Zie noot 167.

¹⁸¹⁾ Zie „Advocatenblad” 1953, 33^e jg. nos 3 en 5, blz. 46 en 100.

aan art. 786 Rv., den last „de bekende belanghebbenden op te roepen bij circulaire brieven door middel der griffie”; de verzoekers hadden diensvolgens, gelijk dit hun stond voorgeschreven, de griffie een lijstje met namen en woonplaatsen verstrekt, waarop onder meer vier rechtspersonen vermeld stonden, die achteraf bleken niet te bestaan. Dit nam niet weg, dat voor drie ervan zich een procureur stelde, die zeide zich te refereren, en voor de vierde nog een andere, die een omstandig betoog hield, dat hier verder niet ter zake doet. Ten aanzien van de drie zei de Rechtbank¹⁸²⁾ in haar overwegingen, dat zij „niet als belanghebbenden bij de rekening konden worden toegelaten”, ten opzichte van de vierde, dat deze „niet als rechthebbende tot de nalatenschap kon worden erkend”. Tot welke in het dictum opgenomen beslissing dit haar heeft geleid, blijkt niet uit wat van het vonnis is gepubliceerd; misschien hadden de dagvaarding en der teruggewezen vier nietig moeten worden verklaard.¹⁸³⁾ De kosten van de drie werden gebracht „ten laste van de massa”, die van de vierde van enige „met name genoemde bestuursleden, die opdracht tot het voeren van het geding hadden gegeven”; of de Rechtbank ze niet had moeten laten waar ze gevallen waren?¹⁸⁴⁾

b. Een mogelijke gelegenheid om zich, duidelijker dan in 1888,¹⁸⁵⁾ over het geval van een niet bestaanden gedaagde uit te spreken heeft de Hoge Raad op 18 Januari 1952¹⁸⁶⁾ gemist, toen hij te doen had met een geval, waarin in hoger beroep was gebleken, dat de gedaagde reeds enige jaren voor de dagvaarding in eersten aanleg overleden was; een bepaling uit een gelegenheidswetje¹⁸⁷⁾ heeft hem toen dwars gezeten.

¹⁸²⁾ Rb. Maastricht 6 December 1923, N.J. 1924, blz. 959, W. 11148.

¹⁸³⁾ Zie noot 167.

¹⁸⁴⁾ Verg. hierboven onder 7. Over kosten in zaken van niet bestaande gedaagden zie ook nog onder 9.

¹⁸⁵⁾ Zie noot 139.

¹⁸⁶⁾ N.J. 1952 n° 94.

¹⁸⁷⁾ T.w. art. 9 van de wet van 2 Juni 1949, Stb. 227, houdende voorzieningen betreffende het opmaken van acten van overlijden van vermisten: „Handelingen, verricht door een vertegenwoordiger, wiens hoedanigheid afhankelijk is van het in leven zijn van een vermiste, kunnen niet worden aangetaast uit hoofde van het feit, dat na de handeling gebleken is, dat de vermiste ten tijde van de handeling reeds was overleden”. Toen de vermiste de Groot op 30 September 1948 gedagvaard werd, stelde zich voor hem een procureur; later bleek, dat de Groot reeds 31 Mei 1945 was overleden in het beruchte concentratiekamp bij Bergen-Belsen. Art. 9 nu maakte, meende de Hoge Raad, het in eersten aanleg gevoerde geding „rechtsgeldig ten name van de overledene” met „rechtsgeldig tegen diens rechtverkrijgenden”. Was het geding dan anders niet „rechtsgeldig” geweest; dus nietig? Met inbegrip van de dagvaarding, die er den rechtsingang van vormde? Het klinkt wel een beetje zo; maar mag men den Hogen Raad dit toedichten?

De A. G. Eggens noemde de stelling, dat een „dagvaarding van een persoon, die niet of niet meer bestaat” tot niet-ontvankelijkheid moet

11. Tot zover dan over den rechtsingang door een dagvaarding.

In de Nijmeegse zaak uit 1937¹⁸⁸⁾ had de gedaagde niet slechts zich verweerd met de ontkenning van het bestaan van de eiseres, maar tevens een reconventionele vordering ingesteld (al blijkt niet waartoe, noch ook precies hoe¹⁸⁹⁾). Hij had, oordeelde de Kantonrechter daarop, „onjuist gehandeld door een reconventionele vordering in te stellen tegen een niet bestaande wederpartij, op wier niet bestaan hijzelf zich heeft beroepen”. Dit bracht den Kantonrechter ertoe den reconventionelen eiser „niet ontvankelijk in zijn vordering tegen een niet bestaande wederpartij” te verklaren. Men kan hiermee vrede hebben,¹⁹⁰⁾ nu de rechtsingang bij een enkele conclusie en zonder dagvaarding geschiedde en geen beslissing als in conventie¹⁹¹⁾ toeliet; ¹⁹²⁾ mits men maar niet uit de woordkeus van de afwijzing opmaakt, dat een bewering van niet bestaan geen exceptie zou zijn.¹⁹³⁾

Evenzeer als doorgaans de reconventionele vordering wordt ingesteld bij een enkele conclusie, geschiedt dit met een vordering tot toelating tot voeging of tussenkomst uit art. 285 Rv.

leiden, „in haar algemeenheid onjuist”, doch werkte deze opmerking niet verder uit; alleen stipte hij aan, dat de Rechtbank, toen zij vonniste, de Groot niet als overleden kon aanmerken, maar slechts als afwezig, welke opmerking intussen langs zijn ontkenning heenging en niet nader deed blijken, in hoever de door hem in haar algemeenheid afgewezen stelling zijns inziens soms wel, soms niet aanvaardbaar was.

¹⁸⁸⁾ Zie noot 58.

¹⁸⁹⁾ Mogelijk mondeling, zoals dit in een kantongerechtsgeding kan en ook destijds reeds kon. Wellicht is zij voorwaardelijk ingesteld geweest, hetgeen ook gekund zou hebben: van Brakel en Jonker, „Handboek voor het Kantongerecht”, blz. 45. Zie ook noot 192.

¹⁹⁰⁾ Als Hugenholtz, „Over reconventie”, 2^e druk, blz. 35.

¹⁹¹⁾ Zie onder 3 bij noot 58.

¹⁹²⁾ Dat een reconventionele vordering wordt ingesteld bij een dagvaarding, is niet geheel ondenkbaar, al was het in dezen kennelijk niet gebeurd (verg. hierbij echter ook noot 189); met name niet, wanneer zij na veroordeling van den conventionelen gedaagde bij verstek wordt opgenomen in het exploit van verzet. Zij behoeft intussen voor haar ontvankelijkheid niet hierin te worden opgenomen, want zij is geen „middel” in den zin van art. 83 Rv., maar kan ook worden ingesteld bij een tegelijk met de conclusie van eis in verzet genomen conclusie. Anders echter Hugenholtz t.a.p. (in noot 190), blz. 39-40; K. den Haag 29 October 1856, W. 1825; Rb. Rotterdam 29 Augustus 1945, N.J. 1946 n^o 506. De Rotterdamse Rechtbank, door Hugenholtz bijgevalen, meende, dat haar standpunt strookte „met de strekking van de dagvaarding in verzet, waaruit gedaagde geopposeerde moet kunnen nagaan, wat tegen het verstekvonnis zal worden ingebracht”; de reconventionele vordering evenwel bestaat niet bij wege van blootlegging van wat tegen de conventionele vordering wordt ingebracht, doch is zelfstandig (zie hiervoor Hugenholtz t.z.p.), blz. 1-3 en 25).

Als regel (schoon dus niet geheel, dan toch bijna zonder uitzondering) geschiedt de instelling van den reconventionelen eis bij enkele conclusie; verg. ook formulier 93 op blz. 79 van van den Honert's „Formulierboek” (zie noot 35).

¹⁹³⁾ Verg. noten 52, 53, 80 en 198.

art. 286 Rv.);¹⁹⁴⁾ in de hiertoe strekkende conclusie moeten voornaam, naam en woonplaats „van dengene, door wien de vordering geschiedt”, worden opgenomen (art. 287 Rv), en wel „op straffe van nietigheid”; en dit wordt van zelf een onmogelijkheid, wanneer een conclusie met zulk een strekking wordt aangeboden namens een niet bestaande partij. Toen dan ook in een executie-geschil, dat hier verder niet ter zake doet, namens een stichting¹⁹⁵⁾ een procureur opdook met een incidentele conclusie tot toelating als tussenkomen de partij en de Rechtbank bevond, dat zij niet bestond, mislukte zijn poging tot inmenging; de Rechtbank gaf toen op 3 Juni 1954 haar beslissing in dezen vorm, dat zij de stichting in haar vordering niet ontvankelijk verklaarde, en het Arnhemse Hof, evenzeer aannemende, zij het op andere gronden, dat de stichting niet bestond, bekrachtigde haar vonnis den 20^{en} Juni 1956¹⁹⁶⁾ in denzelfden vorm; met veroordeling van zekeren Pieter Bastiaan ter Laag, die den opgetreden procureur tot zijn stap had gebracht, in de kosten.¹⁹⁷⁾ Of op deze wijze voldoende eer werd bewezen aan de bedreiging „op straffe van nietigheid” uit art. 287 Rv., is de vraag; doch deze vraag lijkt hier van geen belang te zijn geweest.¹⁹⁸⁾ Zij had echter misschien van enig belang kunnen zijn geweest, wanneer de bestaansontkenning eerst was geuit na een conclusie van antwoord op den toelatingseis, hetgeen mogelijk zou zijn geweest.¹⁹⁹⁾

12. De rechtsingang door indiening van een verzoekschrift namens een niet bestaanden verzoeker moet wel met een weigering worden beantwoord; „l'existence” „du demandeur” „est une condition de validité de l'instance” schrijven in Frankrijk zonder meer Cornu en Foyer,²⁰⁰⁾ en voor Nederland zal men hun dit wel na mogen zeggen, al heb ik er hier niets bijzonders over gevonden.

¹⁹⁴⁾ Verg. formulieren 109 en 110 in van den Honert's „Formulierboek”, t.a.p. (in noot 35), blz. 90-91.

¹⁹⁵⁾ Deze stichting heeft nogal wat processueel stof doen opwaaien; men zie Hof Arnhem 8 Juni 1955, N.J. 1955 n° 763; H.R. 2 Maart 1956, N.J. 1956 n° 199, en 17 Februari 1961, N.J. 1961 n° 315 (met noot van L. E. H. Rutten).

¹⁹⁶⁾ Niet gepubliceerd; het Arnhemse arrest komt enige keren ter sprake in H.R. 17 Februari 1961 (zie vorige noot). Door bemiddeling van Mrs C. D. van Boeschoten uit den Haag en J. G. de Vries Robbé uit Arnhem kreeg ik een afschrift ervan ter inzage, waarvoor ik hun hier mijn dank uitspreek.

¹⁹⁷⁾ Verg. hierbij noot 119.

¹⁹⁸⁾ Verg. hierbij noot 193.

¹⁹⁹⁾ Zie art. 247 Rv. i.v.m. art. 141 Rv.. Zij wordt in art. 287 tot een exceptie gestempeld, al is zij dan geen exceptie van nietigheid van dagvaarding.

²⁰⁰⁾ Cornu en Foyer, „Procédure civile”, blz. 380; dat zij hiermee ook den enkelen verzoeker bedoelen, blijkt uit het feit, dat zij hiermee een „règle générale” beogen weer te geven voor een bijzonder geval.

13. Wat, wanneer een rechtsingang geschiedt door een rechterlijke verwijzing en de rechter, door welke begrijpelijke oorzaak ook, hierin een niet bestaande partij heeft aangewezen? Stel b.v. dat een niet bestaande stichting bij een of anderen beweerden vertegenwoordiger als schuldeiseres in een faillissement is opgekomen en de curator de verificatie der te berde gebrachte inschuld heeft betwist, waarna verwijzing naar de zitting is gevolgd krachtens art. 122 F.W. Tweeërlei is hierbij denkbaar: de betwisting is ter verificatievergadering toegelicht met een beroep op het niet bestaan of het hierop gegronde verweer volgt eerst bij antwoord. Dat dit laatste geoorloofd zou zijn, heeft de Roermondse Rechtbank op 6 Maart 1924 ontkend,²⁰¹⁾ maar het is niet duidelijk waarom het niet zou mogen, nu in het algemeen de curator zijn betwisting ter verificatievergadering niet met redenen behoeft te omkleden.²⁰²⁾

Hoe het precies is toegegaan in de zaak, door het Haagse Hof berecht op 30 November 1908,²⁰³⁾ is niet duidelijk, maar let men er op, dat de vordering van de als schuldeiseres opgekomen „N.V. Boeloengan” door de Rechtbank klaarblijkelijk was „ontzegd” om redenen buiten de vraag naar haar al dan niet bestaan om, dan is het waarschijnlijk, dat zij niet ter sprake was gekomen op de verificatievergadering; eerst door het incidentele beroep van den curator kwam zij omstandig aan de orde. Met als gevolg een dictum, waarin het Hof „den persoon of de personen, die namens de niet bestaande N.V. Boeloengan de vordering hebben gedaan, niet ontvankelijk in die vordering” verklaarde. Woorden als „nietigheid” of „nietig” kwamen het Hof niet over de lippen; waarschijnlijk ²⁰⁴⁾ dus heeft het in het bij het incidentele beroep voorgedragen verweer geen exceptie in den zin van art. 141 Rv. gezien, doch een verweer ten principale. Doch het besefte, dat de aanvaarding van het hier gevoerde verweer toch niet kon leiden tot een afwijzing, gericht tegen de niet bestaande „Boeloengan” zelf, bij gemis aan een noodwendig steunpunt voor de betrekking, welke dan jegens den curator in het arrest slechts in schijn zou

²⁰¹⁾ N.J. 1924, blz. 403.

²⁰²⁾ Zie M. Polak's „Handboek voor het Nederlandse handels- en faillissementsrecht” I, 2, 6^e druk, bewerkt door N. J. Polak, blz. 241; Molengraaff's „De faillissementswet verklaard”, 4^e druk, bewerkt door C. W. Star Busmann, blz. 429-431; en aldaar vermelde bijna eenstemmige rechtspraak.

²⁰³⁾ W. 8820.

²⁰⁴⁾ Al hangt de kenschetsing van den aard van een verweer niet af van een woord, maar van de werkelijke bedoeling van den rechter (verg. ook Star Busmann t.a.p. (in noot 26) n^os 227 en 238; zie ook R.M.Th. 1939, blz. 397 en 515), bij de vaststelling van die bedoeling zal toch wel in belangrijke mate op het gebezigde woord mogen worden gelet; zij het dan ook, dat de wetgever hier den rechter wel eens wonderlijk is voorgegaan (verg. Star Busmann t.z.p. n^o 231).

zijn neergelegd.²⁰⁵⁾ Dit besef had dan echter de gedachte aan een exceptie tot nietigheid van den rechtsingang, t.w. de rechterlijke verwijzing,²⁰⁶⁾ levendig moeten houden.²⁰⁷⁾ Wat hiervan zij, wonderlijk was het de vordering niet ontvankelijk te zien verklaren jegens personen, die bepaald niet in het geding waren (buiten een bepaling in den trant van art. 58 Rv. om).

Of heeft het Hof gedacht aldus de neteligheid ener denkbare tardiviteit te ontlopen? ²⁰⁸⁾ Zou dan niet, als het Hof met een „te laat” in dezen het incidentele beroep van de tafel had gestreken, de bestaansvraag middellijk toch weer zijn opgedoken bij de behandeling ten gronde van het verwezen verificatiegeschil, zodat de eliminering der exceptie geen behandelingsnadeel te weeg zou hebben gebracht?

14. Niet volslagen onvoorstelbaar, doch wel hoogst onwaarschijnlijk, is, dat de ietwat Angelsaksisch aandoende²⁰⁹⁾ kennisgeving van een Kantongerechtsgriffier uit de artt. 125d en 125i Rv. en art. 138 der Pachtwet uitgaat van of naar een niet bestaande partij; de gelijkstelling met de dagvaarding moge dan de achterwegelating van afzonderlijke desbetreffende opmerkingen rechtvaardigen; en dit te eerder, nu in de rechtspraak, voor zover ik heb gezien, zich geen eigenaardige bestaansmoeilijkheden dien-aangaande nog hebben voorgedaan.

15. Ten slotte nog iets over het spiegelgeding. In de dagvaarding ter inleiding hiervan ligt het gestelde van het bestaan van de als

²⁰⁵⁾ Verg. hierbij het hierboven onder 3 over art. 5, 3^o Rv. opgemerkte.

²⁰⁶⁾ Niet natuurlijk van de dagvaarding, want er was in dezen geen dagvaarding uitgebracht voor den rechtsingang; maar deze onmogelijkheid schakelt de opvatting uit den tekst niet uit, want er zijn nu eenmaal meer soorten excepties; zie ook Star Busmann t.a.p. (in noot 26) n^{os} 211 en 227. Verg. hieromtrent ook het slot van de bespreking hierboven onder 3 van het daar genoemde rechtbankvonnis van 25 Juni 1943 (noot 70).

²⁰⁷⁾ De vraag zou zelfs opgeworpen kunnen worden, of de rechter-commissaris, die een ingediende vordering begroet ziet met de ontkenning van het bestaan van de indienende partij, wel tot verwijzing behoort over te gaan, wanneer hij haar juist acht; doch de ruime algemene omschrijving van het gebod uit art. 122 F.W. brengt mee, dat hij de verwijzing niet wegens deze zienswijze achterwege mag laten. Misschien kan hij wel in het niet bestaan in een sterk tot hem sprekend geval aanleiding vinden de behandeling van een nagekomen vordering uit art. 127 F.W. af te wijzen, nadat hiertegen bezwaar is gemaakt. Maar in dezen was (zie boven) het al dan niet bestaan op de verificatievergadering waarschijnlijk niet ter sprake gekomen.

²⁰⁸⁾ Verg. hierboven onder 5.

²⁰⁹⁾ In zover dat in het gemene Engelse procesrecht de zaak ook begint met een opgave door den eiser aan den rechter en dat daarna de Koningin een oproep laat uitgaan ter verschijning voor Haar rechtbank: zie Odgers' „Principles of pleading and practice”, 18^e druk, bewerkt door G. F. en B. A. Harwood, blz. 7-9, 42, 50-52.

eisende partij voorgestelde persoon uiteraard besloten.²¹⁰⁾ Mocht hierop een erkenning volgen, dan dient de rechter dat bestaan als vaststaand aan te nemen, zelfs wanneer hij hiervan in zijn binnenste niet overtuigd is; ²¹¹⁾ behoudens in een enkel uitzonderingsgeval, waartoe hier het zwijgen moge worden gedaan.²¹²⁾

Zulk een erkenning zal echter bij gemis aan een desbetreffende behoefte wel niet licht worden uitgesproken; eerder zal het bestaan niet of onvoldoende worden ontkend. Naar de bovendrijvende mening brengt dan art. 141 Rv. mee, dat ook in zulk een geval de rechter het bestaansfeit als vaststaand moet aannemen; ²¹³⁾ al wil men voor sommige, als dat van een familierechtelijke vordering, hieraan wel eens meer of minder tornen.²¹⁴⁾

En dus zou er weinig reden zijn voor een bijzondere opmerking over het niet bestaan van partijen in spiegelgedingen, ware het niet (en hiermee moge nog even terug worden gekomen op een hierboven gemaakte zinspelende op een mogelijke bijzondere opvatting van den Hogen Raad ²¹⁵⁾), dat de Hoge Raad op 30 Maart 1951 te hunnen opzichte enige onzekerheid heeft gewekt. In een op dien dag gewezen arrest sprak hij uit,²¹⁶⁾ dat de rechter een verklaring van schadeplechtigheid wegens onrechtmatigheid zonder vergoedingsvordering slechts kon uitspreken, wanneer de eiser er „belang” bij had, dat zij „reeds dadelijk” ²¹⁷⁾ werd gegeven; waaraan hij toevoegde: „dat de rechter op het aanwezig zijn van zodanig belang als een onmisbaar vereiste voor het bestaan van het recht op rechtsbescherming door rechtserkenning zonder meer, zelfs ambtshalve letten moet”,²¹⁸⁾ Het is hierbij in het duister gebleven, hoe deze ambtshalve rechtsplicht moet worden begrepen,²¹⁹⁾ doch niet geheel buitengesloten mag worden geacht, dat de Hoge Raad gedacht heeft aan een op den rechter rustende plicht zich steeds, ongeacht de houding van partijen, te vergewissen van de achterliggende feiten en omstandigheden, opdat hij onder

²¹⁰⁾ Misschien een enkelen keer zelfs nadrukkelijk uitgesproken, als het opgezette geding juist over dat bestaan gaat; verg. hierboven noot 5.

²¹¹⁾ Zie hierboven onder 2, d.

²¹²⁾ Verg. Asser-Anema-Verdam t.a.p. (in noot 21), blz. 402; Scheltema t.a.p. (in noot 21), blz. 22.

²¹³⁾ Zie Asser-Anema-Verdam t.a.p. (in noot 21), blz. 29-30.

²¹⁴⁾ Zie verder nog Scheltema t.a.p. (in noot 21), blz. 23-27; Haardt t.a.p. (in noot 21), blz. 63-64.

²¹⁵⁾ Zie hierboven onder 2, d, bij noot 22.

²¹⁶⁾ N.J. 1952 n° 29 (met noot van Ph. A. N. Houwing); zie ook nog R.M.Th. 1964, blz. 220-221; Drion-Bloembergen t.a.p. (in noot 125), blz. 136-1366.

²¹⁷⁾ Zie hierover nog R.M.Th. 1964, blz. 262-263; ook dit vereiste heeft iets onduidelijks, doch dit thans ter zijde.

²¹⁸⁾ Verg. hierover R.M.Th. 1964, blz. 263-266.

²¹⁹⁾ In de eerste plaats, doordat nog altijd tamelijk schemerig is gebleven, welk „belang” de Hoge Raad vergt voor de rechtsovername buiten de

meer die zaak van zijn rechterstoel wijst,²²⁰) die opgezet blijkt te zijn als een spiegelgeding tussen niet bestaande partijen of van een partij, welker bestaan betwist wordt, tegen een verzonnen gedaagde.²²¹) Zelf zou ik zulk een stelling zwak achten en trouwens maatschappelijk ook niet nastrevenswaard,²²²) maar blijkt uit toekomstige arresten, dat zij inderdaad de opvatting van den Hogen Raad weergeeft, dan kan het zijn, dat men met het oog hierop in de praktijk der rechtsbedeling niet slechts de mogelijkheid van een spiegelgeding de deur moet wijzen, maar ook het ervoor moet houden, dat de rechter in elk burgerlijk geding een eerste onderzoek moet instellen naar het al dan niet bestaan van partijen om, als een ervan hem voorkomt niet te bestaan, dit, in welken vorm dan ook, aan te merken als een verhindering de zaak verder te toetsen.

16. Om kort samen te vatten:

a. Het verweer van een gedaagde, dat de in de dagvaarding materieel als eiser voorgestelde persoon niet bestaat, is een exceptie van nietigheid van dagvaarding;²²³) het niet bestaan der enkel formele partij doet niet ter zake.²²⁴)

b. Als op het verweer van den gedaagde, dat de eiser niet bestaat, de dagvaarding deswege nietig wordt verklaard, blijven de kosten, waar zij gevallen zijn;²²⁵) zo ook die, wanneer een eiser een niet bestaanden gedaagde heeft opgeroepen.²²⁶)

uiteenlopende gevallen, waarin de wet het afzonderlijk vereist (verg. R.M.Th. 1964, blz. 222-229); en dus ook waarop hij vindt, dat de rechter ambtshalve letten moet. Ook het arrest van 11 Maart 1966 (N.J. 1966 n° 330; 4^e middel) heeft hieromtrent geen verheldering gebracht.

In de tweede plaats, doordat het kan zijn, dat de Hoge Raad met de aangehaalde woorden toch eigenlijk niet meer heeft bedoeld dan een vingerwijzing naar art. 48 Rv., zodat zij hiernaast niets bijzonders te betekenen hebben (verg. R.M.Th. 1964, blz. 264).

In de derde plaats, doordat, is deze lezing niet de juiste, gedacht kan worden aan een stelligrechtelijk aangenomen inbreuk op art. 1962 B.W. of, omgekeerd, aan de mogelijkheid, dat toch weer dit artikel zijnerzijds den stelligrechtelijk aangenomen onderzoeksplicht inkort (verg. R.M.Th. 1964 t.z.p.).

²²⁰) Dit is wat vaag gezegd, maar het is lastig te komen tot een puntiger toespitsing, nu de Hoge Raad zijn standpunt in zake het belangvereiste nog weinig klaar heeft blootgelegd (verg. R.M.Th. 1964, blz. 239, 245-247 en 266-272) en voorts in de rechtspraak het rechtsgevolg, dat aan een niet bestaan door den rechter moet worden verbonden, nog ietwat zweeft (verg. onder 3).

²²¹) Verg. noot 5. Als het partijbestaan zelf tot den inzet van het spiegelgeding wordt gemaakt, kan men door den opzet hiervan trachten andere processuele moeilijkheden te ontlopen.

²²²) Zie R.M.Th. 1964, blz. 266.

²²³) Zie onder 3, 5 en 6.

²²⁴) Zie onder 4.

²²⁵) Zie onder 7.

²²⁶) Zie onder 10.

c. Dagvaarding van een niet bestaanden gedaagde leidt, voor zover het gebrek blijkt, evenzeer tot nietigheid der dagvaarding.²²⁷⁾

d. Wil een derde (procureur of niet) in het geding opkomen ter betwisting van het bestaan van den opgeroepen gedaagde, dan moet hij trachten den weg uit artt. 285–287 Rv. te bewandelen, dien hij evenwel licht afgesloten zal vinden; is dit het geval, dan staat hij processueel machteloos.²²⁸⁾

e. Geschiedt een rechtsingang door een enkele conclusie en blijkt de concluderende of opgeroepen partij niet te bestaan, dan is haar optreden van onwaarde, al is er in dezen niets tegen dit tot uitdrukking te brengen door te reppen van nietontvankelijkheid; mits dit of een dergelijk woord niet wordt gebezigd om het exceptie-karakter van een hierop gericht verweer te ontkennen; ²²⁹⁾ soortgelijks moet worden geoordeeld bij andere rechtsingangen zonder dagvaarding.²³⁰⁾

f. De opzet van een spiegelgeding is stelligrechtelijk mogelijk in zover wegens art. 1962 B.W. of art. 141 Rv. de rechter het partijbestaan op de enkele erkenning of bij gemis aan behoorlijke ontkenning zonder meer aan dient te nemen; uitzonderingen op den regel, dat hij hiertoe verplicht is, zijn schaars en enigermate onzeker.²³¹⁾

²²⁷⁾ Zie onder 8 en 10.

²²⁸⁾ Zie onder 8 en 9.

²²⁹⁾ Zie onder 11.

²³⁰⁾ Zie onder 12, 13 en 14.

²³¹⁾ Zie onder 15.

