

# NIEUW CASSATIERECHT IN NEDERLAND (\*)

door

D. J. VEEGENS

Advocaat te 's-Gravenhage

## I. Historisch Overzicht

1. Na het herstel van de onafhankelijkheid en de vereniging van de Noordelijke en de Zuidelijke Nederlanden heeft de wetgevende macht uitvoering moeten geven aan de Grondwet van 1815, die de instelling van een opperste gerechtshof voorschreef. De bevoegdheid van dit college, de Hoge Raad der Nederlanden, werd in de wet op de rechterlijke organisatie van 18 april 1827, in vergelijking met die van zijn voorbeeld, de *Cour de cassation*, verruimd. Hij zou gerechtigd zijn de zaken zelf af te doen en alleen verplicht zijn tot verwijzing, indien in de vernietigde uitspraak een vormverzuim was begaan of de beslissing van de rechtsvraag een nader onderzoek naar de feiten nodig maakte (1). De lagere rechter was in die gevallen aan de beslissing van de Hoge Raad gebonden (2). Aan de toenmalige voorkeur van de Belgische kamerleden voor de Franse instellingen werd tegemoetgekomen door de bestaande procesgang te behouden: aanhangig maken van het beroep door een verzoekschrift en voorafgaande toetsing door een rekestkamer.

2. Bij de herzieningswet van 28 april 1835 is deze rekestkamer weer verdwenen (3). De Franse procedure, waarin memories werden gewisseld en een behandeling ter openbare terechtzitting volgde, bleef echter behouden tot de wet van 26 juni 1876. Minister van Lynden van Sandenburg, die deze wet tot stand heeft weten

---

(\*) De heer A. De Vreese, raadsheer in het hof van cassatie, was zo bereidwillig in enkele voetnoten de vergelijking met het Belgisch cassatierecht toe te lichten.

(1) In België is het hof van cassatie van de verplichting van verwijzing enkel ontslagen, indien na cassatie niets meer ten gronde te vonnissen valt, bv. in geval van cassatie omdat het feit door de strafwet niet is voorzien (art. 429, *in fine*, S.v.) of in geval van doving van de publieke vordering wegens verjaring.

(2) In België is, zoals bekend, de lagere rechter door de beslissing van het hof slechts gebonden na tweede cassatie (door de verenigde kamers) op grond van hetzelfde middel (art. 2 van de wet van 7 juli 1865).

(3) In België schafte artikel 1 van het Besluit van de Souvereine Prins van 15 maart 1815 de rekestkamer af. Een poging om ze terug in te voeren werd, bij de bespreking van de wet van 4 augustus 1832, met 36 stemmen tegen 36 en één onthouding, verworpen.

te brengen, was terecht van oordeel, dat dit stelsel door de afschaffing van de rekestkamer zijn zin had verloren. De procedure in cassatie kon eenvoudig met een dagvaarding aanvangen. De voornaamste leemten, waarin de wet van 1876 overigens heeft voorzien, waren de mogelijkheid van incidenteel cassatieberoep (1), de verplichting tot zekerheidstelling voor de proceskosten en de rechtspleging in zaken van vrijwillige jurisdictie.

3. Deze wijzigingen zijn niet voldoende gebleken om de regeling van de cassatierechtspraak op de hoogte van de tijd te houden. Voor de tweede wereldoorlog zijn alle plannen tot herziening van de rechterlijke organisatie of de procesgang in Nederland mislukt. Laatstelijk trof dit lot het in 1920 ingediende ontwerp van de Staatscommissie-Gratama, dat een algemene procesherziening beoogde en sterk was beïnvloed door het Oostenrijkse en in mindere mate door het Engelse en Duitse procesrecht. Ten gevolge van dit immobilisme van de wetgever was de Hoge Raad zich in de loop der jaren steeds meer vrijheden gaan veroorloven met verouderde competentie- en procedurevoorschriften. Deze toestand behoefde dringend verbetering.

4. De stoot tot een nieuwe regeling is gegeven door een Commissie Dorhout Mees, die in september 1947 door Minister van Maarseveen is ingesteld. Zij heeft reeds in april 1948 haar rapport, inhoudende richtlijnen voor de herziening van de civiele procedure en de rechterlijke organisatie, ingediend. Haar denkbeelden waren zeer radicaal: samensmelting van kantongerecht en rechtbank, opdracht van praktisch de gehele rechtspraak in eerste aanleg aan een *unus iudex* en afschaffing van het hoger beroep, gepaard gaande met verruiming van de cassatie.

5. Het belangrijkste voorstel in dit laatste opzicht was, dat ieder vonnis *redelijk gemotiveerd* zou moeten zijn. Dit hield in, dat de beslissing niet alleen zou moeten voldoen aan de daaraan door de rede te stellen eisen, maar ook in overeenstemming zou moeten zijn met de redelijkheid. Een wettelijk voorschrift van deze strekking zou de cassatierechter in staat stellen vrijwel iedere beslissing van de rechter in eerste aanleg aan rede en redelijkheid te toetsen. Als voorbeelden noemde het rapport beslissingen over buitenlands recht, geschreven volkenrecht en internationaal privaatrecht, maar ook de uitlegging van overeenkomsten en zelfs het al of niet bewezen zijn van bepaalde feiten. De verdere ontwikkeling van deze mogelijkheden zou aan de jurisprudentie moeten worden overgelaten.

6. De denkbeelden van de Commissie-Dorhout Mees zijn van verschillende zijden scherp gekritiseerd en hebben niet tot

---

(1) De incidentele cassatie is in België onbekend. Elke partij moet desgevallend hoofdzakelijk cassatieberoep instellen.

indiening van een wetsvoorstel geleid. De Hoge Raad heeft aan de Minister van Justitie Wijers bericht, dat hij — afgezien van andere bezwaren — de voorstellen betreffende de cassatierechtspraak wegens de vage omschrijving van zijn bevoegdheid niet geschikt achtte om te worden ingevoerd. Het College was echter met de Commissie overtuigd van de wenselijkheid van verruiming van de cassatiegronden en herziening van een aantal processuele bepalingen. Het advies eindigde dus met de toezegging aan de Regering binnen afzienbare tijd een ontwerp van een nieuwe regeling te doen toekomen.

7. Het wetsontwerp, dat in februari 1951 door Minister Struycken is ingediend (1), volgt het voorstel van de Hoge Raad bijna geheel. Na een lang gerekte parlementaire behandeling, waarin het voorstel vijf kabinetten en zes Ministers van Justitie heeft overleefd, heeft het met niet onbelangrijke wijzigingen als de wet van 20 juni 1963 het Staatsblad (2) bereikt en is met ingang van 24 juli 1963 in werking getreden.

## II. Verhouding tot het nieuw Burgerlijk Wetboek

8. De oorsprong en de eerste vormgeving van het nieuwe Nederlandse cassatierecht liggen in een tijd, toen het werk aan het nieuwe B.W. nog in het voorbereidende stadium verkeerde. Weliswaar was de opdracht van de Koningin aan prof. Meijers in april 1947 gegeven, maar de discussies in de Tweede Kamer over de vraagpunten zijn eerst in de zitting 1952/53 aangevangen. De eerste vier boeken van het ontwerp, van de hand van prof. Meijers, zijn in april 1954 gepubliceerd. Terwijl de wijziging van de cassatieprocedure haar moeizame weg vervolgde, is de vernieuwing van het burgerlijk recht geleidelijk op streek gekomen.

9. Deze gang van zaken zal niet bevorderlijk zijn voor de harmonie tussen het materiële en het formele recht. De nieuwe regeling van het cassatieproces staat nog geheel onder de invloed van de zeer vrije wetshantering, waartoe de Hoge Raad is moeten overgaan door het gedurig voortschrijdende verouderingsproces van ons Burgerlijk Wetboek. Wij hebben zijn honderdste verjaardag nog gevierd met een gedenkboek, maar de honderdvijfentwintigste is onopgemerkt voorbijgegaan. Telkens weer worden in de arresten van ons hoogste rechtscollege algemene rechtsbeginselen en ongeschreven rechtsregels te hulp geroepen om tot een aanvaardbare beslissing van het concrete geschil te komen.

---

(1) Bijlagen Handelingen Tweede Kamer nr. 2079.

(2) nr. 272.

10. Thans zijn, zoals wij zien zullen, taak en bevoegdheid van de Nederlandse cassatierechter belangrijk verruimd. Met het inspielen van de nieuwe regels zal geruime tijd gemoeid zijn. Dit zal in de eerstkomende jaren geschieden onder de gelding van het oude materiële recht.

Op een gegeven oogenblik zal het nieuwe B.W. voltooid zijn. Indien men in aanmerking neemt, dat van de negen boeken tot dusver twee het Staatsblad hebben bereikt, vier zijn gepubliceerd en zich in verschillende stadia van voorbereiding bevinden en drie binnenskamers in bewerking zijn, schijnt het een optimistische schatting, dat het nog tien jaar zal duren alvorens het geheel in werking zal zijn getreden.

Dan wordt een teruggaande beweging ingezet van de slinger, die voortdurend heen en weer gaat tussen vrijheid en gebondenheid van de rechter. Rechtsvinding zal tientallen jaren weer synoniem worden met wetsuitlegging naar woorden, stelsel en wordings-geschiedenis, voor zover het wetboek zelf geen ruimte laat door vaag geformuleerde regels of verwijzingen naar redelijkheid en billijkheid. De passiviteit van de wetgever, die ons eerst de noodzakelijke hervorming van het procesrecht aan de top van de rechterlijke hiërarchie te lang heeft onthouden en haar daarna te elfder ure heeft totstandgebracht, zal in de toekomst de overgang naar het nieuwe burgerlijke recht, die een volledige omschakeling van de rechts-toepasser eist, niet vergemakkelijken.

### III. Gronden van cassatie

11. Het rechtsmiddel van cassatie, zoals het historisch is gegroeid, kan niet worden gebracht onder één noemer, het verzekeren van een uniforme rechtstoepassing, maar vervult verschillende functies. Het oude art. 99 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie kende drie gronden van cassatie, te weten verzuim van vormen voorgeschreven op straffe van nietigheid, schending of verkeerde toepassing van de wet en overschrijding van rechtsmacht.

#### § 1. Eerste grond van cassatie : vormverzuim

12. De eerste grond onderscheidt zich van de beide andere, doordat de cassatierechter hier niet optreedt tot handhaving van de rechtseenheid, maar uitsluitend ter verzekering van een nauwgezette naleving van de wet. Indien de rechter, die over de feiten heeft geoordeeld, uitspraak doet bij beschikking in raadkamer gegeven in plaats van bij vonnis uitgesproken ter openbare terechtzitting, zal dit in de overgrote meerderheid van de gevallen aan

een onwillekeurig verzuim en slechts bij uitzondering aan een onjuiste wetsuitlegging zijn toe te schrijven. Deze nauwkeurighedscontrole speelt een grote rol in de cassatierechtspraak in strafzaken.

13. De omschrijving van deze eerste cassatiegrond in de nieuwe wet luidt als volgt : „wegens verzuim van vormen voor zover de niet-inachtneming daarvan uitdrukkelijk met nietigheid is bedreigd of zodanige nietigheid voortvloeit uit de aard van de niet in acht genomen vorm”. Het tweede gedeelte van deze omschrijving is in onze wet nieuw. De nietigheid wegens schending van substantiële vormen werd reeds onder de oude wet door de Hoge Raad regelmatig aangenomen.

14. In België is de substantiële nietigheid reeds in art. 17 van de wet van 4 augustus 1832, gehandhaafd in art. 20 van de wet op de bevoegdheid, gelijk gesteld met de formele nietigheid (1). Vermoedelijk steunen zowel de Nederlandse rechtspraak als de Belgische wettelijke regeling op een stukje gemeenschappelijke rechtsgeschiedenis, de beraadslagingen over het oude Wetboek van Strafvordering in 1829 en 1830 (2).

15. Als voorbeeld van een vorm, die tot het wezen van het geding wordt gerekend, kan worden genoemd de vraag, of een rechterlijk college bij het wijzen van het vonnis dezelfde samenstelling moet hebben als bij de mondelinge behandeling. In strafzaken staat dit sinds lang buiten twijfel vast. De Hoge Raad heeft op 5 april 1963 (3) ontkennend geantwoord voor een verzoek tot wijziging van de voogdij na echtscheiding. Op 11 maart 1964 (4) heeft hij anders geoordeeld voor de terechtzitting na het deskundigenrapport in een onteigeningszaak. Geen van beide arresten bevat een aanduiding voor de vraag, wat te dezen rechtens is in een gewone procedure (5). De Hoge Raad is beschroomd om meer te zeggen dan voor de beslissing van de aanhangige zaak strikt nodig is. Daardoor verloopt de rechtsvorming door de jurisprudentie traag.

---

(1) Luidens deze wetsbepalingen vernietigt het hof vonnissen en arresten wegens schending van hetzij substantiële hetzij op straf van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen en wegens schending van de wet.

(2) Voorduin, VII, blz. 509 en 517.

(3) *N.J.*, 1963, nr. 338.

(4) *N.J.*, 1964, nr. 182, met noot N. J. POLAK.

(5) In België geeft schending van substantiële rechtsvormen, ook in burgerlijk zaken, aanleiding tot cassatie, echter niet ambtshalve (zie noot 3 onder nr. 31).

Art. 7, lid 2, van de wet van 20 april 1810, dat o.m. bepaalt dat vonnissen die werden geveld door rechters die niet aan alle zittingen hebben deelgenomen, nietig zijn, is alleszins van toepassing op alle gerechtelijke beslissingen (behalve bv. vonnissen die een uitstel bevelen of die enkel uitspraak doen over de ontvankelijkheid van het hoger beroep), ook in *burgerlijke* zaken: Cass., 2 juni 1964, *Pas.*, 1964, I, 1093. Het volstaat echter de conclusies te hernemen voor de gewijzigde zetel (zelfde arrest).

## § 2. Tweede grond van cassatie : schending van het recht

16. De tweede grond van cassatie heeft bij de behandeling van het wetsontwerp in de Staten-Generaal tot de meeste strijd aanleiding gegeven. De omschrijving is tenslotte komen te luiden : „wegens schending van het recht met uitzondering van het recht van vreemde staten”.

17. Een verruiming was reeds in 1909 verdedigd door de preadviseurs voor de Nederlandse Juristen Vereniging, Mrs. J. A. A. Bosch en Jhr. E. N. de Brauw. Eerstgenoemde wilde aan het tweede nummer van art. 99 R.O. toevoegen de verkeerde toepassing of schending van een beginsel aan de wet ten grondslag gelegd of uit haar voortvloeiend en van een algemeen bindende regel van gewoonte of vreemd recht krachtens de wet toegepast. Laatstgenoemde ging een stap verder en wilde eenvoudig in plaats van *de wet* lezen *het recht*. Elke rechtsregel, die de lagere rechter toepast of moet toepassen, moest z.i. ook door de Hoge Raad worden getoetst. De vergadering sprak zich met een kleine meerderheid uit voor afschaffing van de cassatie. Dit votum berustte deels op bezwaren tegen het rechtsmiddel, deels op overwegingen van organisatorische aard, die buiten het kader van dit artikel vallen.

18. Het voorstel tot uitbreiding van de bevoegdheid van de Hoge Raad werd door de Staatscommissie-Gratama overgenomen in haar ontwerp van 1920. Zij constateerde toen reeds het bestaan van een algemeen gehuldigde opvatting, dat in Nederland objectief recht geldt buiten de wet om. Welk ander recht dat is, valt zo gemakkelijk niet uit te maken. Bepaalt de wetgever, dat er zal zijn cassatie wegens *schending van het recht*, d.i. van rechtsnormen of objectief recht, dan zal de rechter, eerst de lagere, daarna de hogere, uitmaken of zekere rechtsnorm buiten de wet is aan te wijzen en bij bevestigende beantwoording haar op het concrete geval toepassen. Door het voorgestelde artikel zou dus worden bereikt, dat voor zover de lagere rechter aan de rechtsvorming medewerkt de Hoge Raad hem daarin controleert.

Het ontwerp-Gratama is sinds lang bijgezet in het mausoleum, dat naar een bitter (en inmiddels door de feiten achterhaald) woord de grootste bezienswaardigheid van het Nederlandse Ministerie van Justitie vormt. De rechtsontwikkeling heeft zich door de passieve houding van de wetgevende macht niet laten stuiten. Voetje voor voetje heeft de Hoge Raad zijn controle uitgebreid.

19. Het College heeft zijn taak vanouds ruim opgevat bij die wetsartikelen, waarin de wetgever niet meer dan een algemene aanwijzing van de te volgen richting verstrekt en het aan de rechtspraak overlaat concrete, voor praktische toepassing bruikbare normen uit te werken. Als voorbeelden kunnen worden genoemd de vragen,

of een overeenkomst is aangegaan uit een oorzaak strijdig met de goede zeden (1), hoever de verplichting tot uitvoering van een overeenkomst te goeder trouw strekt (2), en of een daad onrechtmatig is in de ruime zin van onbetamelijk naar de in het maatschappelijke verkeer heersende opvattingen (3).

Daarna heeft de Hoge Raad ook de toepassing van algemene rechtsbeginselen aan zich getrokken. Een los verband met een wetsartikel werd reeds voldoende geacht. Het onderlinge verhaalsrecht tussen de medeplegers van een onrechtmatige daad werd gegrondvest op art. 1401 Ned. B.W. (= art. 1382 Belg. B.W.) (4), en de verplichting van de rechter in hoger beroep tot het zelf afdoen van de zaak werd afgeleid uit art. 69 R.O. (= art. 17 Belg. wet op de bevoegdheid) (5). In de aangehaalde teksten is over deze vragen niets te vinden.

Uiterst merkwaardig is in dit verband het arrest van 30 januari 1959 (6) betreffende de ongerechtvaardigde verrijking, de *actio de in rem verso*. De Hoge Raad knoopte aan bij art. 1269 B.W., een dogmatische bepaling die in de *Code civil* niet voorkomt en die alleen inhoudt, dat alle verbintenissen ontstaan of uit overeenkomst of uit de wet. Zo ontstond de paradoxale situatie, dat de cassatierechter het begrip *wet* moest gaan uitleggen. Volgens het arrest volgt uit art. 1269 geenszins, dat elke verbintenis rechtstreeks op een wetsartikel moet steunen. In gevallen, die niet bepaaldelijk door de wet zijn geregeld, moet de oplossing worden aanvaard, die past in het stelsel van de wet en aansluit bij de wèl door haar geregelde gevallen.

Deze laatste woorden erkennen de rechtsvinding door middel van analogie. De Hoge Raad liet echter aan de rechters, die over de feiten oordelen, enige vrijheid, zolang niet een wetsartikel kon worden aangewezen, dat in de gegeven casuspositie analogie uitsloot. Aanvankelijk verkapt en zeker sinds een arrest van 10 februari 1950 (7), uitdrukkelijk heeft de Hoge Raad analogische wetsinterpretatie toegepast (8).

20. Deze doorbraak van het ongeschreven recht is voltooid door een arrest van 20 januari 1961 (9), waarbij werd aangenomen,

---

(1) H.R., 15 februari 1918, *W.v.h.R.*, 10250; *N.J.*, 1918, 389.

(2) H.R., 1 februari 1924, *W.*, 11185; *N.J.*, 1924, 715.

(3) Zie de vele arresten sinds de bekende uitspraak van 31 januari 1919, *W.*, 10365; *N.J.*, 1919, 161.

(4) H.R., 30 oktober 1925, *W.*, 11444; *N.J.*, 1926, 157.

(5) H.R., 28 november 1946, *N.J.*, 1947, nr. 50.

(6) *N.J.*, 1959, 548.

(7) *N.J.*, 1950, nr. 309.

(8) Analogische wetsinterpretatie wordt ook in België in *burgerlijke* zaken als een vorm van interpretatie toegepast. Men zal bv. interdictie van een minderjarige aanvaarden, hoewel artikel 489 B.W. enkel de interdictie van meerderjarigen voorziet.

(9) *N.J.*, 1964, nr. 381.

dat de werking van het beruchte art. 992 B.W. over het testament van de Nederlander in het buitenland kan worden ingeperkt door een ongeschreven regel van internationaal privaatrecht, n.l. ingeval de erfflater tussen het maken van het onderhandse testament en zijn overlijden een andere nationaliteit heeft verkregen, die aan de geldigheid van zijn uiterste wil naar de vorm niet in de weg staat. Bij een arrest van 17 mei 1962 (1), heeft de Hoge Raad een beschikking van een rechtbank gecasseerd, omdat zij een wettelijke leemte (betreffende de voogdijvoorziening over Nederlandse minderjarigen na echtscheiding in het buitenland) niet op de juiste wijze had aangevuld.

21. Er bestond dus grote overeenstemming tussen de praktijk van de Nederlandse Hoge Raad en die van het Belgische hof van cassatie. In de mercuriale van procureur-generaal Cornil van 1952 (2), wordt de brede opvatting van dit college als volgt weergegeven: „U eist voorzeker dat het middel de aanwijzing van een wettekst bevat, doch U vergenoegt zich met de aanduiding van de tekst die aan de vindingrijkheid van de leer en van de rechtspraak heeft toegelaten de grondregel op te richten, al ware de door de leer en de rechtspraak gevolgde weg zeer lang” (3).

22. De Franse rechtsleer is in een langdurige ontwikkeling tot het resultaat gekomen, dat iedere vraag van juridische kwalificatie van de feiten moet worden beschouwd als een rechtskwestie, waarvan de oplossing in beginsel vatbaar is voor toetsing in cassatie. Dit geldt zelfs voor begrippen, die de *Cour de cassation* zelf door een rechtscheppende jurisprudentie heeft ingevoerd, zoals de *chose dangereuse* van art. 1384 C.c. Een goed kenner van buitenlands recht, wijlen prof. I. Henri Hijmans, heeft zich zelfs verstout (4), over deze rechtspraak het volgende oordeel neer te schrijven: „Deze heeft in Frankrijk nooit iets anders gedaan dan de mérites van het concrete geval beoordelen, daarbij wat jongleerend met Code-artikelen,

---

(1) *N.J.*, 1964, nr. 416.

(2) *J.T.*, 1952, 468; Ned. uitg., blz. 22.

(3) Precies voor het recht in wording, waar de creatieve rol van de rechtspraak maar meteen ook het verzekeren van de eenheid van de jurisprudentie zo belangrijk zijn, is de controle van het hoogste hof op de *pretoriaanse* rechtsregels bijzonder gewenst. Het hof gaat die taak niet uit de weg. Het aanvaardt de fictie luidens welke schending van zulke rechtsregels, bv. in zake burgerlijke aansprakelijkheid of in zake internationaal privaatrecht, schending inhoudt van bv. artikel 1382 of artikel 3 B.W.

In belastingzaken besliste het hof zelfs dat, bij gebrek aan bijzondere wetsbepaling, „de algemene grondbeginselen van het fiscaal recht” bepalen of de vennoten van een vereniging in deelneming zonder rechtspersoonlijkheid, de mobiliën- dan wel de bedrijfsbelasting verschuldigd zijn (Cass., 20 mei 1952, *Pas.*, 1952, I, 609; - Cass., 2 juli 1957, *Pas.*, 1957, I, 1314).

Zie ook in zake schending van de rechten van de verdediging of nog van ongeschreven regels van het volkenrecht: Cass., 4 juli 1949, *Pas.*, 1949, I, 506.

(4) *Gedenkboek B.W.* 1838-1938, blz. 195.



waarin de Cour de Cassation onovertroffen meester is. De Nederlandsche ernst ontbreekt hier.”

23. Het zou onjuist zijn te denken, dat het nieuwe 2de nummer van art. 99 R.O. slechts de bestaande rechtstoestand heeft gecodificeerd. Het heeft voor de Hoge Raad een paar gebieden van het recht ontsloten, waarop hij zich bij gebreke van aanknopingspunten in de wet onder de oude wetgeving nooit heeft kunnen begeven. Dit zijn het *volkenrecht*, voor zover het niet beschreven is in verdragen waartoe Nederland is toegetreden, en het *internationaal privaatrecht*, een stof die behoefte heeft aan genuanceerde regeling, waarbij de leiding van het hoogste rechtscollege niet kan worden gemist (1).

Deze laatste verruiming van de mogelijkheid van cassatie heeft reeds de eerste vruchten afgeworpen. Bij arrest van 17 april 1964 (2) heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over de wet, die toepasselijk is op de rekening-courantverhouding tussen een bank en haar client en op de overdracht van een vordering door middel van cessie, in beide gevallen in overeenstemming met het Benelux-ontwerp-Eenvormige Wet, art. 17 en 21.

24. Het nationale *gewoonterecht* is eveneens binnen de gezichtskring van de Hoge Raad gebracht. Bij de toepassing in cassatie dreigden eigenaardige moeilijkheden te rijzen. Bij de beoordeling van de vraag, of een door een partij ingeroepen algemeen bindend voorschrift bestaat, is de cassatierechter niet gebonden aan de bestreden uitspraak. Zijn taak omvat mede het zelfstandige onderzoek naar het feitelijke gebeuren, op grond waarvan het ontstaan van het voorschrift wordt beweerd (3) (4).

De nieuwe wet heeft deze kwestie opgelost door te bepalen, dat feiten, waaruit het gelden of niet gelden van een regel van gewoonterecht wordt afgeleid, voor zover zij bewijs behoeven alleen op grond van de bestreden uitspraak als vaststaande worden aangenomen (art. 99 R.O., 2de lid). De Hoge Raad is dus ontslagen van de verplichting getuigen of deskundigen te horen, maar kan de vaststelling van de lagere rechter corrigeren op grond van algemene bekendheid of algemene ervaringskennis. Bovendien blijft het zijn taak

---

(1) Op deze beide gebieden komt de mogelijkheid van cassatie wegens schending van het *recht* ook in België alleszins wenselijk voor.

(2) *N.J.*, 1965, nr. 22, met noot G. J. SCHOLTEN.

(3) *H.R.*, 15 maart 1946, *N.J.*, 1946, nr. 181, en 25 juni 1948, *N.J.*, 1949, nr. 494.

(4) In België is er geen moeilijkheid wanneer een gewoonte door de wet wordt bekrachtigd of wanneer er in een overeenkomst naar verwezen wordt: dan is er onrechtstreekse schending van de wet of schending van de bewijskracht van de akten (art. 1319-1322 B.W.) en is dienvolgens cassatie mogelijk.

Maar buiten die gevallen geeft schending van een gebruik *op zichzelf* geen aanleiding tot cassatie. De rechter stelt het bestaan van het gebruik soeverein vast. Het hof is echter bevoegd om na te gaan of de rechter het wettelijk begrip van het gebruik of de gevolgen die er wettelijk uit voortvloeien niet heeft miskend (zie noot onder Cass., 29 mei 1947, *Pas.*, 1947, I, 217; — noot (6) onder Cass., 20 juni 1957, *Pas.*, 1957, I, 1260).

te toetsen, of in de aldus vastgestelde feiten *gewoonterecht* besloten ligt, m.a.w. of daaraan normatieve kracht moet worden toegekend.

De problemen, die het gewoonterecht doet rijzen, zijn theoretisch hoogst belangwekkend, maar hun praktische betekenis in de hedendaagse maatschappij is niet groot. In de overeenkomsten van het dagelijks leven, waarbij de gewoonte een rol speelde, zoals huur-, pacht- en arbeidsovereenkomst, heeft de wetgever uit sociale overwegingen zodanig ingegrepen, dat de oude gebruiken om hals zijn gebracht. Tot het gewoonterecht zou men kunnen rekenen de standaardcontracten en -bedingen, die in tal van bedrijfstakken ingeburgerd zijn. In het oorspronkelijke wetsontwerp was voorgesteld het beroep in cassatie ook toe te laten op grond van onjuiste uitlegging van standaardbedingen, alsmede van statuten en reglementen (van rechtspersonen). Wegens de moeilijkheid deze begrippen nader te omlijnen en de daaruit voortvloeiende rechtsonzekerheid heeft de Regering dit voorstel niet gehandhaafd.

25. In het oorspronkelijke Regeringsontwerp was overeenkomstig het ontwerp van de Hoge Raad zelf voorgesteld ook cassatie wegens schending van *vreemd recht* mogelijk te maken. Ofschoon tegen dit denkbeeld in het Voorlopig Verslag geen ernstige bezwaren waren geopperd, heeft Minister Beerman bij de Memorie van Antwoord dit voorstel teruggenomen. Alleen het recht van Suriname en de Nederlandse Antillen, die met Nederland in één Koninkrijk verenigd zijn, kon niet langer als *vreemd recht* worden behandeld. Een amendement uit de Tweede Kamer tot herstel van de oorspronkelijke redactie heeft geleid tot verdaging van de beraadslagingen. Na mondeling overleg in de vaste Commissie voor Justitie, waaraan ook een delegatie uit de Hoge Raad en zijn Parket heeft deelgenomen, is het amendement ingetrokken.

De Hoge Raad neemt sinds een arrest van 4 juni 1915 (1), in vaste rechtspraak aan, dat buitenlands recht in gedingen, die voor de Nederlandse rechter worden gevoerd, niet moet worden behandeld als een feit, dat door de partij die zich daarop beroept moet worden gesteld en bewezen. Het vormt een rechtsgrond in de zin van art. 48 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, die de rechters bij hun beraadslagingen van ambtswege moeten aanvullen. Deze bepaling, die het adagium *curia novit jus* bij het wettelijke recht heeft ingelijfd, komt in de Belgische en Franse wetboeken niet voor. De verplichting tot vaststelling van inhoud en strekking van elke op het aanhangige geschil betrekkelijke buitenlandse rechtsregel rust dus in haar volle gewicht op de schouders van de rechters, die over de feiten oordelen (2).

---

(1) W., 9817; N.J., 1915, 865.

(2) Ook in België wordt aan de rechter een grote vrijheid gelaten ten aanzien

Drie argumenten hebben de wetgever doen afzien van zijn aanvankelijk voornemen de Hoge Raad ook op dit gebied te belasten met het geven van steun en leiding aan de lagere rechters. Het rechtsmiddel van cassatie is ingesteld ter verzekering van de eenheid van toepassing van het nationale recht. Vele gedingen, waarin buitenlands recht aan de orde komt, vormen op zichzelf staande gevallen, die zich niet zullen herhalen, zodat het gevaar van tegenstrijdige beslissingen van verschillende hoven niet bestaat. Voorts is voor de vaststelling van de inhoud van het in den vreemde geldende recht meer nodig dan kennismaking van de toepasselijke wetsartikelen. De internationale juridische documentatie is nog niet zo ver ontwikkeld, dat het hoogste rechtcollege daarop veilig zou kunnen steunen. Tenslotte wordt daardoor de toepassing van vreemd recht een bijzonder riskante bezigheid, waarbij misslagen kunnen worden begaan, die aan het aanzien van de Hoge Raad afbreuk doen.

26. Toegevende, dat het hier een moeilijk probleem betrof, waarbij voor en tegen moesten worden afgewogen en de schaal niet ver aan een van beide zijden doorsloeg, betreuren wij de gevallen beslissing.

Het dogmatische bezwaar spreekt ons niet aan. Zoals hierboven bij de behandeling van het vormverzuim werd aangestipt, is het cassatie-instituut dienstbaar gemaakt aan verschillende doeleinden. Het belang, dat het vreemde recht in Nederland juist wordt toegepast, wordt door het openstellen van het beroep in cassatie het best gediend, omdat de Hoge Raad de bekwaamheid bezit en over de tijd beschikt, die vereist zijn om zich van de inhoud van dat recht op de hoogte te stellen.

De meeste voorzieningen in cassatie zouden betrekking hebben op het recht van de aangrenzende landen. Daarmede bestaat voldoende contact om ons op de hoogte te stellen van wetgeving, rechtspraak en literatuur. De Nederlandse rechtswetenschap is tegenwoordig sterk op de rechtsvergelijking georiënteerd. In de toelichting van het ontwerp-B.W. wordt bij ieder onderwerp van betekenis verwezen naar de regelingen, die vreemde wetgevers hebben getroffen, zie met name de toelichting van 350 blz. van het in oktober 1961 verschenen boek 6, algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht. De cassatie-advocaten zouden trouwens niet in gebreke blijven met het aandragen van documentatiemateriaal.

De vrees voor misslagen heeft een principiële zijde. Het is niet de taak van de Hoge Raad leiding te geven aan de vorming van buitenlands recht. De mogelijkheid is niet uitgesloten, dat een

---

van de middelen die hij tot bewijs van het vreemd recht zal aanwenden. Aldus mag hij, en mag het hof, de vreemde wet zélf opzoeken (HAYOIT DE TERMICOURT, *La Cour de Cassation et la loi étrangère*, J.T., 1962, 474; — vgl. STORME, M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, 1962, nr. 308 en volg., blz. 287 en volg.).

brandende vraag van buitenlands recht aan ons hoogste rechtscollege wordt voorgelegd alvorens de hoogste nationale rechter zich daarover heeft uitgesproken. Later kan het arrest van de Hoge Raad worden achterhaald door een uitspraak in andere zin in het land van herkomst.

Het wil ons voorkomen, dat deze tegenwerping de werkelijke verhoudingen miskent. De meeste processen, ook die in cassatie, worden beslist door uitlegging van de wet met de traditionele hulpmiddelen : woorden, stelsel en wordingsgeschiedenis. De arresten, waarin onbetreden wegen worden bewandeld, staan in het centrum van de aandacht, maar zijn veel minder talrijk. Daardoor geeft iedere theoretische verhandeling over de rechtsvinding een vertekend beeld van de werkelijkheid.

Dezelfde verhouding zal zich voordoen in de gedingen, die worden beoordeeld naar buitenlands recht. In de meerderheid van de zaken zou de Hoge Raad een nuttige corrigerende taak kunnen verrichten en de beslissing, die de hoogste rechter van het betrokken land zou hebben gegeven, met een hoge mate van waarschijnlijkheid kunnen benaderen. Men denke hierbij aan de uniforme wetten : het wissel- en chèquerecht, de regels ter voorkoming van aanvaring op zee, het cognossemensverdrag en in de toekomst de internationale koopovereenkomst. Bij de mogelijkheid van een latere afwijkende beslissing van de hoogste vreemde rechter zal men zich moeten neerleggen, evenals bij een wetswijziging. Het oorspronkelijke Regeringsontwerp bevatte trouwens het voorbehoud, dat vernietiging wegens schending van vreemd recht slechts zou kunnen volgen, indien de Hoge Raad bestaan en inhoud van de ingeroepen rechtsregel met voldoende zekerheid vermocht vast te stellen. In twijfelachtige gevallen zou het College zich dus van ingrijpen kunnen onthouden.

27. In de naburige landen hebben de hoogste rechtscolleges hun controle op dit gebied geleidelijk uitgebreid. In *Frankrijk* was volgens de klassieke opvatting in schending van buitenlands recht geen grond tot cassatie gelegen. Art. 56 van het voorontwerp van een nieuwe *Code civil* codificeerde deze rechtspraak. Door het verzet van het *Comité français de droit international privé* is deze bepaling geschrapt (1).

Onder de invloed van de toenemende behoeften van het rechtsverkeer en de aandrang van de schrijvers (2), is de *cour de cassation*

---

(1) Zie MAURY, J., *La condition de la loi étrangère en droit français*, in *Travaux van dit Comité*, Paris, 1948-1952, blz. 97; — van dezelfde schrijver, *La codification du droit international privé*, Paris, 1956, blz. 149-150.

(2) Zie laatstelijk : ZAJTAY, I., *Contribution à l'étude de la loi étrangère en droit international privé français*, Paris, 1958; — MOTULSKY, H., *L'office du juge et la loi étrangère*, in *Mélanges Maury*, I, Paris, 1960, blz. 337.

er toe overgegaan de wettelijke motiveringseisen strenger toe te passen. Vernietiging volgde, indien in het bestreden arrest niet was aangegeven, welke buitenlandse wet was toegepast, of indien was voorbijgegaan aan een conclusie van een der partijen, waarin een bepaalde regel van vreemd recht werd ingeroepen (1). Ten slotte is cassatie gevolgd in een geval, waarin de rechter die over de feiten oordeelde een Belgische wet had gedenatureerd (2).

28. De parallel lopende ontwikkeling in de *Belgische* rechtspraak mag bij de lezers van dit tijdschrift bekend worden geacht. Het hof van cassatie is overstap gegaan in een arrest van de kamer voor strafzaken van 29 mei 1961 (3). De mercuriale van Procureur-Generaal Hayoit de Termicourt (4), mag wel worden beschouwd als een gezaghebbende toelichting tot deze beslissing, waarnaar wij ons veroorloven te verwijzen (5).

29. In *Duitsland* kan volgens par. 549 Z.P.O. een voorziening in *Revision* niet worden ingesteld wegens schending van buitenlands recht. Niettemin heeft het *Reichsgericht* zijn controle op dit gebied geleidelijk uitgebreid. Het *Bundesgerichtshof* van de Bondsrepubliek Duitsland is op deze weg voortgegaan. De vaststellingen van de lagere rechter betreffende de inhoud van vreemd recht worden getoetst, indien de toepasselijkheid van Duits recht afhankelijk is van een terugverwijzing door het buitenlandse internationaal privaatrecht, indien de rechtsmacht van de Duitse rechter berust op buitenlandse rechtsregels, met name van nationaliteitsrecht, en indien een buitenlands vonnis ingevolge par. 328 Z.P.O. kan worden erkend, zo de wederkerige erkenning gewaarborgd is. Bovendien wordt in *Revision* onderzocht, of de lagere rechter zijn verplichting tot ambts-halve onderzoek naar het recht van een andere Staat (par. 293 Z.P.O.), naar behoren is nagekomen en of de motivering niet lijdt aan innerlijke tegenstrijdigheid doordat de rechter heeft nagelaten de feiten, die volgens zijn beslissing over het buitenlandse recht ter zake dienende zijn, vast te stellen (6).

---

(1) Cass. fr., civ. I, 19 mei en 17 juni 1958, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1958, blz. 700 en 704, en 4 november 1958, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1959, blz. 303.

(2) Cass. fr., civ. I, 21 november 1961, *D.*, 1963, *J.*, 37; — id., met commentaar van FRANCESCAKIS, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1962, blz. 329.

(3) *Pas.*, 1961, I, 1037.

(4) *J.T.*, 1962, 469.

(5) In dit arrest beslist het hof dat het bestreden arrest in feite en derhalve soeverein, „en zonder de termen van artikel 1, lid 2, van de Franse wet van 10 maart 1927 (op de uitlevering) te schenden”, verklaart dat deze wetsbepaling ten deze niet toepasselijk is en dat het arrest meteen de (betwiste) voorwaarde van reciprociteit *wettelijk* vaststelt.

Het hof toetst dus de toepassing van het vreemde recht, althans naar de *termen* ervan : het oordeel van de rechter over de draagkracht van de vreemde wet is slechts soeverein voor zover het de termen van die wet niet miskent of denatureert.

(6) Zie STEIN-JONAS, *Zivilprozessordnung*, aant. IV, C, op par. 549; — SOERGEL-KEGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, IV, Stuttgart-Köln, 1955, blz. 31.

### § 3. Derde grond van cassatie : overschrijding van rechtsmacht

30. De laatste grond van cassatie, die het oude art. 99 R.O. kende, was overschrijding van rechtsmacht. Hij is door de nieuwe wet geschrapt, maar voor een bijzonder geval gehandhaafd in art. 100. Dit artikel laat tegen de vonnissen van kantonrechters, in burgerlijke zaken in hoogste instantie gewezen, overigens slechts beroep in cassatie toe wegens de zwaarste vormverzuimen (niet-openbare uitspraak, ontbreken van motivering) en wegens onbevoegdheid. Aldus is een begrip instandgehouden, waarmee de Nederlandse rechtspraak, evenmin als de Franse en Belgische, nooit goed raad heeft geweten : de wets(rechts)schending, waarbij de rechter de grenzen te buiten gaat, die aan het optreden van de rechterlijke macht in het algemeen zijn gesteld. Onze zorgen zijn thans meer theoretisch dan praktisch, omdat de kantonrechter volgens art. 38 R.O. alleen in hoogste instantie rechtspreekt over vorderingen beneden fl 200. Dit bedrag is te gering om de kosten van een beroep in cassatie te rechtvaardigen (1).

#### IV. Belangrijkste andere wijzigingen.

31. In straf- en belastingzaken kan de Hoge Raad de bestreden uitspraak ook op andere dan de aangevoerde gronden vernietigen (2). In burgerlijke zaken kent de wet deze mogelijkheid niet en heeft zich evenmin — zoals in Frankrijk — de praktijk ontwikkeld, dat op punten, waarbij de openbare orde nauw betrokken is, zoals de scheiding van de staatsmachten, de volstreekte bevoegdheid en een ernstig vormverzuim in de bestreden uitspraak, vernietiging kan volgen op *ambtshalve* door de cassatierechter bijgebrachte gronden (3).

De Regering was bij het voorstellen van de nieuwe wettelijke regeling bevreesd, dat uitbreiding van deze mogelijkheid tot de

---

(1) Machtoverschrijding is in België, voor het hof van cassatie, (anders dan voor de Raad van State : art. 9 van de wet van 23 december 1946) geen afzonderlijke grond van cassatie, doch is, evenals de onbevoegdheid, begrepen in de *schending van de wet*.

De procureur-generaal bij het hof beschikt echter over een bijzondere mogelijkheid tot voorziening wegens machtsoverschrijding (art. 88 van de wet van 27 ventôse van het jaar VIII; artikel 14 van de wet van 25 februari 1925 in burgerlijke zaken).

(2) Art. 441 Wetboek van Strafvordering; — art. 25 Wet administratieve rechtspraak belastingzaken, wet van 17 mei 1956.

(3) België kent het *ambtshalve* ingeroepen cassatiemiddel enkel in *strafzaken*, niet in zake onrechtstreekse belastingen (art. 14 van de wet van 6 september 1895, gewijzigd door de wet van 23 juli 1953), noch in burgerlijke zaken (art. 9 van de wet van 25 februari 1925). Wél is er *ambtshalve voorziening* van de procureur-generaal bij het hof (art. 14 van laatstgenoemde wet). In België is de praktijk om in *burgerlijke* zaken *ambtshalve* vernietiging uit te spreken, op punten waarbij de openbare orde nauw betrokken is, dan ook niet bekend.

burgerlijke zaken de taak van de Hoge Raad bovenmatig zou verzwaren. Dit zou medebrengen, dat het College zich bij de bestudering van de zaken niet zou kunnen beperken tot de aangevoerde middelen, maar het gehele dossier zou moeten nagaan. Bovendien zou de in het ongelijk gestelde partij zich bij het ongunstige advies van een in cassatiezaken gespecialiseerd advocaat niet behoeven neer te leggen, maar door het uitbrengen van een dagvaarding zonder materiële inhoud het oordeel van de Hoge Raad kunnen inwinnen, die dan verplicht zou zijn zelf naar gronden tot cassatie te speuren.

Deze toelichting, die de gevaren van een wijziging wel wat zwart tekent, heeft de volksvertegenwoordiging overtuigd.

32. Deze strenge handhaving van de gebondenheid van de Hoge Raad aan de voorgedragen *middelen* heeft een zware verantwoordelijkheid gelegd op de advocaten, die zich met de behandeling van cassatieberoepen bezighouden. Ook onder de nieuwe wet moet het middel zowel aan de rechter als aan de tegenpartij met voldoende nauwkeurigheid kenbaar maken, waarover de strijd in de hoogste instantie zal gaan.

Hierbij dient in het oog te worden gehouden, dat sinds de wetswijziging van 1876 de schrifturen uiterst summier worden gehouden. De ontwikkelingsmemorie is bij ons in dat jaar afgeschaft. Het accent van de behandeling is geheel bij de pleidooien komen te liggen, die praktisch in iedere zaak worden gehouden. Noch de Hoge Raad noch zijn balie hebben verandering gewenst in dit beproefde stelsel, dat geheel verschilt van het in Frankrijk en België gebruikelijke (1).

De (hoge) vereisten, waaraan de formulering van het middel moet voldoen, zijn door de Hoge Raad in een reeks van arresten vastgelegd. De eiser in cassatie moet in alle gevallen aangeven: 1) welk deel van de bestreden uitspraak (welke beslissing, welke rechtsoverwegingen) wordt aangevallen en 2) in welk opzicht daarbij vormverzuim is begaan of het recht is geschonden, d.w.z. hoe de rechter volgens de eiser had moeten handelen en beslissen.

33. De uitbreiding van de voornaamste cassatiegrond van schending van de wet tot *schending van het recht* heeft ten gevolge gehad, dat het vereiste van aanhaling van de geschonden wetsartikelen in het middel vervallen is, en ons verlost van de onbevredigende arresten, waarin het beroep mislukte omdat bv. het artikel, dat de

---

(1) In België is de cassatieprocedure schriftelijk. Essentieel is het verzoekschrift dat moet bevatten: de uiteenzetting van de middelen die worden aangevoerd, de conclusie en (althans in burgerlijke en fiscale zaken) de vermelding van de wetsbepalingen waarvan de schending wordt ingeroepen. Een memorie van toelichting en desgevallend een memorie van antwoord zullen volgen. Hoewel *mag* worden gepleit, gebeurt dit slechts zéér uitzonderlijk.

Enigszins bevreemdend is wel dat deze nochtans helemaal verschillende procedure in België evenzeer voldoening geeft als de tegenovergestelde in Nederland.

aangehaalde artikelen toepasselijk verklaarde, niet was aangehaald (1).

De twee in nr. 32 genoemde preciseringen hebben evenzeer zin, wanneer over schending van ongeschreven recht wordt geklaagd als wanneer het gaat om de bewering van wetsschending. Ter verduidelijking noemen wij een paar voorbeelden. De Hoge Raad achtte bv. onder de oude wetgeving onvoldoende de klacht, dat de verkoop van een boerderij met bijbehorende grond „een met het totaal der op dit gebied bestaande wetgeving strijdige inhoud had” (2). Ook heeft de Hoge Raad onder de nieuwe wetgeving een middel doen stranden, waarin werd geklaagd over schending van „het ongeschreven Nederlands privaatrecht betreffende fiduciaire rechtsverhoudingen”, omdat de klacht niets inhield dat duidelijk kon maken op welke rechtsregels zij doelde (3).

De praktijk onder de nieuwe wet heeft na anderhalf jaar reeds geleerd, dat de Hoge Raad middelen in behandeling neemt, waarin geen enkel wetsartikel wordt aangehaald, ook bv. in zaken die alleen volgens de wet worden berecht, zoals onteigeningsgedingen.

34. Tussen de aanhaling van de wetsartikelen en de klacht heeft vanouds een wisselwerking bestaan. Zij steunden en verduidelijkten elkaar wederkerig. Bij een beroep op schending van een rechtsregel, die in de wet is neergelegd, behoudt het noemen van het artikel zijn nut. Getallen als 1374, 1401 en 2014 (Ned. B.W.), overeenkomende met 1134, 1382 en 2279 (Belg. B.W.) zijn voor iedere jurist verstaanbare symbolen voor rechtsregels, die soms zeer ingewikkeld kunnen zijn. Men zou hieraan zelfs beschouwingen over het wezen van de taal als middel van communicatie kunnen verbinden.

Bij een beroep op schending van ongeschreven recht moet de eiser zich weten te redden zonder over deze mogelijkheid van uitdrukking te beschikken. Alleen de adagia vertonen verwantschap met de sacrale getallen, maar zijn door hun veelzinnigheid gevaarlijke werktuigen. In het middel moeten dus de ingeroepen rechtsregels onder woorden zijn gebracht of in de gekozen formulering duidelijk geïmpliceerd zijn.

35. Het is een op zich zelf staande vraag, hoe streng de cassatie-rechter aan de voorgedragen middelen gebonden is. De verplichting

---

(1) Luidens art. 9 van de wet van 25 februari 1925 en 14 van de wet van 6 september 1895, gewijzigd door de wet van 23 juli 1953, moet het verzoekschrift tot cassatie, in *burgerlijke en fiscale zaken*, de wetsbepalingen vermelden waarvan de schending wordt ingeroepen. Hetzelfde geldt in *kieszaken* en in *militiezaken*.

Arresten die de voorziening verwerpen wegens gebrek aan aanduiding van de geschonden wetsartikelen zijn ook in België lang geen uitzondering. Nochtans komt de liberale opvatting van het hof, in zake het verband tussen de rechtsregel en de wetsbepaling, hier de rechtzoekenden tegemoet (zie voetnoot 3 onder nr. 21).

(2) 21 juni 1963, *N.J.*, 1963, nr. 486.

(3) *H.R.*, 10 april 1964, *N.J.*, 1964, nr. 473.



tot aanvulling van rechtsgronden ingevolge art. 48 Rv. heeft ook voor de Hoge Raad betekenis, mits hij niet treedt buiten de grenzen van de aangevoerde grieven. Een voorbeeld uit de rechtspraak levert een arrest van de Hoge Raad dd. 16 januari 1959 (1). De eiser had de algemene stelling geponeerd, dat de overeenkomst van schadeverzekering in geen geval krachtens art. 1302 Ned. B.W. (= art. 1184 Belg. B.W.) ontbonden kan worden verklaard wegens wanprestatie van de verzekerde. De Hoge Raad achtte deze ontbinding alleen uitgesloten als de wanprestatie is gepleegd na het voorvallen van de schade en betrekking heeft op een daaruit voor de verzekerde voortvloeiende verplichting, bv. tot beperking van de schade.

36. Een andere belangrijke wijziging die de nieuwe wet ons heeft gebracht, betreft de *feitelijke grondslag*. De onderscheiding tussen feitelijke en rechtsvragen, die de grondslag vormt van het gehele instituut, noodzaakt tot een nauwkeurige begrenzing van de processtof, waarvan de cassatierechter mag kennisnemen. Het verwijt van formalisme en levensvreemdheid, dat Van Dievoet (2) tot het hof van cassatie heeft gericht, is op dit punt zeker niet gerechtvaardigd. Een hoogste rechtscollege voor rechtsvragen kan zijn taak alleen goed vervullen als het de daaraan gestelde grenzen eerbiedigt.

Volgens de oude wet werden tot het feitenmateriaal, dat dienst mag doen bij de vorming van het oordeel van de Hoge Raad over het beroep, alleen gerekend de feiten, die uit de bestreden uitspraak kenbaar waren. De praktijk heeft zich weten te redden door verwijzing naar de gewisselde stukken, die de lagere rechters ingelast verklaarden, maar de gebezigde formules waren soms voor verschillende uitleg vatbaar en gaven aanleiding tot weinig vruchtbare debatten en overwegingen. De Nederlandse wetgever heeft reeds bij de invoering van de nationale wetgeving in 1838 gebroken met de medewerking van partijen tot het opmaken van het vonnis, de *qualités* van de art. 142-145 van de *Code de procédure civile*, zoals de Belgische wetgever in 1935 heeft gedaan.

Krachtens art. 419 Rv., 2de lid (nieuw), mag de Hoge Raad voortaan ook kennis nemen van de stukken van het geding. Daardoor kan hij zich op de hoogte stellen van feiten, die niet rechtstreeks of middellijk uit de bestreden uitspraak blijken, zoals het voeren van een verweer of het doen van een bewijsaanbod. Deze bevoegdheid bestaat alleen, voor zover de rechter die over de feiten heeft geoordeeld niet het tegendeel heeft vastgesteld. Dan komt men op

---

(1) *N.J.*, 1960, nr. 46, met noot Hijmans van den Bergh.

(2) *Het burgerlijk recht in België en Nederland van 1800 tot 1940*, Antwerpen-Den Haag, 1943, blz. 340.

het gebied van de in cassatie te eerbiedigen uitlegging van het processuele gedrag van partijen.

37. Volgens de oude wetgeving, art. 106 R.O., moest de Hoge Raad in geval van cassatie wegens vormverzuim verwijzen naar de naasthogere rechter, c.q. naar een aangrenzend hof, en in geval van cassatie wegens schending van de wet waarbij een nader onderzoek vereist is naar de rechter, wiens uitspraak was vernietigd. Deze overgeleverde onderscheiding was niet gerechtvaardigd. Een rechter, die een informaliteit heeft begaan, is daardoor niet gediskwalificeerd voor de verdere behandeling van de zaak (1).

De nieuwe wet heeft daarom in art. 422a Rv. de *terugwijzing naar dezelfde rechter* tot regel gesteld, maar in art. 423 de Hoge Raad de bevoegdheid verleend in alle gevallen te verwijzen naar een andere rechter volgens de onderscheidingen van art. 106 R.O. (oud). De uitoefening van deze bevoegdheid is overgelaten aan de discretie van de Hoge Raad. De praktijk zal nog moeten leren, welk gebruik hij daarvan zal maken.

Volgens het nieuwe art. 424 Rv. moet de rechter, naar wie het geding is verwezen, de behandeling daarvan voortzetten en een nieuwe beslissing geven met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad. Deze regel heeft in Nederland sinds 1838 gegolden en onderscheidt het Nederlandse cassatiestelsel van het Franse en Belgische, waarin eerst het tweede arrest van het cassatiehof, gewezen met verenigde kamers, voor de lagere rechter bindend is. Wij hebben ons bij deze eenvoudige oplossing, die aan de procederende partijen veel kosten bespaart, altijd wel bevonden (2).

## V. Vooruitzichten

38. Het belangrijkste praktische resultaat, dat de Nederlandse juristen van de modernisering van hun cassatieprocedure mogen verwachten, is, dat de arresten beter verstaanbaar zullen worden. Daarover zijn in het verleden wel eens klachten geuit. Arresten van een hoogste rechtscollege zijn geen muziek om van het blad te spelen. De uitspraak in het nieuwste procesrechtelijke handboek van den Dungen-van Haren-Jansen (3) dat „de Hoge Raad zelf

---

(1) In België is er steeds verwijzing naar een ander rechtscollege van dezelfde aard en rang als het college dat de vernietigde beslissing heeft geveld.

(2) Het mag in België verwondering wekken dat het verslag van de Koninklijke Commissaris voor de Gerechtelijke Hervorming de vraag welke regeling hier de voorkeur verdient, de Nederlandse dan wel de Belgische (die wordt behouden) niet eens aansnijdt. Vooral nu, in recente procedures zoals bij vernietiging, door het hof, van een arrest van de Raad van State, of van beslissingen van de orde van geneesheren of van de orde van apothekers, het (anders samengestelde) college van verwijzing onmiddellijk gebonden is (art. 20 van de wet van 23 december 1946 en art. 4 van de wet van 20 januari 1961).

(3) *Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer-Antwerpen, z.j., blz. 120, noot 3.

veelal uiterst summier — of in het geheel niet — zijn beslissing motiveert” gaat echter bepaald te ver.

Er zijn tal van arresten, die uitvoerig met redenen zijn omkleed, vooral indien de beslissing berust op een diepgaand rechts- en wethistorisch onderzoek (1), of op het stelsel van de wet (2). Bijzonder mooi uit een oogpunt van leiding geven aan de rechtsvorming zijn de arresten, waarin de Hoge Raad zich losmaakt van de middelen en begint met een algemene uiteenzetting (3).

39. Apodictische uitspraken zonder wezenlijke motivering zijn vroeger vooral gegeven in die gevallen, waarin de Hoge Raad zonder aanknopingspunt in de wet zijn weg heeft moeten vinden. Zoals bekend ontbreekt in Nederland een algemene administratieve rechtspraak en wordt de rechtsbescherming van de burger tegen de overheid in tal van gevallen verleend door de gewone rechterlijke macht krachtens art. 1401 Ned. B.W. (= art. 1382 Belg. B.W.). Na de aanvaarding van de ruime opvatting, genoemd in nr. 19, rees de vraag, of deze ongeschreven zorgvuldigheidsnorm ook moest worden toegepast op handelingen, die de overheid alleen in haar publiekrechtelijke hoedanigheid kan verrichten. In het Strooppot-arrest van 29 juni 1928 (4) betreffende het afdammen van een vaarwater waardoor een scheepssloperij schade leed, antwoordde de Hoge Raad zonder nadere redengeving ontkennend (5).

In gevallen van dit type zal de Hoge Raad voortaan niet door de beperking, die in de term *wet* was gelegen, worden weerhouden om de wijze, waarop hij het recht heeft gevonden, te openbaren. Hij zal bv. kunnen doen blijken, dat hij een bepaalde oplossing verkiest, omdat zij is neergelegd in het ontwerp-B.W. Daardoor wordt de objectiviteit gewaarborgd en zal de overgang naar het toekomstige recht geleidelijker verlopen. Dit zal voor de rechtsbedeling in Nederland in al haar geledingen heilzaam werken.

---

(1) Zie bv. H.R., 18 april 1947, *N.J.*, 1948, nr. 447, over het pandhuispand, waarvan de geschiedenis wordt opgehaald sinds de Middeleeuwen en gekruist met de evolutie van art. 2014 Ned. B.W. = art. 2279 Belg. B.W..

(2) Zie bv. H.R., 6 februari 1963, *N.J.*, 1963, nr. 135, over de waardebeoordeling bij onteigening van oppervlakte-delfstoffen, die alleen ten gevolge van de uitvoering van het werk kunnen worden gewonnen.

(3) [zie bv. H.R., 3 januari 1941, *N.J.*, 1941, nr. 470, over de gelijkstelling van zekerheidseigendom en pandrecht in geval van faillissement].

(4) *W.v.h.R.*, 11364; *N.J.*, 1928, 1138.

(5) Vergelijk de belangrijke recente Belgische cassatiearresten (Cass. 7 maart 1963, *Pas.*, 1963, I, 744; - Cass., 26 april 1963, *Pas.*, 1963, I, 905; - Cass., 5 maart 1964, *Pas.*, 1964, I, 727; - Cass., 10 september 1964, *R.W.*, 1964-65, 1255) die beslissen dat de door de artikelen 1382 en 1383 BW. voorgeschreven algemene plicht van voorzichtigheid ook op de openbare besturen rust.

## SOMMAIRE

### LA NOUVELLE PROCÉDURE EN CASSATION AUX PAYS-BAS

La loi du 20 juin 1963 a modifié aux Pays-Bas la procédure devant le *Hoge Raad* (Cour de cassation). L'article donne un aperçu des modifications apportées par la réglementation nouvelle. L'ancienne loi permettait de se pourvoir devant la cour pour violation de la loi écrite. Actuellement, on peut se pourvoir devant le *Hoge Raad* pour violation d'une règle de droit non écrit.

La cour pourra donc donner des principes directeurs à la jurisprudence dans des questions relevant du droit des gens et du droit international privé, même quand celles-ci ne sont pas réglées par des traités ou des lois. La législation des Pays-Bas n'est cependant pas allée jusqu'à donner au *Hoge Raad* compétence quant à la violation du droit étranger. L'auteur de l'article estime que cette décision ne concorde pas avec l'évolution du droit dans d'autres pays.

L'extension de la principale ouverture à cassation de la violation de la loi à la violation du droit a eu une grande influence sur la présentation des moyens de cassation, en ce que l'obligation de citer les articles violés de la loi est supprimée.

Le *Hoge Raad* est, depuis sa constitution en 1838, compétent à se prononcer lui-même définitivement sur les affaires qui lui sont soumises. Il n'ordonne le renvoi de la cause que lorsque la décision qu'il annule est entâché d'un vice de forme ou si le point de droit à trancher exige un examen plus approfondi des faits. Les juridictions inférieures sont dans ce cas liées par la décision de la cour. Cette réglementation a donné satisfaction et elle n'a subi des modifications que sur des points accessoires.

M. D. J. Veegens est l'auteur du livre intitulé *Cassatie in burgerlijke zaken* (*Cassation en matière civile*), paru à Zwolle en 1959, dans lequel le projet, qui est devenu aujourd'hui loi, est commenté en détail.

## ZUSAMMENFASSUNG

### DAS NEUE REVISIONSVERFAHREN IN DEN NIEDERLANDEN

Das Revisionsverfahren ist in den Niederlanden aufs Neue durch das Gesetz vom 20. Juni 1963 geregelt. Der Artikel gibt eine Übersicht der Änderungen die die neue Regelung eingeführt hat. Dem alten Gesetz nach konnte der Revisionsrekurs wegen der Verletzung des geschriebenen Gesetzes angewandt werden. Jetzt aber kann auch bei dem Hohen Rat über Verletzung des ungeschriebenen Rechtes geklagt werden.

Der Rat wird also die Rechtsprechung über das Völkerrecht und das Internationale Privatrecht auch in den Sachen, die nicht in Verträgen oder Gesetzen geregelt sind, leiten können. Der niederländische Gesetzgeber hat es aber nicht gewagt dem Hohen Rat auch bei der Anwendung ausländischen Rechtes zu beziehen. Der Autor ist der Meinung, diese Entscheidung sei nicht in Übereinstimmung mit der Rechtsentwicklung in anderen Ländern.

Die Ausbreitung des Revisionsgrundes zur Übertretung des ungeschriebenen Rechtes hat die Einkleidung der Revisionsbeschwerde beeinflusst,

da eine Aufzählung der verletzten Gesetzesparagrafen nicht mehr erforderlich ist.

Seit seiner Errichtung im Jahre 1838 ist der Hohe Rat kompetent, die Prozesse selber abzuurteilen. Rückweisung folgt nur, wenn in dem aufgehobenen Urteil Formfehler vorkommen oder die Entscheidung der Rechtsfrage eine nähere Untersuchung tatsächlicher Natur erforderlich macht. Der Unterrichter ist in diesen Fällen durch die Entscheidung des Hohen Rates gebunden. Diese Regelung hat befriedigend gewirkt und nur nebensächliche Punkte sind daran geändert worden.

D. J. Veegens ist Verfasser des *Cassatie in burgerlijke zaken* (Zwolle, 1959), in dem der Entwurf, der jetzt Gesetz geworden ist, ausführlich kommentiert wird.

## SUMMARY

### THE NEW APPELLATE PROCEDURE IN THE NETHERLANDS

The appellate procedure in the Netherlands Supreme Court (*Hoge Raad*) has been made the subject of the new law of 20 June 1963. This article gives a brief account of the changes introduced by the new rules. According to the old rules an appeal to the Supreme Court was only possible in case of violation of the statute law. Nowadays an appeal will also be admitted if there is violation of the unwritten law.

Henceforward the Supreme Court will be able to direct the administration of justice in matters of International Law and of Private International Law, even with regard to matters that are not regulated by treaty or statute. The Dutch legislator, however, has shrunk from charging the Supreme Court with the duty of applying the foreign law. The author considers this decision not in agreement with the legal evolution in other countries.

The fact that the grounds of appeal have been extended to the violation of the unwritten law has much affected the wording of the appeal to the Supreme Court. Indeed, the quotation of the violated articles of the statutes is no longer required.

Since its institution in 1838 the Supreme Court has been competent to decide the cases brought before it without *renvoi*. The case is only sent back to a lower court if there is an informality in the annulled judgment or if the decision of the legal question requires a further examination of the facts. The lower court in these cases is bound by the decision of the Supreme Court. This regulation has proved to be efficient and has only been modified in some minor respects.

D. J. Veegens is the author of *Cassatie in burgerlijke zaken* (Zwolle, 1959), in which the draft of the present law is commented at length.