

**HANDELINGEN**  
**DER**  
**NEDERLANDSE**  
**JURISTEN-VERENIGING**

**1951**

**EEN EN TACHTIGSTE JAARGANG**

---

**I**



**N.V. UITGEVERS-MAATSCHAPPIJ**  
**W. E. J. TJEENK WILLINK, ZWOLLE, 1951**

## **De beginselen van het burgerlijk bewijs**

(Dienen bij overbrenging van het bewijsrecht naar het W. v. B. Rv. de fundamentele beginselen van dat bewijsrecht—zoals lijdelijkheid, bewijslast, vrije of gebonden bewijsleer—te worden herzien?)

### **Praeadvies van Prof. Mr J. Eggens.**

#### **HOOFDSTUK I. DE BETEKENIS VAN „BEWIJS” IN HET BURGERLIJK PROCES**

§ 1. *Strekking van het (burgerlijk) proces en van het daarin te leveren bewijs.*

*De betekenis daarvoor van de onderscheiding van rechtsbetrekkingen in die welke al dan niet ter vrije bepaling van partijen staan.*

De ons door het Bestuur onzer Vereniging ter behandeling voorgelegde vraag houdt de opgave in de beginselen, welke fundamenteel zijn voor onze huidige wettelijke regeling van het burgerlijk bewijs, te vergelijken met de beginselen, welke daaraan in de — nabije — toekomst ten grondslag behoren te worden gelegd. De vraag, welke die beginselen „zijn”, is echter niet te beantwoorden los van de vraag, welke die beginselen „behoren te zijn”. Want rechts-beginselen zijn — fundamentele — waarde-oordelen, oordelen van behoren, en zij kunnen niet — eenzijdig — uit een (onderdeel van een) wettelijke regeling worden afgeleid (gededuceerd), maar hebben — omgekeerd en primair — eveneens de functie de betekenis van die wettelijke regeling (van die wettelijke tekens) nader te bepalen.

Elke wettelijke regeling toch is noodzakelijkerwijs onvolmaakt: onvolledig en onzuiver. De aan haar ten grondslag liggende beginselen — *voorzover* doordacht en „sprekend” — zullen elkander altijd — min of meer — „tegenspreken”.

Dat geldt met name een wettelijke regeling als onze huidige regeling van het burgerlijk bewijsrecht, die deel uitmaakt van een meer dan honderd-jarige codificatie welke

— ook wat de bewijsregeling betreft — meer dan eens ingrijpend — maar altijd partieel — is herzien, juist omdat andere beginselen dan die, welke den wetgever van 1838 voor ogen stonden, om wijziging vroegen<sup>1</sup>.

Het antwoord op de vraag, welke de fundamentele beginselen zijn van ons huidig burgerlijk bewijsrecht, „zoals lijdelijkheid, bewijslast, vrije of gebonden bewijsleer”, laat zich dan ook uit onze wettelijke regeling van het bewijs zonder meer niet afleiden. Dit kon reeds gezegd worden ten aanzien van de beginselen, welke aan de wetgeving van 1838 te dezen aanzien ten grondslag lagen. Het geldt in nog versterkte mate sinds die wetgeving op tal van punten is gewijzigd, welke wijzigingen blijk gaven van verandering van inzicht omtrent fundamentele beginselen (zoals schrapping van de artikelen 1933 e. v. B. W., invocging van art. 19a Brv.), maar zonder dit anders dan ten aanzien van *bepaalde* punten tot uitdrukking te brengen.

Op menig punt van bewijsrecht heerst dan ook onzekerheid door onzekerheid aangaande de toe te passen beginselen, een onzekerheid, welke nog is toegenomen sinds rechtswetenschap en rechtspraak begonnen zijn de opvattingen van de school, welke Bonnetcase „l'école de l'exégèse” noemde, te boven te komen, en zich meer bewust gingen worden van hun rechts-vormende taak, welke inhoudt systematisering, die wederom niet kan geschieden zonder bewustzijn van de beginselen welke ons oordeel omtrent de betekenis van wettelijke bepalingen zowel als van (andere) rechtsfeiten mede *behooren* te bepalen.

Het vorenstaande moge voldoende zijn ter motivering dat ik hier niet zal zoeken naar de beginselen, waarvan — zoals het heet — onze wetgever is uitgegaan bij de regeling van het burgerlijk bewijs, maar naar die waarvan onze wetgever — bij de huidige stand van ontwikkeling van ons recht — *behoort* uit te gaan, wanneer hij zich zet aan de overweging in hoeverre onze huidige bewijsrecht-regeling eventueel behoort te worden gewijzigd.

Hiertoe dient allereerst te worden bepaald („bewezen”, kan men ook zeggen), wat bewijs in burgerrechtelijken zin

<sup>1</sup> Men zie hiervoor STAR BUSMANN: „Het burgerlijk wetboek en het burgerlijk proces (bewijs)” in Gedenkboek B. W. 1838—1938, blz. 611 e. v., met wiens beschouwingen en voorstellen tot wijziging (schrapping vooral) ik mij in het algemeen verenig.

betekent. Want het begrip bewijs heeft — als elk begrip — niet een *vaste* — eens en voor al — bepaalde betekenis, maar een *te ontwikkelen* betekenis, en deze ontwikkeling heeft te geschieden naar het verband waarin, en naar het doel waartoe, dat begrip wordt gebezigd.

Bewijs in burgerrechtelijken zin nu is, om te beginnen, juridisch bewijs, en als zodanig een begrip van het recht, dat bepaald wordt door het begrip (dat wij) van het recht (hebben). Het recht bepaalt rechtsbetrekkingen, betreft de daaraan onderworpen personen tot elkander. Deze personen behoren zich jegens elkander te gedragen gelijk het recht dit bepaalt en dit daarmede van haar verlangt. Anders gezegd: de rechts-personen (waaronder hier verstaan worden alle personen van en voor het recht) verwerkelijken het recht door zich — jegens elkander — als persoon van het recht te gedragen. Voorzover zij dit niet doen — en daarmede te kort doen aan eigen en ander persoon — kan het recht hierop sancties stellen en o. a. haar daartoe dwingen, voorzover zulks praktisch mogelijk is, door zijne daartoe gekwalificeerde organen. Daartoe zal het veelal nodig zijn dat de rechtsbetrekking der betrokken personen met objectieve (rechts-)geldigheid wordt bepaald. De bepaler hiertoe is in het algemeen de rechter, als daartoe gekwalificeerd overheidsorgaan gedacht, die deze objectieve bepaling verricht in het voor hem gevoerde proces dat eindigt in een vonnis, dat rechtskracht heeft<sup>1</sup>.

Dit proces is in wezen het proces — in den zin van het procederen, de ontwikkeling — van de rechtsbetrekking der daartoe betrokken personen, ten overstaan van den rechter, opdat deze in zijn vonnis deze rechtsbetrekking bepale, zoals deze voortaan voor deze personen rechtens objectief (zij het eventueel slechts relatief) te gelden heeft.

Het bewijs nu in juridischen zin vindt plaats in dit proces, en strekt ter bepaling van de rechtsbetrekking der daartoe betrokken personen. Dit bewijs — als handeling gedacht — kunnen wij dus rechtshandeling noemen, als handeling (naar objectief rechts-oordeel) gericht op dit rechtsgevolg (deze bepaling van rechtsbetrekking), en het karakter en de betekenis van deze handeling worden dus allereerst door dit

<sup>1</sup> Voor de betekenis van de rechtskracht (gezag van gewijsde) in haar geheel (van het *burgerlijk* vonnis) vergelijke men o. a. mijne bewerking van LAND VI biz. 192 e. v., 211 e. v. 230 e. v., naar welke bewerking ik ook overigens moge verwijzen ter aanvulling van het in dit prae-advies betoogde.

doel, deze strekking, bepaald. En dit karakter en deze betekenis van deze handeling worden *nader* bepaald door het karakter en de betekenis van de betrokken rechtsbetrekking. Want de betrekkingen des rechts (en der personen) zijn onderscheidene, en wij onderscheiden die gewoonlijk allereerst in publiek- en privaatrechtelijke. Maar ook de privaatrechtelijke betrekkingen behoren te worden onderscheiden, en — in dit verband — allereerst in die, welke (in beginsel) wel dan niet ter vrije bepaling van de daartoe als partijen betrokken personen staan.

Wanneer we ons tot de meest relevante onderscheiding van het privaatrecht bepalen, dan kunnen we zeggen dat de onderscheiding in wel dan niet ter vrije bepaling van partijen staande rechtsbetrekkingen in het algemeen parallel loopt met de onderscheiding in vermogensrechtelijke en familie-rechtelijke betrekkingen, en ook dat in de eerste het privaatrechtelijk moment het meest overheersend is (want private rechtsbetrekkingen zijn nooit zonder publiekrechtelijke momenten — en omgekeerd).

Met rechtsbetrekkingen welke ter vrije bepaling van partijen staan, worden hier dan ook speciaal bedoeld vermogensrechtelijke betrekkingen, en wij gebruiken dezen eersten term voor den tweeden om daarmee aan te duiden een gewichtig rechtsbeginsel: dat het vermogensrecht bij uitstek het privaatrechtelijk gebied is waarin het de personen — juist als *private* personen — veroorloofd is en veroorloofd behoort te zijn (en te blijven) hare onderlinge betrekkingen *te zamen* in vrijheid te bepalen. Op dit „te zamen” komt het — hier — speciaal aan<sup>1</sup>. Ieder persoon is in beginsel bevoegd hare private rechten al dan niet geldend te maken — daarvoor zijn het juist *hare* rechten. Maar in het vermogensrecht geldt speciaal ook het beginsel dat betrokkenen bevoegd zijn hunne onderlinge verhouding, dat wil dus zeggen hunne vermogensrechtelijke betrekking *tot elkander*, in vrijheid te bepalen, krachtens *overeenstemmende* wilsbepaling (die zich niet alleen kan uiten in een overeenkomst in stringenter zin, maar ook algemener in een jegens elkan- der aangenomen houding).

En deze beide bevoegdheden vormen een hoog goed — ook voor den Staat, die aan deze bevoegdheden de *grens*

<sup>1</sup> Verg. hierbij mijne opmerkingen in LAND VI, blz. 233, noot 3, waaraan SCHELTEMA in zijn Bewijsrecht, blz. 24, kennelijk voorbijging.

mag — en behoort te — stellen welke het openbaar belang vereist, doch wiens (openbaar) belang evenzeer vereist dat hij de behartiging en de bepaling van de bijzondere belangen — en dat zijn bij uitstek de vermogensrechtelijke belangen — overlaat aan de bijzondere personen, voorzover zijn (openbaar) belang zulks verdraagt, en voorzover dus de bijzondere personen hare vrijheid niet misbruiken op voor het openbaar belang niet te aanvaarden wijze.

De Staat heeft groot belang bij deze „vrijheid tot vermogen” van zijne burgers, omdat hij belang heeft bij het „vermogen tot vrijheid” van zijne burgers: evenzeer als een goede opvoeding van kinderen zelf-opvoeding zal bevorderen, door hun de gelegenheid te geven tot zelf-ontplooiing, behoort de Staat te bevorderen de zelf-opvoeding zijner burgers tot vrije burgers, en dit niet in de laatste plaats door zich van inmenging te onthouden in het maatschappelijk verkeer en daarmede op privaatrechtelijk terrein, voorzover deze inmenging niet dringend geboden is. Want vrij is hij die zich zelf bepaalt (naar eigen — zedelijk — wezen), en vrij kan alleen *worden* hij die de gelegenheid krijgt zich zelf te bepalen, en daarmede het vermogen *zich* tot vrije (en daarmede tot persoon) te *ontwikkelen*, waarbij dus de *mogelijkheid* van misbruik van dit vermogen — binnen bepaalde grenzen — als *noodzakelijk* kwaad ter wille van een hoger goed behoort te worden gedacht en aanvaard.

Een gelegenheid bij uitstek nu tot ontwikkeling van dit „vermogen”, is gegeven in de sfeer die beheerst wordt door de normen van het vermogensrecht, welks regeling dus gericht behoort te zijn op de ontwikkeling van dit „vermogen” door betrokkenen, door hun de vrije bepaling hunner vermogensrechtelijke betrekkingen te laten, voorzover het — onmiddellijk — openbaar belang zulks verdraagt.

Hiermede is dan — zeer summier — aangegeven de zedelijke rechtvaardiging, ja, de zedelijke eis, van privaat vermogen, zich uitend o. a. in het vermogen tot vrije bepaling van vermogensrechtelijke betrekkingen door de als private gedachte personen: dit „vermogen” (in dubbelen zin) is doel, d. w. z. mag normatief doel zijn en behoort dit te zijn, doch dit alleen omdat en in zoverre het tevens middel is tot hoger doel: de ware vrijheid (dus zedelijkheid), die alleen ontwikkeld kan worden wanneer het publiek belang en de private belangen elkander in wederkerigheid — en in

„aequitas” — doordringen en bepalen, zodat beide *elkander* tot hun recht doen komen. De waardering van het gewicht van deze onderscheiden belangen in hun onderlinge *verhouding*; zodat noch het ene noch het andere in onredelijke mate abstractelijk overheerst (en daarmee *zelf* geschaad wordt), behoort tot de moeilijkste en belangrijkste taken van wetgever (in abstracto) en rechter (in concreto) beide en — tenslotte — van ieder rechtsgenoot, zal deze waarlijk burger genoemd mogen worden.

§ 2. *Het voorwerp van bewijs in het vermogensrechtelijk proces. De functie van partijen en die van den rechter in dit bewijs.*

Wij meenden deze kleine uitweiding nodig te hebben om nader te kunnen adstrueren dat de betekenis van den term bewijs mede wordt bepaald door het verband waarin deze term wordt gebezigd en het doel waartoe het bewijs strekt. En wij willen bij deze nadere adstructie ons het bewijs denken als handeling, werkzaamheid — en als resultaat daarvan — in het vermogensrechtelijk proces, omdat aldus het verband waarin, en het doel waartoe van bewijs gesproken wordt, geconcretiseerd worden en omdat dit proces ook datgene is dat onzen wetgever — in het algemeen gesproken — speciaal voor ogen stond toen hij zijne wettelijke regeling van het burgerlijk bewijsrecht en van het burgerlijk proces bepaalde.

Doel van dit proces is altijd — wat het ook meer moge zijn — een bepaalde vermogensrechtelijke betrekking van eiser tot gedaagde rechtens — objectief — bindend te doen bepalen door den rechter. Doel van bewijs — als middel tot dit doel — is hetzelfde: door middel van bewijs wordt dit doel bereikt. Dit bewijs strekt dus ter bepaling van deze rechtsbetrekking, en deze (bepaling van) rechtsbetrekking mogen we dus noemen het voorwerp, object, van bewijs, als het doel, het resultaat, waarop de werkzaamheid van het bewijzen is gericht. En deze rechtsbetrekking is niet een *feit*, dat *bestaat*, maar een bewustzijns — en dus gedachte — inhoud, welke *geldt*, en wel: rechtens, d. w. z. welke geldt naar juridisch — dus normatief — oordeel.

Zo kunnen we dus ook zeggen dat voorwerp, doel en resultaat, van bewijs in dezen zin is: (bepaling van) een rechts-

oordeel, en wel van het *partijen*-bindend oordeel dat een bepaalde vermogensrechtelijke betrekking tussen haar geldt. Of — verkort gezegd — dat bewijs in dezen zin is: bepaling van vermogensrechtelijke betrekking, waarbij dan „bepaling” omvat zowel de werkzaamheid van het bepalen, als het werkelijkte resultaat van deze werkzaamheid: het — reehtens — bepaald zijn van deze rechtsbetrekking.

Nu weet ik wol dat dit resultaat (doel) is het eind-doel en het eind-resultaat van de bedoelde (en dit resultaat bedoelende) werkzaamheid, en dat daarin onderscheidene, voorlopige, doelen en resultaten begrepen zijn. Met het vorenstaande wordt dan ook geenszins bedoeld te betogen dat het uitgesloten zou zijn dat feiten voorwerp van bewijs zouden zijn in het vermogensrechtelijk proces. Maar wel om te betogen dat *niet* uitsluitend feiten voorwerp van dit bewijs zijn, dat een vermogensrechtelijke betrekking bewezen kan worden zonder dat daartoe vooraf enig concreet, materieel, deze betrekking scheppend, feit bewezen zij, en — vooral — dat het feitelijk moment in dit bewijs-„proces” geen zelfstandige betekenis heeft, maar voortdurend ondergeschikt is aan het einddoel waarop dit „proces” gericht is, en dan ook voortdurend staat onder het „rechts-oordeel”, zodat feiten in dit proces alleen behoeven te worden gesteld en bewezen *indien en voorzover* dat voor dit doel wordt vereist.

Met het vorenstaande wordt dan ook niet bedoeld te betogen dat normen (van objectief recht en ervaring) in dit „proces” voorwerp zouden zijn van bewijs, maar wel dat normen, en allereerst rechtsnormen, daarin het bepalende moment zijn, en de feiten het daardoor bepaalde moment, zodat feiten daarin (eventueel) gesteld en bewezen worden niet om hunzelfs wille en als „blote feiten”, maar alleen voor zover dat naar hun normatief moment (hun normatieve „zijde”) in verband met het concrete geval wordt vereist<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Zodat b.v. een geldlening van f 2000,— kan worden gesteld en bewezen (b.v. door een akte van schuldbekenenis), zonder dat enig concreet materieel, vóór het proces verricht feit komt vast te staan, waaruit naar regelen van objectief recht een rechtsbetrekking nit geldlening voortvloeit. Wanneer men dan ook aanvaardt dat een „overeenkomst (of verbintenis) van geldlening” voorwerp kan zijn van bewijs, en dat zo een overeenkomst bewezen kan worden zonder dat feiten worden bewezen waaruit men de overeenkomst kan zien „geboren” worden (trouwens een overeenkomst kan men niet zien „geboren” worden zonder bij dit „zien”



Met de omschrijving van het bewijs als „bepaling van vermogensrechtelijke betrekking”, werd dan ook beoogd het *raam* aan te geven, waarin zich het bewijs-„proces” afspeelt als een *organisch*-geleed geheel, dat bepalend is voor al zijne leden, welke daarvan niet — als losse delen — afgedacht (geabstraheerd) mogen worden, zodat alle leden van dit geheel gedacht behoren te worden als een normatief, allereerst door rechtsnormen, bepaalde werkzaamheid, gericht op een normatief, allereerst door rechtsnormen, bepaald resultaat.

Deze werkzaamheid, in hare *volledigheid* gedacht, wordt niet alleen verricht door partijen en — middellijk — door derden (getuigen, deskundigen), maar ook door den rechter: ook de rechter bewijst, betoogde ik bij LAND (blz. 19). Hiertegen is SCHOLTEN opgekomen in zijne bespreking van mijn Bewijsrecht in W. P. N. R. 3400, blz. 97. Volgens hem *doet* de rechter zich bewijzen, n.l. door partijen, maar hij bewijst niet.

Nu mag men inderdaad zeggen dat de rechter zich een bepaald te bewijzen object doet bewijzen door partijen, maar dit belet m. i. niet dat men — van de *andere* zijde — mag zeggen en behoort te zeggen dat partijen zich dit te bewijzen object doen bewijzen door den rechter, en wel voorzover zij er in slagen (of een van hen er in slaagt) hetgeen zij op grond van het door haar overgelegde bewijsmateriaal bewezen *willen* zien, bewezen te doen verklaren door den rechter. Zolang de rechter dit te bewijzen object nog niet bewezen verklaard heeft, is het — rechtens — nog niet bewezen, en in dit bewezen verklaren, in deze werkzaamheid van den rechter, ligt een der momenten van de werkzaamheid welke juridisch bewijs heet opgesloten: de — door normatieve oordelen bepaalde — werkzaamheid van het bewezen verklaren door den rechter is *diens* functie in het geheel van het bewijs-„proces”. Zodat men evenzeer kan zeggen dat de rechter *aan* partijen bewijst, als dat partijen aan den rechter bewijzen, en zelfs behoort te zeggen dat hetgeen

---

normatief waarderend te denken), dan aanvaardt men daarmee eigenlijk (*reeds*) het in den tekst gestelde.

Tor aanduiding dat de rechtens-relevante feiten (rechtsfeiten) in het proces veelal alleen bepaald zullen behoeven te worden naar hun *rechts*-moment en niet naar hun *feitelijk* moment (zodat deze feitelijke zijde daarin veelal geheel of grotendeels onbepaald zal blijven), gebruikte ik bij LAND (*passim* — zie alfabetisch register) de onderscheiding *rechts*-feiten tegenover *rechts-feiten*.

partijen bewezen *willen* zien, eerst *werkelijk* (rechtens objectief, partijen — relatief — bindend) bewezen *is*, nadat on *doordat* de rechter dit bewezen *heeft* verklaard<sup>1</sup>.

De functie van partijen in het geheel van het bewijs- „proces” is het (ter beoordeling door den rechter) stellen van de rechtsbetrokking, gelijk deze naar *haar* oordeel (naar elker — meer of min tegengesteld — oordeel) geldt, en het aanvoeren van het bewijsmateriaal (de — eventueel — *bewijzende* feiten) dat naar *haar* oordeel dit (in tegengesteldheid tot elkander) gestelde bewijst. Dit bewijsmateriaal (de bewijsmiddelen) zijn, naar het oordeel van hem die ze aanvoert, de tekenen, welke de rechtsbetrokking „betekenen” of bewijzen, gelijk hij deze betrekking rechtens wil doen gelden. De bewijsmiddelen (waaronder het door partijen gestelde te begrijpen valt) „betekenen” of bewijzen inderdaad de rechtsbetrokking, doch zij doen dit alleen onder voorwaarde dat partijen hen dit *doen* betekenen door ze aan te voeren, en wel *ter* bepaling, betekening, door den rechter, en dus *tevens* onder voorwaarde dat — ook — de rechter ze aldus „betekent”, d. w. z. ze dit doet betekenen, of te wel: hun de betekenis geeft, welke partijen (in tegengesteldheid tot elkander) hun toegekend willen zien.

„Als wij zeggen, dat het bewijs het oordeel van den rechter bepaalt en dat de rechter in het vonnis de rechtsbetrokking bepaalt dan gebruiken wij het woord „bepalen” in tweeerlei zin, in het eerste geval als aanwijzing van de causale afhankelijkheid, in het tweede geval als omschrijving van een doelbewust handelen”, zegt SCHOLTEN t. a. p.

Als ik het wel begrijp, dan wilde SCHOLTEN hiermede zeggen dat de (mijn) uitspraak dat de bewijsmiddelen het oordeel van den rechter bepalen, betekent dat het oordeel van den rechter afhankelijk is van de (dat oordeel bepalende) betekenis der bewijsmiddelen. En dan verklaar ik mij daarmede accoord, doch alleen onder voorwaarde dat ik daarbij mag voegen — hetgeen SCHOLTEN t. a. p. kennelijk *niet*

<sup>1</sup> Zoals een rechtshandeling, welke vernietigbaar is in dien vorm, dat zij eerst — werkelijk en rechtens werkzaam — nietig is nadat zij door den rechter nietig verklaard is, eerst in en door deze nietig-verklaring vernietigd en daarmee nietig wordt, zodat deze nietigverklaring dan de niet bloot constaterende, maar tevens constituerende werkzaamheid van het vernietigen inhoudt, op overeenkomstige wijze als de bewezen-verklarende werkzaamheid van den rechter de niet bloot constaterende, maar tevens constuerende werkzaamheid van den rechter in het „proces” van bewijzen inhoudt. Deze werkzaamheid houdt dan ook meer in dan men dikwerf laat gelden.

bedoelde — dat ook het omgekeerde geldt, n.l. dat ook de (juridische, de rechtsbetrekking — eventueel — bepalende) betekenis der bewijsmiddelen afhankelijk is van het (die betekenis bepalende) oordeel van den rechter. Want de „causale afhankelijkheid” (n.l. de afhankelijkheid van 's rechters oordeel van „het bewijs”) is niet een „natuurlijke” — een door natuur-causaliteit bepaalde — noch een formeel-logische — door de wetten van de Aristotelische logica bepaalde — afhankelijkheid, maar een juridische — en daarmee door normatief waarden bepaalde — afhankelijkheid. En daarmee is tevens gezegd dat die afhankelijkheid niet een eenzijdige afhankelijkheid is, maar een wederkerige; dat dus 's rechters oordeel niet — eenzijdig — door „het bewijs” wordt bepaald, doch dat — omgekeerd — „het bewijs” (d. w. z. de juridische betekenis der bewijsmiddelen) evenzeer bepaald wordt door het oordeel — het „doelbewust handelen” — van den rechter, zodat deze „bepaling” — dit bepaald worden — een wederkerig bepaald worden betekent: „het bewijs” en „het oordeel van den rechter” bepalen elkander in wederkerigheid, omdat het oordeel van den rechter afhankelijk is van wat „hem wordt bewezen”, maar omgekeerd hetgeen „hem (werkelijk) wordt bewezen”, ook afhankelijk is van zijn (waarderend bepalend) oordeel daarover. Zodat het geen woordenspel is — gelijk SCHOLTEN meende — maar begripsbepaling, wanneer we zeggen dat het bewijs (-materiaal) het oordeel van den rechter bepaalt en dat (in wederkerigheid) het oordeel van den rechter het bewijs (-materiaal) en daarmee de rechtsbetrekking bepaalt.

Dat dit bepalen van de juridische betekenis — en daarmee van de rechtsgevolgen — van de den rechter in het proces onmiddellijk of middellijk „verschijnende”, bewijzende of bewezen, feiten een moment vormt van het bewijs-„proces”, kan — voor ons huidige bewijsrecht — ook uit de wet „bewezen” worden. Want dit moment kunnen wij in wettelijke terminologie „vermoeden” (als werkzaamheid en als resultaat daarvan) noemen, of, om naar de omschrijving van art. 1952 B. W. te spreken: „gevolg trekken” (dat tot resultaat heeft: gevolgtrekking)<sup>1</sup>. En dit „gevolgtrekken”

<sup>1</sup> Dit moment kunnen wij ook „uitloggen” noemen, want uitleggen is — naar ik binnenkort elders nader hoop te adstrueren — het bepalen van de juridische betekenis en — daarmee — van de rechtsgevolgen van

is nu juist het moment in de werkzaamheid die bewijzen heet, welke daaraan *nooit* kan ontbreken. Want bewijzen — in welk verband men dit woord ook bezigt — vooronderstelt altijd noodzakelijkerwijze het trekken van conclusies, en dit vooronderstelt weer noodzakelijkerwijze het denken van bepaalde gedachte-inhouden (oordelen) in betrekking tot elkander op zodanige wijze dat daardoor een nieuwe gedachte-inhoud (oordeel) gevormd wordt.

De vorm waarin dit „oordeel-vinden” behoort te geschieden wordt bepaald door het verband waarin het geschiedt: door den aard van het oordeel dat „gezocht” en „gevonden” wordt of dat — anders gezegd — bepaald behoort te worden. Rechtens behoort deze oordeelsbepaling — „uit een bekende tot een onbekende daadzaak”, gelijk art. 1952 het noemt, d. w. z. uit reeds bepaalde oordelen tot een daaruit te bepalen (of ontwikkelen) oordeel — naar haar wezen te geschieden naar wat het recht in wezen is: bewijs in juridischen zin is *waarde-oordeel*. En dit in dubbel zin, want het bewijs in juridischen zin wordt — als werkzaamheid — bepaald door zedelijke waarden (waarde-oordelen) en bepaalt — als resultaat — een oordeel van zedelijke waarde.

een rechtshandeling (of ander rechtsfeit, al bezigen wij dit woord gewoonlijk alleen in verband met een rechtshandeling). Verg. ook mijne bewerking van LAND blz. 16 en 41.

Dat ook 's rechters waarderend bepalende werkzaamheid moment is in het bewijs-„proces” — en wel „übergreifend” moment in de elkander in wederkerigheid bepalende werkzaamheid van rechter en partijen — spreekt misschien het duidelijkst als men bedenkt dat de rechter aan een rechtshandeling een andere uitleg kan geven (dus waarderenderwijs kan bewijzen dat deze een andere betekenis heeft) dan *ieder* der partijen daaruit — in tegengesteldheid tot elkaar — bewezen wil zien. Een voorbeeld daarvan vindt men laatstelijk in het vonnis van de Rb. Zutphen, door Hof Arnhem, 21 Februari 1950, N. J. 1950, n<sup>o</sup>. 699, in appél beoordeeld. Het Hof verklaarde den rechter bevoegd „om bij de beoordeeling of de aangevoerde feiten het ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigen aan deze feiten een anderen uitleg te geven dan partijen deden”, en om derhalve op grond van den uitleg van een testament noch eiser, noch gedaagde, maar derden, gekwalificeerd aangewezenen, geroepen te verklaren door een testamentaire beschikking — al gaf het Hof zelf aan deze beschikking een anderen uitleg dan de Rechtbank.

Men lette er op dat de uitspraak der Rb. niet betekende dat door het testament — negatief — *niet* bewezen was dat eiser of dat gedaagde gerechtigd was, maar dat daardoor — positief — *wel* bewezen was dat noch eiser, noch gedaagde gerechtigd was, maar een derde categorie, welke laatste natuurlijk — als niet partij in dit geding — niet het gezag van gewijsde van dit vonnis voor zich zou hebben kunnen inroepen.

Dat uitleg van rechtshandelingen niet strekt tot het vellen van een „historisch” oordeel omtrent het al dan niet „bestaan” van iets, gelijk STUYLING 1<sup>e</sup> stuk, 2<sup>e</sup> ged., 2<sup>e</sup> druk, n<sup>o</sup>. 401, stelt, blijkt uit dit voorbeeld ook wel duidelijk.

Dit waarderend oordelen doen partijen als zij — ieder naar *haar* oordeel — de rechtsbetrekking in geschil stellen gelijk deze — naar *haar* onderscheiden oordeel — te gelden heeft, en als zij daartoe bewijs aanvoeren, maar dit oordeel van partijen is niet eenzijdig bepalend voor (het bepalen van) hare rechtsbetrekking, want de juridische betekenis van haar oordeel wordt mede, en uiteindelijk, haar bindend, bepaald door 's rechters bepalend (en wel tot rechtsbetrekking van partijen bepaald) oordeel in zijn vonnis.

Wanneer men aan deze rechterlijke werkzaamheid niet den naam „bewijzen” wil geven, dan miskent men naar mijn oordeel dat deze werkzaamheid niet enkel en zelfs niet in hoofdzaak bestaat in formeel-logisch-syllogistisch oordelen. Want alleen indien dit wel zo ware zou het passen te zeggen, gelijk SCHOLTEN deed, dat alleen partijen bewijzen (aan den rechter), want dan komt rechterlijke *waardering* naar juridische (en dus in wezen) zodelijke maatstaven van het door partijen aangevoerde bewijsmateriaal niet te pas, en zou de rechterlijke functie in het bewijs-„proces” slechts bestaan in het *constateren* op strict-formeel-logische wijze dat het bewijs door een der partijen (of door ieder van haar voor een deel) al dan niet geleverd was.

Maar de rechts-„vinding” (d. i. de oordeelsvorming) door den rechter is in wezen van anderen — van juridisch-waarderenden — aard, naar — ook — SCHOLTEN aanvaardde en in van zoveel wijsheid getuigenden vorm uiteenzette in zijn Algemeen Deel<sup>1</sup>. Bij *deze* opvatting van 's rechters functie past het te zeggen dat het rechtens bepalen van de rechtsbetrekking door den rechter in zijn vonnis het door hem bewijzen van deze rechtsbetrekking inhoudt.

---

<sup>1</sup> Men zie hierbij vooral ook de wijsgerig doordachte opmerkingen van B. M. TELDERS over „Rechtspraak en logica” in De Gids 1937, IV, blz. 103, 112, Verzamelde geschriften I, blz. 159-167.

Als men leest wat b.v. ANEMA en in navolging van dezen SCHELTEMA — waarover nog nader in de tekst — schrijven over „logisch bewijs”, is het misschien niet overbodig hier deze opmerking van TELDERS te herhalen: „Het dogma van de aristotelisch-scholastische logica, d. i. ten slotte van den syllogistischen opbouw van het betoog, als onfeilbaar criterium der waarheid, wordt sedert HEGEL door geen „deskundige” — d. w. z. door geen filosoof, wiens „vak” het immers is over het denken zelf na te denken — meer klakkeloos aanvaard”.

§ 3. *Bewijs in juridischen zin tegenover bewijs in anderen zin.*

Wanneer men het vorenstaande aanvaardt, dan is daarmee bepaald dat bewijs in juridischen zin niet is bewijs in logischen zin, maar ook niet in „conventionelen” of „maatschappelijken” zin, gelijk b.v. ANEMA in ASSER's handboek — blz. 38 — wil, en SCHELTEMA (die ook — blz. 35 — van „historisch” bewijs spreekt), maar dat het een specifiek *juridische* betekenis heeft, welke alleen bepaald kan worden door doordenking van het verband waarin en het doel waartoe dit bewijs heeft te geschieden. Een doordenking die ook doet blijken dat het bewijs in juridischen zin niet één onderscheidloze betekenis heeft, maar onderscheiden betekenissen of — beter — een zich nuancerende betekenis, al naarmate het betrokken wordt op een bepaalde, van andere onderscheiden, sfeer van het recht (b.v. strafrecht in onderscheid van burgerlijk recht, vermogensrecht in onderscheid van familierecht).

Anders gezegd: het *algemeen* begrip bewijs onderscheidt zich in — gaat uiteen tot — onderscheiden begrips-verbijzonderingen. Het *algemeen* begrip bewijs is object van doordenking voor de algemene wetenschap, de wijsbegeerte, en ligt als zodanig ten grondslag aan alle (zijne) begrips-verbijzonderingen, welke voorwerp van doordenking zijn voor de onderscheidene (vak-)wetenschappen. Eén dier begrips-verbijzonderingen is het bewijs in juridischen zin, dat alleen in en door de rechtswetenschap, naar juridische — en daarmee normatieve — waardering, kan worden bepaald of: bewezen, want ook deze bepaling mag bewijs genoemd worden. Hetgeen eigenlijk betekent dat het juridisch begrip van bewijs alleen uit het begrip van het recht waargemaakt kan worden<sup>1</sup>.

Als men ANEMA's tegenstelling — logisch en conventioneel of maatschappelijk bewijs — beziet (t. a. p. blz. 36 e. v.),

<sup>1</sup> Men vergelijke hierbij DOOYEWEERD's „De modale structuur van het juridisch oorzakelijkheidsverband”, Meded. Kon. Ned. Ac. v. Wet. afd. letterkunde, nieuwe reeks, deel 13, n<sup>o</sup>. 5 (1950), waarin deze schrijver onder de causaliteits-begrippen een specifieke plaats opoist voor het normatief juridisch causaliteitsbegrip, een begrip dat — evenals de bepaling daarvan door DOOYEWEERD gegeven — ook voor het juridisch bewijs-begrip en zijne bepaling van belang is.

dan zal men zien dat deze tegenstelling eigenlijk noerkomt op de tegenstelling: het verschaffen van absolute tegenover betrekkelijke zekerheid, evenals bij SCHELTEMA t. a. p. En dat volgens ANEMA juridisch bewijs geen logisch bewijs is omdat het in juridicis niet *nodig* is den rechter absolute zekerheid te verschaffen. Vergelijk blz. 38: „Dergelijke zekerheid ware voor den rechter in het proces in den regel niet verkrijgbaar”. Vraag: als deze zekerheid in het proces nu eens *wel* verkrijgbaar is en ook werkelijk verkregen wordt? Moet dan niet — volgens ANEMA — gezegd worden dat in *dat* geval juridisch bewijs *wel* gelijk is aan logisch bewijs? En als — aan den anderen kant — de rechter genoeg mag nemen met *betrekkelijke* zekerheid, geeft het ons dan enig inzicht in het specifieke karakter van het juridisch bewijs, indien wij dit bewijs — om deze reden — conventioneel of maatschappelijk bewijs noemen?

Het specifieke karakter van het aan de orde zijnde juridisch bewijs (in het burgerlijk, speciaal vermogensrechtelijk, proces) kan niet worden bepaald zonder dat daartoe is overwogen dat dit bewijs er niet (slechts) op gericht is het oordeel te bepalen (want alle bewijs strekt ten slotte tot bepaling van een oordeel) dat bepaalde feiten zijn geschied („zijns”-oordeel), maar er in wezen op gericht is het oordeel te bepalen dat bepaalde rechten en verplichtingen gelden van de ene procederende partij jegens de andere, of van beiden jegens elkander, m. a. w. dat een bepaalde rechtsbetrekking van partijen tot elkander geldt („waarde”-oordeel). Een overweging die van principiële betekenis is ter bepaling welke de bewijsmiddelen zijn, waardoor het bewijs in dezen zin geleverd behoort te worden. Bewijsmiddelen, hier gedacht zowel in materiëlen zin — d. w. z. als de in het proces door den rechter waargenomen bewijzende feiten — als in geestelijken zin, d. w. z. als de methode van — waarderend — oordelen en bepalen, waardoor de juridische betekenis van de bewijsmiddelen in materiëlen zin behoort te worden bepaald, en waardoor (door welke werkzaamheid dus) de — mogelijkwijze — bewijzende feiten eerst tot *werkelijk* bewijzende feiten worden. Want de feiten bewijzen alleen hetgeen men (de bewijzende) hen *doet* bewijzen, en dit *doen* bewijzen der feiten omvat, als het wezenlijke moment daarvan, het bewijzen van de betekenis der (alleen onder

voorwaarde van deze werkzaamheid werkelijk) bewijzende tekens<sup>1</sup>.

En nu spreekt het wel van zelf (d. w. z.: ik zal wel niet nader behoeven te bewijzen) dat de bewijsmiddelen (zowel in materiëlen als in geestelijken zin) andere zullen kunnen — en behoren te — zijn, al naarmate ze de strekking hebben te bewijzen (het oordeel te bepalen) dat bepaalde feiten zijn geschied, dan wel dat een bepaalde rechtsbetrekking tussen bepaalde partijen geldt (men denke slechts aan de specifieke bewijsrechtelijke betekenis van een partij-akte).

ANEMA's opvatting van de betekenis van bewijs in juridischen zin (nagevolgd door SCHELTEMA) houdt kennelijk verband met zijn opvatting dat slechts feiten voorwerp kunnen zijn van bewijs in het burgerlijk proces<sup>2</sup>.

Naar ANEMA's opvatting kent de rechter het objectieve recht (en de ervaringsregelen), maar in het algemeen niet de feiten, en: „daar hij ze in 't algemeen niet kent, zal hem daaromtrent kennis moeten worden verschaft door bewijs” (blz. 28).

In deze opvatting worden bij de bepaling van het juridisch bewijs-object de feiten losgemaakt van het recht, en daarmee van de te bepalen en te bewijzen rechtsbetrekking.

<sup>1</sup> Onze dikwerf te materialistisch (naïef-realistisch) ingestelde rechtswetenschap geeft er zich gewoonlijk niet voldoende rekenschap van dat de (wettelijke) bewijsmiddelen (en de eventueel bewezen materiële feiten) eerst werkelijk bewijzende middelen worden door middel van het denkproces dat de juridische betekenis van die middelen bepaalt, en dat — ten slotte — die middelen bepaalt tot (de alsdan bewezen) rechtsbetrekking.

Deze „geestelijke zijde” der bewijsmiddelen komt — maar op wel zeer ondoordachte wijze — in het B. W. tot uiting waar dit — in art. 1952 — van vermoedens spreekt als gevolgtrekkingen. De onderscheidene (als door elkander bepaald te ontwikkelen) betekenissen van „vermoeden” zijn dan ook veelzijdiger dan men gewoonlijk doet gelden, en houden — naar mijn oordeel — o. a. in dat de rechter naar ons huidige recht *elk* feit dat hij als zodanig in het proces waarneemt als „vermoeden” mag doen gelden, d. w. z. daaraan een „vermoeden” mag ontleenen, d. w. z. als — te zijner vrije beoordeling staand — bewijsmiddel mag doen gelden. Ik moge hiervoor verder verwijzen naar mijn bewerking van LAND VI, speciaal blz. 28 e. v., alsmede naar blz. 12 en 13 van dit praeadvies.

<sup>2</sup> Op blz. 42 en 43 van den vierden druk van zijn *Bewijsrecht* maakt ANEMA enige opmerkingen over wat, naar hij zegt, „eigenlijk minder juist wordt genoemd „bewijs van rechten””, en wat dan ook alleen betrekking heeft op bewijs door „andere feiten, dan die waaraan de wet het ingeroepen recht verbindt of deze met gelijke kracht vervangen”. Van werkelijk bewijs van rechten, onmiddellijk uit de processuele feiten, zonder een daartussen liggend bewijs van *materieel* de rechtsbetrekking bepalende feiten (zoals bij een akte van schuldbekenenis uit geldlening, of een akte, houdende erkenning van eigendom van een bepaalde zaak van de wederpartij in het geding), wordt daar niet gesproken.



Deze opvatting hangt waarschijnlijk ook samen met de materialistische (naïef-realistische) voorstelling, dat slechts hetgeen (zintuigelijk) waarneembaar is, voorwerp zou kunnen zijn van bewijs<sup>1</sup>. En deze opvatting stelt zich dan — omgekeerd — dikwijls weer als waarneembaarheid voor hetgeen in waarheid niet anders is dan een waardering (waardeoordeel), en wel een door (bewijzend) denken voltrokken (bewezen) waardering (waardeoordeel). Zo noemt SCHELTEMA — blz. 37 — het in een bepaalde maatschappij „gelden van normen van bepaalden inhoud” een *feit* (dat — dus — in beginsel voor bewijs vatbaar is), terwijl dit oordeel in waarheid een door waardering (*van* feiten en normen) gevormd waardeoordeel is. Evenzeer als het oordeel dat een bepaalde rechtsbetrekking geldt, een door waardering (*van* feiten en normen) gevormd waardeoordeel is. Welk laatste „feit” (d. w. z. waardeoordeel) dan echter volgens SCHELTEMA niet voor bewijs — in juridischen zin — vatbaar is<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Zo b.v. VAN BONEVAL FAURE (door wien ANEMA kennelijk is beïnvloed, gelijk ook SCHELTEMA) als hij in zijn „Het Nederlandsch Burgerlijk Procesrecht”, IV, 1, blz. 12 van het toelaten van het „rechtstreeksch bewijs” van rechten zegt: „Het ware toelaten van iets wat onmogelijk is”. Waarbij ik er ten overvloede aan herinner dat door mij niet ontkend wordt dat bewijs in juridischen zin slechts geleverd kan worden *door* feiten, n.l. door processuele feiten (bewijsmiddelen), maar wel ontkend wordt dat door deze processuele feiten onmiddellijk slechts *materiële* (vóórprocessuele „historische”) feiten zouden mogen worden bewezen, en niet onmiddellijk de rechtsbetrekking.

<sup>2</sup> SCHELTEMA stelt het bewijs van „feiten” tegenover het bewijs van „subjectieve rechten”, om dit laatste (dat dus blijkbaar minder „feitelijk” is dan het bewijs van het „gelden van normen”) buiten het bewijs in juridischen zin te plaatsen. Door mij wordt in stede van „subjectieve rechten” gesproken van „rechtsbetrekking”, om te doen uitkomen dat in het vermogensrechtelijk proces (het gelden van) een subjectief recht alleen wordt bewezen voorzover het geldt (in) de relatie van den gerechtigd-verklaarde tot zijne wederpartij in het proces, waarin het dan ook practisch in den regel ten slotte alleen te doen is om het verkrijgen van een bepaalde praestatie van de wederpartij.

SCHELTEMA — blz. 42 — niet aldus relativiserende, meent dat de aanvaarding van de toelaatbaarheid van het bewijs van subjectieve rechten (eigendom), zou impliceren het aanvaarden van een door de wet niet erkende wijze van eigendomsverkrigging, terwijl natuurlijk ’s rechtens uitspraak dat A (in zijn relatie tot B gedacht en te denken — want dat is de rechtskracht van deze uitspraak) eigenaar is van een bepaalde zaak, niet belet dat C deze zaak als zijn eigendom van A kan opvorderen, want het vonnis, gewezen in de zaak A—B, heeft slechts *relatieve* kracht van gewijsde, of bepaalt — m. a. w. — slechts de rechten (en plichten) van A en B, zoals deze rechtens gelden *jegens elkander*.

Mijn bezwaren tegen SCHELTEMA’s opvatting, voorzover deze parallel loopt met die van ANEMA, had ik reeds vóór de verschijning van SCHELTEMA’s boek (en van den 4en druk van ANEMA’s *Bewijsrecht* — jegens beiden met opvallend weinig succes) kenbaar gemaakt in mijne bewerking van LAND VI (passim). Voor ANEMA’s uitrekking van het begrip „feit”, zie o. a. deze bewerking blz. 184, om en in noot 1.

Zo meent dus SCHELTEMA enerzijds het bewijs in juridischen zin tot bewijs van feiten te moeten beperken, terwijl hij anderzijds den naam „feiten” geeft aan denkbareheden, waarin de feitelijkheid, en daarmee de waarnembaarheid, opgeheven is, en waarin dus generlei „zijns”-oordeel, maar alleen een „waarde”-oordeel wordt uitgedrukt. Zo meent dus SCHELTEMA te bewijzen dat alleen feiten voorwerp mogen zijn van bewijs in juridischen zin, maar bewijst hij in waarheid — zich zelven tegensprekende — het tegendeel. Ten minste: wanneer de lezer het bewijs dat ik hier — zo kort mogelijk — wilde trachten te leveren, als zodanig wil laten gelden. Want het antwoord op de vraag of ik dit — aan hem — bewezen heb, is mede afhankelijk van zijn bewijs-waarderend — en daarmee (aan zich zelven) be-wijzend — oordeel.

## HOOFDSTUK II. DE VRIJHEID VAN PARTIJEN

### § 4. *De betekenis van de houding van partijen in het vermogensrechtelijk proces.*

In het vermogensrechtelijk proces nu speelt het — onmiddellijk — bewijs der rechtsbetrekking een grote rol, en behoort het deze te spelen. Want in het vermogensrecht staat — naar wij gezien hebben — het beginsel voorop dat partijen bevoegd zijn hare vermogensrechtelijke verhouding tot elkander in vrijheid te bepalen, krachtens overeenstemmende wilsbepaling. En bij deze wilsbepaling staat weer voorop dat deze heeft te geschieden en beoordeeld behoort te worden naar normen van behoren: naar den eis van goede trouw, van hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt, van hetgeen de mens, als persoon voor het recht, verplicht is aan andere en eigen persoon.

Daarom heeft speciaal in het vermogensrecht de houding, welke de een jegens een ander aanneemt een belangrijke betekenis ter bepaling hunner verhouding: wanneer de een — A — jegens den ander — B — een houding aanneemt, welke B begrijpt als een wilsbepaling van A jegens hem — B —, dan zal — wanneer deze wilsbepaling tot A's „vermogen” (in dubbel zin) behoort, en wanneer B deze houding van A aldus *mocht* begrijpen naar den aangegeven maatstaf (van goede trouw onz.) — B zich daarop mogen

beroepen jegens A, en dan zullen partijen dusdoende hare rechtsbetrekking krachtens overeenstemmende wilsbepaling hebben bepaald, met de gevolgen welke daaraan rechteus naar denzelfden maatstaf beoordeeld — behoren te worden toegekend<sup>1</sup>.

En dit geldt niet alleen voor de houding welke partijen buiten het proces jegens elkander aannemen, maar dit geldt ook — en speciaal — daarbinnen, wijl in het proces hare verhouding „procedeert”, d. w. z. zich ontwikkelt, en deze ontwikkeling — krachtens het gestelde beginsel — primair wordt bepaald door hare overeenstemmende wilsbepaling, en daarmede door de houding, welke zij in het proces jegens elkander aannemen (respectievelijk: behoren aan te nemen).

Daarom behoeft in dit proces geen nader bewijs datgene waaromtrent partijen blijken hare conclusies gelijk oordelen, voorzover dit oordeel te harer vrije bepaling staat. Want in en door dit gezamenlijk oordeel bepalen zij — in *zoverre* als zij overeenstemmen — hoe zij gezamenlijk hare rechtsbetrekking bepaald willen zien, door den rechter. En daar haar dit (bepalend) oordeel vrij staat, behoort de rechter dit te doen gelden in en als zijn oordeel, en de rechtsbetrekking van partijen dienovereenkomstig te bepalen in zijn vonnis. En dit bepalen houdt bewijzen in, want door in zijn conclusie van eis te stellen hetgeen hij daarin stelt, *bewijst* de eiser (objectief: gedacht van het standpunt van „den rechter” uit) dat hij de rechtsbetrekking wil doen gelden gelijk hij deze gesteld heeft, en door daarop te antwoorden gelijk *hij* doet, *bewijst* de gedaagde dat *hij* de rechtsbetrekking wil doen gelden gelijk *hij* deze gesteld heeft, en daar hunne stellingen (oordelen) ter vrije bepaling van partijen staan — daarvan gingen wij immers uit — bepalen deze wederzijdse stellingen — voorzover zij overeenstemmen — elkander in wederkerigheid, en bewijzen dit daarmede in énen. Immers de gewisselde conclusies — als feiten welke de rechter als zodanig in het proces waarneemt — behoren als bewijsmiddelen te worden gekwalificeerd, en wel als bewijsmiddelen welke — ongescheiden, onderscheiden — „materiële” disposities inhouden, welke *tevens* „processuele” disposities zijn. De „materiële” zijde dezer wederzijdse disposities zouden

<sup>1</sup> Verg. hierbij mijn artikel: De bronnen van verbintenissen, in W. P. N. R. 4158 e. v.

we dan „vaststellingsovereenkomst” kunnen noemen, welke in en door dezelfde handelingen als waardoor ze tot stand komt, wordt bewezen (gelijk een buiten proces door wederzijdse schriftelijke wilsbepalingen tot stand gekomen overeenkomst, houdende vaststelling ener bepaalde rechtsbetrekking, in een daarop volgend proces dwingend of vrij bewezen wordt naar gelang de alsdan over te leggen schriftelijke verklaringen al dan niet als akten te gelden hebben).

De eiser maakt dus zijne stellingen waar doordat — en in zoverre — de gedaagde deze erkent en daarmee tot de zijne maakt, terwijl voor den gedaagde omgekeerd hetzelfde geldt. En terwijl een wederzijdse erkenning dat de aarde vierkant is, daaromtrent niets zou bepalen (noch materieel, noch bewijsrechtelijk en dit laatste noch naar „logisch” noch naar „conventioneel” of „maatschappelijk” bewijs), en alleen zou bewijzen dat de erkennenden het eens waren en waarschijnlijk in een eigenaardigen geestestoestand verkeerden, bepalen bovenbedoelde partijen, voorzoverre hare stellingen overeenstemmen, harer rechtsbetrekking jegens elkander. En dit bepalen houdt dan in zowel de *vaststelling* harer betrekking gelijk zij die — voortaan — willen doen gelden, als het *bewijs* daarvan, zowel aan elkander als aan den rechter.

En dit blijft — in beginsel — golden wanneer een der partijon op hare stellingen zou willen terug komen, want haar stellen betekent rechtens een rechtshandeling, welke den handelende — niet alleen jegens zijn wederpartij, maar ook jegens den rechter, tot wien hij zich (mede) richt — bindt voorzover de goede trouw zulks vereist, en welke haar dus (in zoverre) belet — als eisende partij — haar eis te veranderen, of — als gedaagde partij — tegenstrijdig verweer te voeren. Welk een en ander dus — omgekeerd — wél behoort te worden toegelaten voorzover de goede trouw zulks vordert.

Hetgeen hierboven werd „gesteld” — en slechts zeer summier „bewezen” wordt dikwijls anders gezien. Want het hierboven gestelde houdt — o. a. — in dat de gerechtelijke bekentenis naar waarheid bewijsmiddel mag heten in het vermogensrechtelijk proces, en daarin terecht niet alleen dwingende, maar ook beslissende bewijskracht heeft (dus

zonder dat daartegen — in beginsel — tegenbewijs is toegelaten)<sup>1</sup>.

Dikwijls toch wordt geleerd dat de gerechtelijke bekentenis geen bewijsmiddel is (vgl. ANEMA a. w. blz. 420 en de door hem genoemden). „Bekentenis” (aldus ANEMA t. a. p.) „sluit bewijsvoering uit, de wet ontheft en verbiedt den rechter, om zich over het onderwerp der bekentenis nadere zekerheid te verschaffen”.

Wat ik nu in het vorenstaande — o. a. — heb willen aantonen is dat niet slechts de wet dit den rechter verbiedt, maar dat ook het begrip dit doet, en wel het begrip van het vermogensrechtelijk proces en van de betekenis welke het bewijs daarin heeft. Wijl dit begrip medebrengt dat daarin de gerechtelijke bekentenis beslissend bewijsmiddel is, omdat de rechter, nadat deze bekentenis door gedaagde is afgelegd — in beginsel — niet meer heeft te vragen of het door eiser gestelde „waar” is, wijl deze bekentenis dit gestelde waar *maakt*. Of beter, immers vollediger: wijl het door eiser gestelde, gedacht in verhouding tot de erkenning van dit gestelde door gedaagde, de rechtsbetrokking van partijen — hoe deze voordien ook te gelden *had* — *maakt* (vormt,

<sup>1</sup> PETIT wil, in zijn Praeadvies over de grondslagen van het burgerlijk procesrecht, uitgebracht voor de vereniging tot het bevorderen van de beoefening der wetenschap onder de katholieken in Nederland (1940), als grond voor deze bewijskracht alleen de practische eisen „lites finiri oportet” en „de zekerheid van het van vertrouwen op bewijsmiddelen afhankelijk verkeer” doen gelden (blz. 12). Naar mijn oordeel doet deze opvatting te kort aan den zedelijken eis dat de bekennor in rechte in beginsel onherroepelijk gebonden behoort te zijn aan zijn wilsbepaling, waarvan hij — als persoon van het recht — de bepalende betekenis behoort te begrijpen, of althans tegen zich behoort te doen gelden. Ik moge overigens, voor veel wat hier onbesproken moet blijven, verwijzen naar PETIT's uitvoerig overzicht, met veel waarvan ik mij verenigen kan. Uiteraard niet met alles. Zoals b.v. met zijn uitspraak (blz. 15): „Menige procespartij mag het dan ook niet euvel worden geduid, dat zij tegen beter weten, in noodtoestand, ontkent”, voorzover dit betekent dat een procespartij ten *nadele* van hare wederpartij onwaarheid zou mogen spreken. Ten *voordele* van een wederpartij onwaarheid spreken acht ik — voorzover daardoor geen rechtsbelangen van anderen worden geschaad — niet ongeoorloofd: dit betekent eigenlijk niets anders dan het afstand doen of beperken van een aanspraak of het op zich nemen van een verplichting. Onwaarheid spreken ten nadele van de wederpartij behoort m. i., bij ontdekking in het proces, den „spreker” op dusdanige wijze euvel te worden geduid, dat het als „vermoeden” te zijnen nadele wordt behandeld, met zodanige bewijskracht als nader door de omstandigheden van het enkele geval wordt bepaald. Strafbaarstelling en toekenning van een actie tot schadevergoeding aan den benadeelde zouden — binnen duidelijk aan te geven grenzen — overwogen kunnen worden. Verg. hierbij STAR BISMANN, Hoofdstukken Brv. n<sup>o</sup>. 208.

ontwikkelt, bepaalt) tot de rechtsbetrekking gelijk deze voortaan in de onderlinge verhouding van partijen te gelden heeft, omdat deze betrekking ter vrije bepaling van partijen staat en partijen, door ten processe te handelen gelijk zij deden, hare betrekking dienovereenkomstig hebben bepaald, in een wederkerige handeling, welke zowel bewijzende handeling als bewezen vaststellingshandeling genoemd behoort te worden. Aldus behoort — naar mijn oordeel — de rechter te oordelen, wanneer hij naar de hiervóór aangegeven beginselen zijn oordeel bepaalt, en dan *bewijst* hij — aldus waarderend oordelende, evenals thans door mij geschiedde — dat de wederzijdse verklaringen van partijen, in het proces jegens elkander en jegens den rechter afgelegd, naar de beginselen des rechts *bewijzen* dat de rechtsbetrekking van partijen jegens elkander te gelden heeft gelijk zij haar hebben doen gelden. Dan behoort dus ook gezegd te worden dat de rechter daarvan *overtuigd* is, want aldus behoort hij dan *rechts* zijne overtuiging te bepalen.

Het vorenstaande houdt velerlei consequenties in, waarvan ik er hier enige noem.

§ 5. *Consequenties: I. Voor de betekenis van de gerechtelijke erkenning.*

De gerechtelijke bekenenis behoort gehandhaafd te worden als — in beginsel — beslissend bewijsmiddel, maar dan met het begrip dat zij dit alleen is, gedacht in verband (relatie) met de bepalende betekenis van het door de wederpartij gestelde. En ook met het begrip dat zij *beslissend* bewijs alleen mag zijn wanneer zij strekt ter bepaling van een rechtsbetrekking welke ter vrije bepaling van partijen staat. Voor zover dit niet het geval is, mag zij alleen de functie hebben van vrij (ter vrije bepaling van den rechter staand) bewijs, gelijk hieronder nog nader zal worden geadstrueerd.

Wij hebben hiervóór gezegd dat de onderscheiding in al dan niet ter vrije bepaling van partijen staande rechtsbetrekkingen in het algemeen parallel loopt met de onderscheiding vermogensrecht en familierecht. Wij deden dit ter vereenvoudiging van ons betoog, wel wetende echter, dat het een vereenzijdiging inhoudt en dat het een het ander niet volkomen dekt. Want enerzijds zijn er vermogensrech-

telijke betrekkingen welke niet ter vrije bepaling van partijen staan, n.l. die welke — en voorzover zij — in strijd zijn met de openbare orde, de goede zeden, dwingende wetsbepalingen en te beschermen belangen van derden. Zodat we ook — en wellicht beter — kunnen zeggen dat de openbare orde enz. de *grens* vormt aan de vrije wilsbepaling van partijen in het privaatrecht (want dit geldt voor het gehele recht). Voorzover blijken mocht dat een bekentenis de strekking inhoudt de rechtsbetrekking in strijd met de openbare orde enz. te bepalen, zal zij als „nietig” geoordeeld behoren te worden, en zover aannemelijk mocht zijn dat de mogelijkheid daartoe aanwezig is, zal de rechter haar niet zonder meer mogen doen gelden, maar nader bewijs behoren te verlangen waaruit blijken kan dat deze mogelijkheid geen werkelijkheid is. Waarbij de mate van zijn „verlangen” afhankelijk zal behoren te zijn enerzijds van de mate waarin van die mogelijkheid blijkt, anderzijds van de grootte van de belangen welke niet geschonden mogen worden.

Anderzijds zullen bij familierechtelijke procedures de laatstbedoelde belangen niet altijd in voldoende mate onmiddellijk betrokken zijn, dat daarin een gerechtelijke bekentenis nimmer — althans niet dan na het hiervóór bedoelde nader bewijs — als beslissend bewijs zou mogen worden aanvaard. Zo b.v. wanneer in een echtscheidingsprocedure de eiser een door gedaagde gestelde verzoening gerechtelijk erkent.

Ook buiten het familierecht (met het familie-vermogensrecht als overgang van familie- naar vermogensrecht, en aldus beide „gemengd” omvattend) gelden rechtsbetrekkingen, welke niet van zuiver vermogensrechtelijken aard zijn, en waarin het algemeen belang (waaronder te beschermen bijzondere belangen van derden hier begrepen worden) meer dan in het normale vermogensrechtelijk proces op den voorgrond treedt. Men denke aan het verenigingsrecht en aan de arbeidsovereenkomst, gelijk deze zich aan het ontwikkelen is.

De vraag naar de toelaatbaarheid van de gerechtelijke bekentenis als beslissend bewijsmiddel zal dan samen kunnen gaan met de vraag of aan het vonnis in de betrokken procedure (b.v. tussen een aandeelhouder en zijn N.V.) relatieve dan wel absolute rechtskracht behoort te worden toegekend, en in hoeverre het een dan van invloed zal behoren te zijn op het ander. Vragen, waaraan ik hier moet voorbijgaan.

De naam „gerechtelijke bekentenis” zou m. i. behoren te worden vervangen door „gerechtelijke erkenntenis”, daar „bekentenis” wijst naar „schuld” in strafrechtelijken zin. Deze erkenntenis behoort te omvatten elke ondubbelzinnige erkenning van de stellingen der wederpartij: hetgeen niet ondubbelzinnig erkend is, behoort slechts vrije bewijskracht te hebben. In welken vorm de erkenntenis afgelegd wordt — schriftelijk of mondeling — lijkt mij in beginsel onverschillig. Slechts zal bij den laatsten vorm de ondubbelzinnigheid (betreffende zowel de vraag „of” als de vraag „wat” ondubbelzinnig erkend is) niet zo spoedig aangenomen mogen worden als bij den eersten, die uit zijn aard aan de handeling een grotere bepaaldheid en bepalende betekenis geeft, zodat het wellicht practischer is aan de mondelinge gerechtelijke erkenntenis vrije bewijskracht te verlenen.

Is de erkenntenis niet een zuivere erkenntenis, omvat zij niet alle stellingen van den eiser, dan kan zij — uiteraard — niet de rechtsbetrekking zoals de eiser haar gesteld heeft, beslissend bewijzen. Wat zij dan wel bewijzen kan is in abstracto niet te zeggen: dat zal geheel en al afhangen van wat zij — meer of minder in overeenstemming met eisers posita — inhoudt, en van de (overige) omstandigheden van het concrete geval. Voorzover inderdaad uit een vergelijking van hetgeen partijen wederzijds gesteld hebben, blijkt dat gezegd mag worden dat partijen over een onderdeel daarvan gelijk oordelen, zal dit onderdeel door haar overeenstemmend oordeel beslissend bewezen zijn. Wanneer de gedaagde het (in het verleden) tot stand gekomen zijn van een overeenkomst gaaf erkent, maar daartegenover betaling stelt, dan behoort dit tot stand gekomen zijn beslissend bewezen geacht te worden, want dan loopt de rechtstrijd van partijen alleen over de vraag of er al dan niet betaling heeft plaats gehad. Betekent dit nu dat de gedaagde dan moet bewijzen dat hij betaald heeft? Niet noodzakelijkerwijze: dat hangt er van af hoe men denkt over de wijze waarop de bewijslast verdeeld behoort te worden en over de vraag in hoeverre de rechter, in zoverre als partijen het niet met elkander eens zijn, de bevoegdheid — en oventueel de plicht — behoort te hebben zijn „lijdelijkheid” — die blijkens het vorenstaande geldt voorzover partijen hare rechtsbetrekking in vrijheid overeenstemmend bepaald hebben — op te geven. Over deze beide punten volgt hieronder meer, waaruit zal blijken dat ik den rechter hier de vrijheid wens te zien toegekend zowel



om de bewijslast naar redelijkheid te verdelen als om de gene van partijen die in „bewijsnood” verkeert te hulp te komen<sup>1</sup>.

Het antwoord op de gestelde vraag hangt ook af van de vraag of men het vermoeden van voortduring (inhoudende dat een eens ontstane rechtsbetrekking vermoed wordt voort te duren totdat haar tenietgaan bewezen is) al dan niet in absoluten vorm doet gelden, al dan niet wil toepassen zonder te letten op de bepaalde en bepalende — aan ervaringsregelen te toetsen — omstandigheden van het concrete geval (zoals b.v. de omstandigheid dat spoorkaartjes e. d. niet anders dan tegen contante betaling plegen te worden verkocht).

Hoe concreter men denkt, d. w. z. hoe vollediger men in verhouding heeft leren denken, hoe meer men — dus ook — let op de bepaalde en bepalende omstandigheden van het concrete geval en hoe meer men zich — als rechter — deze omstandigheden door partijen doet bewijzen, voorzover zulks mogelijk en nodig blijkt, zo minder zal men het verbod van splitsbaarheid ener samengestelde erkenning van node hebben om een in bewijs-nood verkerende proces-partij te hulp te komen<sup>2</sup>. Mij althans lijkt het middel van

<sup>1</sup> Wanneer in de zaak BOMHOF-KOOY (H. R. 12 April 1946, N. J. 1946, n<sup>o</sup>. 502, m. o. VEEGENS, waarin de waarschuwing van het dogma der onsplitsbare bekentenis duidelijk aan den dag treden) de rechter in eerste instantie partijen voor zich had doen verschijnen — ik neem aan dat dit in casu niet geschied is — en haar ondervraagd had over de — in abstracto enigszins zonderling lijkende — overeenkomst welke BOMHOF te zijner bevrijding aan zijne bekentenis had „toegevoegd”, dan zou het mij niet verwonderen indien deze zaak reeds in eersten aanleg een uiteindelijke bevredigende oplossing had gevonden. In ieder geval zou zij dan over een „concreter” onderwerp hebben gehandeld dan over de „abstracte” vraag naar de betekenis van artikel 1961 B. W.

<sup>2</sup> Als een der middelen om die partij te hulp te komen kan nog genoemd worden de door den rechter op te dragen eed, een bewijsmiddel waarmede het wel eens zo gesteld zou kunnen zijn dat het voor den „verstandige” moeilijker te rechtvaardigen dan voor den „wijze” te aanvaarden is. Hetgeen trouwens ook nog wel van andere dingen — ook bewijsdingen — gezegd zou kunnen worden. Mij althans komt het voor dat onze wettelijke bewijsregeling in meer dan een opzicht wijzer is dan het (eenzijdig) analytisch denken er somtijds van heeft menen te moeten maken. Men denke b.v. aan de ontzegging van (dwingende) „materiële” bewijskracht (naar ANEMA'S terminologie) aan partij-akten. ANEMA heeft deze bewijskracht op bijzonder heldere wijze verdedigd, echter op gronden, welke hem er m. i. toe hadden moeten brengen óók de gerechtelijke bekentenis (evenals de schriftelijke „schuldbekentenis”) als een „echt” bewijsmiddel te aanvaarden, met dit verschil, dat de partij-akte vóór het proces is opgemaakt, en dus — slechts — dwingende bewijskracht behoort te hebben, terwijl de gerechtelijke bekentenis in het proces wordt afgelegd, en dus beslissende bewijskracht behoort te hebben.

verbod van splitsbaarheid veel ernstiger dan de daardoor te bestrijden kwaal, gelijk ik bij LAND VI (blz. 245 e. v.) betoogde, waarheen ik verder verwijzen moge ten betoge dat m. i. aan de samengestelde bekentenis vrije bewijskracht behoort te worden toegekend, voorzover niet — voeg ik er hier bij — een *deel* der stellingen van den eiser door het daarmede overeenstemmende deel van de stellingen van gedaagde, beslissend bewezen geacht behoort te worden.

§ 6. *Consequenties: II. Voor de betekenis van den eed.*

Hetgeen van de gerechtelijke erkentenis gezegd is, geldt mutatis mutandis ook van den beslissenden (partij-) eed. Deze eed wordt door de ene partij aan de andere opgedragen, en deze opdracht betekent dat de „opdrager” een beroep doet op het karakter van zijn wederpartij, doch tevens dat hij aanvaardt dat de to bezworen rechts-feiten (welke niet alleen rechts-feiten, maar ook *rechts*-feiten zullen mogen zijn) tussen partijen zullen gelden zó als zijne wederpartij die (eventueel) zal bezweren. Wordt de eed — eventueel na terugwijzing — afgelegd, dan geldt dus de rechtsbetrekking van partijen gelijk bepaald door den inhoud van den eed, en dan geldt dit krachtens de overeenstemmende wilsbepaling van partijen: zo behoort m. i. aan partijen, als personen van het recht deze wederzijdse wilsbepaling te worden toegerekend naar het recht en door den rechter, op overeenkomstige wijze, met overeenkomstige gevolgen, en met toelating in overeenkomstige gevallen, als zo straks voor de gerechtelijke erkentenis is aangegeven. Wordt de aflegging van den eed geweigerd, dan valt daaraan een even stringente conclusio — in tegengestelden zin — te ontleen als aan het afleggen van den eed, en is dus beslissende bewijskracht evenzeer op haar plaats.

Met den aanvullenden eed, die door den rechter wordt opgedragen, staat het iets anders, juist omdat de rechter dezen opdraagt: deze eed berust dus niet op de overeenstemmende wilsbepaling van partijen (tenzij een van haar den rechter verzocht heeft dezen eed aan de andere partij op te dragen). De bewijzende betekenis, die deze eed naar ons huidig recht heeft, vloeit dus niet voort uit de bevoegdheid van partijen (en hare gebruikmaking daarvan) om hare onderlinge rechtsbetrekking in vrijheid te bepalen. Hier is

het de rechter aan wien de bevoegdheid is toegekend door het opleggen van dezen eed de rechtsbetrekking van partijen te (doen) bepalen (n.l. haar te bepalen als afhankelijk van het wel dan niet afleggen van den eed, en haar dus door dit wel dan niet afleggen te *doen* bepalen).

Mij komt het voor dat de toekomstige wetgever goed zal doen den rechter deze bevoegdheid te laten, en hem daarmee het oordeel te laten om te doen hetgeen ook partijen jegens elkander zouden mogen doen: de rechtsbetrekking te doen bepalen door het al dan niet afleggen van den eed (in die gevallen waarin ook partijen dit mogen doen wyl de rechtsbetrekking te harer bepaling staat). Naar ik bij LAND VI (blz. 283) aangaf, meen ik zelfs dat deze eed bij een concretere opvatting van het bewijs een grotere rol zal kunnen — en behoren te — gaan spelen dan hij tot dusverre had, als een geschikt middel om in gevallen waarin de rechter twijfelt naar welke zijde hij zijn oordeel zal bepalen, den doorslag te (doen) geven (verg. de noot op blz. 22 hiervóór. Bij een concretere opvatting van het bewijs zal de vraag of er wel „enig” bewijs is, waarvan dan deze eed de „aanvulling” kan geven — omgekeerd — een geringere rol gaan spelen. Ik meen dan ook de vraag of de eis van „enig bewijs” gehandhaafd zou moeten worden — als niet van principiëlen aard — hier verder onbesproken te mogen laten.

### § 7. *Consequenties: III. Voor de betekenis van de partij-akte.*

Dat een partij-akte naar ons huidig recht dwingend bewijst tussen partijen, indien de partijen in de akte dezelfde zijn als — of te vereenzelvigen zijn met — de partijen in het proces, niet alleen *dat* de daarin vermelde verklaringen zijn afgelegd<sup>1</sup>, maar ook — en juist — de waarheid daarvan, wordt tegenwoordig algemeen aanvaard. De Staatscommissie GRATAMA achtte een dwingende bepaling van de materiële bewijskracht van partij-akten niet wenselijk, blijkens de tweede afdeling van den Tweeden titel (Bewijs) van haar Ontwerp Wetboek B.Rv. En evenmin „de grote meerderheid” van de vergadering onzer Vereniging, toen zij in 1924 de hoofdbeginselen van het bewijsrecht van het bedoelde

<sup>1</sup> Terwijl de authentieke akte dit ook bewijst met betrekking tot derden.

ontwerp besprak, voorgelicht door MEILINK en OFFERHAUS, van wie de laatste ook duidelijk het standpunt der Staatscommissie aanvaardde. OFFERHAUS (blz. 29 van zijn praeadvies) geef ik gaarne toe dat het in de praktijk niet zo heel veel verschil zal maken of de wet de materiële bewijskracht van partij-akten dwingend bepaalt dan wel aan de vrije waardering van den rechter overlaat „omdat, ook bij de interpretatie van het Ontwerp, de rechter uit de door het geschrift bewezen wilsverklaring, in verband met de afgifte daarvan, zal afleiden, dat een overeenkomst is tot stand gekomen of een kwijtschelding is verleend”. Maar juist omdat het zo vanzelf spreekt dat de rechter dit zal doen, omdat dit zo in den aard der zaak ligt, meen ik dat de dwingende „materiële” bewijskracht behouden moet worden, om een overeenkomstige reden, waarom de beslissende bewijskracht van de gerechtelijke erkenning behouden behoort te worden: degene, die een verklaring afgeeft aan zijne wederpartij in de rechtsbetrekking welke kennelijk strekt om dezen bewijs te verschaffen, behoort aan deze bewijs-verschaffing — dwingend — *gebonden* te zijn, omdat zijne wederpartij de *zekerheid* behoort te hebben dat hij in een eventueel proces de rechtsbetrekking, als gesteld in de akte, daarmede zonder meer zal kunnen bewijzen. Daartoe strekt — naar redelijken uitleg, naar de eisen der goede trouw en van het maatschappelijk verkeer — deze bewijs-overeenkomst. Zo zal de rechter deze overeenkomst *behoren* uit te leggen, maar als dit zo is, dan behoort ook de wet te bepalen dat de rechter haar aldus zal behoren uit te leggen, of te wel haar dwingende bewijskracht zal behoren te verlenen.

Naar ik vermoed zal deze uitspraak wel niet tot de meest bestredene behoren ter a. s. algemene vergadering. Want er heeft zich een merkwaardige en vrij snelle verandering voltrokken in de opvattingen omtrent de materiële bewijskracht van partij-akten, in het bijzonder onder invloed van hetgeen ANEMA en MELJERS daaromtrent betoogden.

Deze verandering betekent naar haar *wezen* — al is men zich daarvan niet altijd even scherp bewust — dat het bewijs in het burgerlijk — speciaal vermogensrechtelijk — proces een specifieke betekenis en functie heeft, welke mede bepaald wordt door de specifieke betekenis en functie welke de houding van partijen jegens elkander (en — in het proces — ook jegens den rechter) heeft voor de bepaling harer rechtsbetrekking.

Wij trachtten hiervóór de *bepalende* betekenis en functie van deze houding aan te geven, en willen hier alleen nog eens wijzen op het nauwe verband van deze betekenis en functie en die, welke aan de partij-akte behoort te worden toegekend.

Als men aan de partij-akte materiële bewijskracht toekent, dan is dat n.l. het gevolg -- of behoort dit althans het gevolg te zijn -- van het inzicht dat partijen, voorzover zij over hare rechtsbetrekking kunnen „disponeren”, ook over het bewijs daarvan kunnen „disponeren”, en dat zij, voorzover zij dat laatste doen . . . . ook het eerste doen in zoverre dat zij door bewijsrechtelijk te disponeren, hare — materiële — rechtsbetrekking daardoor naar hare bewijsrechtelijke zijde bepalen (als daardoor — dwingend — te bewijzen). Hetgeen m. a. w. betekent dat de materiële en de bewijsrechtelijke (processuele) zijden van en aan deze rechtsbetrekking een onderscheiden — maar niet te scheiden — eenheid vormen, voorzover het de bepaling daarvan door partijen betreft. En tevens behoort dan daarbij het inzicht te gelden dat het de *houding* welke partijen jegens elkander aannemen is, die deze disponerende werking heeft.

En dit betekent dat van hem die — zoals ANEMA — aanvaardt dat de partij-akte materiële bewijskracht heeft tussen partijen op grond van hare disponerende bevoegdheid, ook verlangd mag worden te aanvaarden dat de gerechtelijke erkenning en de (beslissende) eed (een nog verder gaande) disponerende betekenis hebben, en daarmede dat in het burgerlijk -- en speciaal het vermogensrechtelijk -- proces het begrip bewijs een specifieke betekenis heeft, welke alleen uit het begrip van dat proces kan worden bepaald.

Zo moge dan worden geconcludeerd dat partij-akte, bekenning en eed, de bewijskracht, welke zij naar ons huidig recht hebben, ook in het komende recht -- in beginsel -- behoren te behouden, en dat daarin ook overigens aan de houding van partijen (in en vóór het proces) een bewijsrechtelijk-bepalende betekenis behoort te worden toegekend, welke overeenkomt enerzijds met hare bevoegdheid tot zelfbepaling en anderzijds met de aan deze bevoegdheid inherente verplichting om zich hare houding te doen toerekenen „gelijk zulks in het maatschappelijk verkeer betaamt”.

Dat deze houding van partijen een bijzondere en belangrijke betekenis heeft voor het bewijs harer rechtsbetrekking, erkent onze wet ook in verschillende „wettelijke vermoee-

dens", en ook dat blijve — in beginsel — zo, terwijl deze houding dan overigens, als kunnende opleveren gewichtige „rechterlijke vermoedens", ter vrije bepaling zal behoren te staan van den rechter, gelijk nog nader zal worden ge- adstrueerd <sup>1</sup>.

### HOOFDSTUK III. DE VRIJHEID DES RECHTERS.

#### § 8. *Des rechters functie („activiteit" en „lijdelijkheid") in verhouding tot die van partijen.*

Het hiervóór overwogene houdt ook consequenties in voor de vraag in hoeverre de rechter zich in het burgerlijk proces „lijdelijk" behoort te gedragen. In abstracto kan daarop worden geantwoord: hoe actiever de rechter zich in het proces gedraagt, hoe beter, mits zijne activiteit zich niet richte op objecten, waaromtrent zij misplaatst zoude zijn. En dit zijn met name de objecten, waaromtrent hij voor de activiteit (de werkzaamheid) van partijen heeft te wijken.

Het burgerlijk proces is n.l. — in hoofdzaak — werkzaamheid van partijen en rechter; noch van partijen alleen, maar zeker ook niet alleen van den rechter. En deze werkzaamheid is een werkzaamheid in wederkerigheid: de aard, en daarmede de mate, van werkzaamheid van ieder dezer drie werkzamen (als er twee partijen zijn), wordt bepaald door de functie, welke ieder dezer drie in het proces vervult.

Ik heb getracht deze drie-eenheid van verhouding (van partijen tot elkander enerzijds, en tot den rechter anderzijds) summier te bepalen in den aanvang van mijne bewerking van LAND VI, wjl de bepaling hiervan fundamenteel is voor de ganse regeling van het burgerlijk proces en van het bewijs, dat daarin heeft te geschieden. Wij kunnen hier daarover slechts het volgende opmerken.

<sup>1</sup> Over de bewijsrechtelijke betekenis van deze houding zie men verder mijn bewerking in LAND VI op de plaatsen vermeld in het alphabetisch register onder „houding van partijen in het proces".

Hierbij vestig ik er nog de aandacht op dat als de rechter in zijn vonnis zijn overwegingen „wat de feiten betreft" geeft, hij daarin weergeeft de wederzijdse *stellingen* van partijen, en dat hij, als hij op grond daarvan concludeert tot hetgeen *tussen partijen* „vaststaat", reeds een bewijzende werkzaamheid heeft verricht, en wel op grond van wat die stellingen, in betrekking tot elkaar gedacht, bewijzen. En wat die stellingen — welke juridische waarde-oordelen inhouden (zoals b.v. de stelling van eiser dat hij een bepaalde zaak van gedaagde *gekocht* heeft) — bewijzen als „vaststaande", houdt dan wederom een juridisch waarde-oordeel in.

Het burgerlijk proces is moment in de verwerkelijking van private — subjectieve — rechten (in ruimen zin). En wel het moment waardoor degene die een recht pretendeert jegens een ander, de gelegenheid krijgt dat recht geldend te maken, en wel door dit recht (jegens dien ander, dus zijne rechtsbetrekking tot dien ander) — met rechtskracht — te doen bepalen door den rechter (ter eventuele tenuitvoerlegging daarvan).

Of en in hoeverre een gerechtigde zijn recht geldend wil maken of niet, staat — in beginsel — te zijner beoordeling: daarvoor is het *zijn* recht (hetgeen zijn recht tot al dan niet geldend making inhoudt, en — wederom — doet blijken dat „materieel” en „processueel” recht niet te scheiden, maar alleen te onderscheiden zijn). En of en in hoeverre een niet — of wellicht slechts „moreel” — „verplichte” een verplichting (als *rechts*-verplichting) op zich wil nemen (tegen zich wil doen gelden), staat — in beginsel — te *zijner* beoordeling: wil hij dit doen, dan is dat — in beginsel — zijn „recht”<sup>1</sup>.

Dit houdt in dat de rechter — in beginsel — het oordeel van partijen of en in hoeverre zij hare rechten en verplichtingen jegens elkander zullen geldend maken, heeft te aanvaarden als te *harer* beoordeling staande, zodat m. a. w. het oordeel van partijen hierover bepalend is voor *zijn* oordeel hierover, en zodat dus — in zoverre — het oordeel des rechters door het oordeel van partijen wordt bepaald (hetgeen hier hetzelfde is als: behoort te worden bepaald). Dit oordeel van partijen is dus een *privaat* oordeel, d. w. z. een oordeel dat door den privaten wil van partijen wordt bepaald.

's Rechters functie is het om tegenover d. w. z. in verhouding tot dit private oordeel (en dus met eerbiediging van dit oordeel voorzover dit rechtsgeldigheid heeft, d. w. z. voorzover partijen het eens zijn en dit gemene oordeel te harer bepaling staat) het *publieke* oordeel geldend te maken en daarmee van *zijn* zijde te doen wat nodig is om het (gepretendeerde) recht des eisers geldend te maken, en daarmee des eisers nog slechts *privaat* oordeel „publieke” (dit is: objectieve rechts-) geldigheid te geven, of om — omge-

<sup>1</sup> Men denke b. v. aan dengene, die als borg of als hoofdelijk mede-schuldenaar of bij wege van schuldoverneming een verplichting op zich neemt, die een natuurlijke verbintenis bekrachtigt, of die in den vorm ener dading een — betwistbare, en dus eventueel niet geldende — verplichting op zich neemt (of de mogelijkheid tot geldendmaking van een recht laat varen).

koerd — des gedaagden — negatief — oordeel geldigheid naar het recht te geven.

In de functie van den rechter in dit proces wordt dus het private oordeel van partijen getoetst aan het publieke oordeel, en wordt dit private oordeel van partijen, *voorzover* het rechtsgeldigheid blijkt te hebben, in en door het oordeel van den rechter tot publiek oordeel verheven.

Dit houdt o. a. in dat het burgerlijk proces van gemengd privaten en publieken aard is, een private en een publieke zijde heeft, welke zijden elkander in wederkerigheid bepalen. En als dit zo is, dan is daarmede de opvatting dat dit proces van louter publiekrechtelijken aard is, veroordeeld als een eenzijdige opvatting.

Het lijkt mij geen toeval dat deze opvatting zich vooral onder Duitsen invloed heeft ontwikkeld. En als ik lees: „In het licht van de ontwikkeling, die de procesrechtswetenschap in de twintigste eeuw heeft doorlopen, kan EGGENS' procesbeschouwing wellicht met een enkel woord gequalificeerd worden als: „Der Weg Zurück””, dan gevoel ik mij door deze qualificatie niet onbevredigd<sup>1</sup>.

Hiermede is dan — summier — aangegeven in hoeverre de rechter „lijdelijk” behoort te zijn in het burgerlijk pro-

<sup>1</sup> De geciteerde woorden komen voor op blz. 639 van Deel 140 (jg. 1934) van het Indisch Tijdschrift van het recht in een artikel „Nieuw burgerlijk procesrecht I De Waarheidsplicht”, van Mr G. WELJERS. Ik waardeer ten volle het idealisme van den schrijver, dat uit zijn bijdrage spreekt, maar meen dat dit verre zijn doel voorbijschiet, en dat de regeling welke hij voorstond (wat deze waarheidsplicht betreft) het vinden van de *betrekkelijke* waarheid (n.l. de ware *betrekking* van partijen, voorzover het nu eenmaal praktisch mogelijk — en wenselijk — is dat deze waargemaakt wordt) in den weg zou staan. WELJERS (blz. 636) stelt tegenover mijne procesbeschouwing voorop: „Het burgerlijk procesrecht heeft tot taak bij een rechtsgeschied het burgerlijk recht te handhaven; en heeft zodoende een dienende functie. Het vervult deze functie door langs den weg van een proces de door dit materiële recht toegekende rechten van private personen te beschermen en te verwerkelijken”.

Deze omschrijving omvat enige onzuiverheden waarop ik hier niet nader kan ingaan. Doch wel wil ik er op wijzen dat daarin van de „taak”, welke primair aan de private personen toekomt om hun eigen rechten — al dan niet — te doen gelden „langs den weg van een proces” (en dit is voor het begrip van het burgerlijk proces van primaire betekenis) in het geheel niet wordt gesproken, zodat in deze omschrijving de „private personen” met de hun door het „materiële recht toegekende rechten” worden veronzelvigd, en dus worden gedegradeerd tot „lijdend voorwerp”, dat — lijdelijk — de „bescherming” en „verwerkelijking” door „het burgerlijk procesrecht” heeft te ondergaan. Zo vervalt men door eenzijdigheid en niet voldoende *onder-scheiding* van de ene lijdelijkheid (die des rechters) in de andere (die van partijen).



ces<sup>1</sup>. En eigenlijk ook in hoeverre hij daarin „actief” behoort te zijn. Want het behoort daarin tot zijne functie de daarbij betrokken publieke belangen tot hun recht te doen komen.

Daarom behoort hij — naar wij reeds aangaven — er eventueel voor te waken dat partijen geen misbruik maken van hare vrijheid tot bepaling van hare rechtsbetrekking.

Daarom behoort hij ook de maatregelen te treffen welke voor een goeden procesgang wenselijk zijn, en welke — positief — bevorderen dat de private belangen van partijen tot haar recht komen. Want ook dit laatste is — naar wij reeds vroeger opmerkten — een publiek belang, hetwelk enerzijds inhoudt dat de rechter zich in zijne oordelende werkzaamheid binnen de aangegeven grenzen *doet* bepalen door het oordeel van partijen over hare rechten en plichten, maar dat hij anderzijds — met eerbiediging daarvan — zelf bepalend optreedt waar de respectieve — tegenstrijdige en eventueel gezamenlijke, doch door partijen tegenstrijdig geziene — belangen van partijen dit redelijkerwijze verlangen. Een optreden dat op zijn beurt weer bepaald wordt door de bepalingen, welke de wetgever<sup>2</sup> (het recht) daaromtrent gesteld heeft.

§ 9. *De functie des rechters en die van partijen in verhouding tot die van den wetgever.*

Doch aangezien het de functie van den wetgever is zijn wil — en daarmee zijn oordeel — „in abstracto” te bepalen is hij voor de *nadere* bepaling van zijn wil „in concreto” op zijn beurt wederom afhankelijk van den wil — en daarmee van het oordeel — van den rechter. En zo bepalen dus de oordelen van den wetgever en die van den rechter elkander in het concrete geding wederom in wederkerigheid, gelijk de

<sup>1</sup> In navolging van het geijkte spraakgebruik sprak ik hier van de „lijdelijkheid” des rechters, en ik stelde daartegenover zijne „activiteit”. In waarheid gaat het hier echter om dat moment in des rechters functie, waarin hij zijn functie als „bepaald wordend” (door de functie van partijen) behoort te denken, in *verhouding* tot het andere moment in des rechters functie, waarin hij zijn functie als „bepalend” (vóór de functie van partijen) behoort te denken.

Dezelfde verhouding wordt hier onder woorden gebracht door te spreken van „des rechters vrijheid” tegenover — d. w. z. in *verhouding* te denken tot — „de vrijheid van partijen”. Want volledige vrijheid is „vrijheid in gebondenheid” of te wel „zelf-bepaling” welke „zich doen bepalen” door datgene waardoor de vrije zich *behoort* te *doen* bepalen, inhoudt. Maar dat kan hier niet verder ontwikkeld worden.

<sup>2</sup> Wie in *wezen* deze wetgever is, blijve hier onbepaald.

oordelen van den rechter en die van partijen elkander in dat geding in wederkerigheid bepalen.

En zo blijkt er dus eigenlijk — wederom — te gelden een driedelige verhouding: die van partijen tot het recht en tot den rechter, wier oordelen (willen) elkander in wederkerigheid bepalen.

En de rechter is in deze verhouding de bemiddelaar (het „medium”): zijne functie is het de *bijzondere* willen van partijen enerzijds en de *algemene* wil des rechts anderzijds in zijn oordeel (vonnis) met elkander te verzoenen, en zijn oordeel betekent in éenen de veralgemening van de bijzondere willen van partijen en de verbijzondering van den algemenen wil des rechts. In *dezen* zin is elk vonnis een bemiddelend vonnis.

Dit houdt o. a. in dat het — nader bepalend — oordeel over de functie van den rechter aan dezen zelven overgelaten behoort te worden voor zover het de *bijzondere* omstandigheden van het concrete geval betreft, aangezien het eigenlijk die concrete bijzondere, in verhouding tot elkaar gedachte omstandigheden zelve zijn welke als mede-bepalend gedacht behoren te worden, en waarvan alleen de rechter de bepalende waarde kan bepalen. En hoe concreter (vollediger) men denkt, hoe meer die concrete, en daarmee concretiserende, omstandigheden van betekenis worden.

Dit betekent dat de wetgever wel algemene regelen mag stellen en behoort te stellen ter bepaling van de wijze waarop de rechter zijne functie in het proces behoort te vervullen, maar dat hij de *nadere* bepaling daarvan aan den rechter behoort over te laten op zodanige wijze, dat deze daardoor de gelegenheid krijgt zich door de bijzondere omstandigheden van het bepaalde geval te *doen* bepalen in zijn oordeel en in zijn handelen en dus *daarnaar* en eventueel *daartegenover* zijn oordeel en zijn handelen (en daarmee eventueel zijn *doen* handelen door anderen) te bepalen.

Het blijkt dus dat, evenals aan partijen een — betrekkelijke — vrijheid tot bepaling toekomt in hare verhouding tot den rechter (en het recht), ook aan den rechter een — betrekkelijke — vrijheid tot bepaling toekomt in zijne verhouding tot het recht (en partijen). En ook deze vrijheid is een hoog goed voor de rechtsbedeling en daarmee in het bijzonder voor de belangen van de partijen in het geding zoals deze door het recht behoren te worden verstaan: de

rechter behoort de gelegenheid te hebben de *bijzondere* omstandigheden van het *enkele* geval — zoals deze zich in elk geval weder anders genuanceerd vertonen en verband met elkaar houden — tot haar recht te doen komen. Dat is nu juist bij uitstek *zijn* recht — en plicht.

De rechter behoort dan ook te weten dat dit van hem verlangd wordt. En de wet behoort hem dit te *doen* weten — te doen weten dat zij hem dit toevertrouwt, enerzijds door niet te veel in bijzonderheden te treden, anderzijds door den rechter uitdrukkelijk nadere bepaling (eventueel daaronder begrepen: *afwijkende* bepaling) van hare regeling (ook van hare proces-regeling) toe te staan voorzover bijzondere omstandigheden zulks zullen blijken te verlangen.

Een goed wetgever is een wijs wetgever, die zijn eigen beperking kent en zich daarom in zijne regeling zelf-beperking oplegt. Die niet alles zelf wil bepalen, maar begrijpt dat hij de *nadere* bepaling van zijn wil aan den rechter behoort toe te vertrouwen. En die tevens begrijpt dat hij daardoor bevordert dat er goede rechters zijn, die hun taak goed kunnen vervullen: een „bevoogdend” wetgever houdt den rechter klein — voorzover hem dit praktisch gelukt. Gelijk hij zijne rechtsgenoten (voorzover hem dit gelukt) klein houdt door hen bevoogdend te behandelen, het — te veel — beter te willen weten dan zijzelf hoe zij hunne eigen belangen behoren te verzorgen. Evenzeer als het maatschappelijk verkeer zich niet bevredigend kan ontwikkelen zonder de zelf-werkzaamheid en de mogelijkheid tot zelf-bepaling der rechtsgenoten binnen niet te nauwe grenzen, evenzeer kan de rechtspraak zich niet bevredigend ontwikkelen zonder de zelf-werkzaamheid en de mogelijkheid tot zelf bepalen des rechters binnen niet te nauwe grenzen<sup>1</sup>.

In tegenstelling tot *HOTWING*, die zijn rectorale rede van 1947 „Zekerheid omtrent het recht” eindigde met de woorden: „Belangrijker dan een goede rechter is een goede wetgever”, ben ik van oordeel dat een goed rechter belangrijker is dan een goede wet. Hetgeen niet wil zeggen dat ik een goede wet onbelangrijk zou vinden, maar wel, dat ik van oordeel ben dat geen wet bevredigend kan werken, wanneer zij niet bevredigend verwerkelykt wordt door den rechter, en dat

<sup>1</sup> Verg. in dezen geest o. a. ook het slot van de „Slotbeschouwing” van het lezenswaardig proefschrift van M. L. KAN (Amsterdam, 1921): Bewijslast en bewijswaardering.

daarvoor nodig is dat de rechter een goed rechter zij. Terwijl daarvoor weer nodig is dat de rechter goed zij gevormd — theoretisch en praktisch — opdat hij de wet en de feiten kunne interpreteren, hunne betekenis — in onderlinge verhouding — kunne bepalen. Die werkzaamheid des rechters wordt bepaald door de wet, maar niet vergeten mag worden dat ook de werkzaamheid van de wet — in wederkerigheid — bepaald wordt door den rechter: de werkzaamheid (werking) van ieder hunner is bepalend voor, en wordt bepaald door de werkzaamheid (working) van den ander. En een minder goede, min of meer „dode” wet kan door een rechter nog „levend” worden gemaakt, maar geen wet kan een min of meer „doden” rechter „levend” maken. Een „levend” rechter kan echter wel door de wet „levender” gemaakt worden, n.l. wanneer die wet een „levende” wet en daarmee een „levenwekkende”, een inspirerende wet is, die den rechter niet ziet als een doden wetstoepasser, maar als een levend, vormend, orgaan van het recht, en die hem derhalve — binnen niet te nauwe grenzen — de gelegenheid laat *zelf* te overwegen en te bepalen voor zover de bewegelijkheid van het maatschappelijk verkeer en de bijzondere, telkens in andere variaties van het bijzondere geval (ook het proces-geval) zich vertonende, zich telkens verschillend tot elkander *verhoudende*, omstandigheden, zulks verlangen. Rechtszekerheid is — ook — een hoog goed, maar *absolute* rechtszekerheid zou de dood van het recht zijn.

Wij behoren dan ook te aanvaarden dat *betrekkelijke* rechtsonzekerheid inhaerent is aan het recht, en dat wij niet moeten pogen deze op te heffen door een zo *absoluut* mogelijke regeling in de wet zelve, en door daarmee den rechter zo *absoluut* mogelijk afhankelijk te maken van de wet, maar dat wij moeten pogen deze te beperken door een zo zuiver — zo organisch — mogelijke regeling in de wet van de *relatie* van wet en rechter, waarbij „ieder het zijne” gegeven wordt, in erkenning dat *beide* (in hunne werking en werkzaamheid) afhankelijk zijn van — en bepaald worden door — *elkaar*.

Daartoe is echter nodig begrip van deze relatie, en van de methode waarnaar de juridische oordels-vorming in deze relatie (door wetgever enerzijds en rechter anderzijds) behoort te geschieden. Het komt mij daarom voor dat het positieve recht — als systeem van oordelen — zich met

grotere zekerheid zou kunnen vormen — in wetgeving en rechtspraak beide — indien in de juridische wetenschap en opleiding, meer dan dikwerf het geval is, de nadruk werd gelegd op de ontwikkeling van deze methode. Want rechtszekerheid wordt, voor een niet onbelangrijk deel, bepaald door de „oordeels-zekerheid” (de zuiverheid van methode van oordelen) van hen die tot oordelen over het recht geropen worden. De vraag is dan ook niet zo zeer: wat is belangrijker „goede wet” of „goed rechter”, als wel: „wat is hoofdvoorwaarde voor „goede wet” en „goed rechter”? En dan antwoord ik: zuivering van het juridisch denken.

#### § 10. *Consequenties: IV. Voor den procesgang.*

Wij concluderen uit het vorenstaande dat de wetgever in zijne regeling een algemene bepaling van de functie van den rechter in het burgerlijk proces behoort te geven, doch daarnaast een „delegatie” aan dezen om, voorzover de bijzondere omstandigheden van het bepaalde geval zulks vereisen, zelfbepalend op te treden.

Of deze bevoegdheid tot nadere bepaling die tot *afwijking* van de wettelijke regeling — eventueel op gespecificeerde punten — behoort te omvatten, kan bezwaarlijk bepaald worden zonder dat vooraf bepaald is hoe de normale procesgang in het burgerlijk geding behoort te worden bepaald. En een behandeling daarvan is mij niet opgedragen en zou dan ook den omvang van een afzonderlijk praeadvies vragen.

Hier dient er echter op te worden gewezen dat de beginselen, welke bepalend zijn voor het burgerlijk bewijs, mede bepalend behoren te zijn voor die van den procesgang, omdat de regeling van den procesgang de strekking behoort te hebben het bewijs (de bepaling der rechtsbetrekking), zo veel zulks mogelijk is in een goede proces-orde, tot zijn recht te doen komen.

Uit mijn betoog nu laat zich afleiden dat naar mijn oordeel de procesgang niet — eenzijdig — behoort te zijn ingesteld op de zogenaamde „Untersuchungsmaxime”, maar ook niet — eenzijdig — op de zogenaamde „Verhandlungsmaxime”, doch dat op deze laatste wel het accent behoort te vallen, aangezien (en voorzover) dit door het beginsel der vrijheid van partijen tot zelfbepaling wordt verlangd.

Naar zijn *beginsel* behoort dan ook naar mijn oordeel de

huidige procesgang te worden bostendigd, doch in de uitwerking behoort m. i. aan de „vrijheid des rechters” meer speelruimte te worden gegeven, zodanig dat de rechter bevoegd zij de publieke belangen (in ruimen zin) welke in het burgerlijk proces aan de orde komen, tot hun recht te doen komen. Die publieke belangen zijn in elk burgerlijk proces betrokken, maar niet altijd in dezelfde mate, terwijl het ook niet altijd dezelfde belangen zijn, welke daarin betrokken zijn.

Wij hebben hierboven, bij de behandeling van de juridische betekenis van de gerechtelijke erkenning (blz. 24), gezien dat de vrijheid tot zelfbepaling van partijen haar grens vindt in de openbare orde, de goede zeden, dwingend wetsbepalingen en te beschermen belangen van derden. Het zou echter — reeds — practisch onmogelijk — maar ook ongewenst — zijn dat de rechter in elk proces — en dan nog wel min of meer volledig — bewezen zou willen zien dat partijen niet — wellicht — deze grens overschrijden. Een contrôle daaromtrent behoort dus uitzondering te zijn, en is alleen op haar plaats wanneer daarvoor voldoende aanwijzingen ten processe aanwezig zijn. Maar zij kan dus, en wel in *bijzondere* gevallen, op haar plaats zijn. En daar het — gelijk wij gezien hebben — ook een publiek belang is dat in het burgerlijk proces de *bijzondere* omstandigheden van het bepaalde geval, welke de wetgever in abstracto niet kan „voorzien” (in dubbelen zin) tot haar recht komen, ben ik van oordeel dat de wetgever een algemene bepaling — eventueel min of meer uitgewerkt — behoort te geven van deze strekking: de rechter is bevoegd ter bescherming van de openbare orde, de goede zeden of andere bepalingen van dwingend recht, of voorzoverre de rechtmatige belangen van derden, van partijen of een van haar dit redelijkerwijze vereisen, de maatregelen te treffen welke hij op grond van de bijzondere omstandigheden, welke zich in een bepaald proces voordoen, zal vernemen te behoren.

Bij een regeling als hier — naar haar beginsel — aangegeven is, zouden m. i. zowel de „lijdelijkheid” (het moment van gebondenheid, van bepaald worden) als de „activiteit” (het moment van vrijheid, van bepalen), zowel van den rechter als van partijen, tot haar recht komen in de evenmaat en even-„rede” waarin dit verlangd wordt door de evenmaat en even-„rede” waarin zowel private als publieke

belangen in het burgerlijk proces betrokken zijn, en waarin dit zowel in het algemeen, als — eventueel — in bijzondere gevallen anders, en telkens verschillend, het geval is.

Hoe een regeling als de hier aangegevene zich in de praktijk ontwikkelen zal, is mede afhankelijk van de wijze waarop en de mate waarin de rechter van de hem daarin gegeven bevoegdheid — die uit haar aard bezwaarlijk tevens een verplichting kan zijn — gebruik zal maken. Dit lijkt mij geen bezwaar — integendeel: de rechter kan dan in zijne bevoegdheid „groeien” (in dubbelen zin), zoals hij — en daarmee het recht — gegroeid is in zijne vrijheid het woord „onrechtmatig” in art. 1401 B. W. ruimer dan „onwettig” te verstaan. En in de practische ontwikkeling zullen zich vastere lijnen gaan aftekenen, op grond waarvan zo nodig de wetgever nader bepalend kan ingrijpen.

§ 11. *Consequenties: V. Voor de verdeling van den bewijslast.*

Bij deze summiere opmerkingen wat betreft den procesgang moet ik het laten, om weer terug te keren tot wat volledig tot het onderwerp van dit praeadvies behoort en nog op nadere behandeling wacht, een behandeling die intussen op grond van het vorenstaande zo kort kan zijn dat ik de mij ter beschikking staande ruimte — en tijd — niet overschrijd.

Want na het vorenstaande zal het wel duidelijk zijn dat ik van oordeel ben dat het den rechter — in beginsel — vrij moet staan den bewijslast te verdelen naar den eis der bijzondere omstandigheden van het enkele geval.

Zou een bevoegdverklaring van den rechter, als zo pas aangegeven, in de wet tot uitdrukking komen, dan zou art. 1902 B. W. kunnen blijven staan, aangezien dan door die bevoegdverklaring de bijzondere omstandigheden tot haar recht kunnen komen. Zou de aangegeven bevoegdheid niet verleend worden, dan zou naar mijn oordeel den rechter in ieder geval de bevoegdheid gegeven behoren te worden hetzij zonder meer den bewijslast te verdelen naar gelang der omstandigheden, hetzij als uitzondering op de bepaling van art. 1902 den bewijslast anders dan daar bepaald is te regelen, wanneer bijzondere omstandigheden dit verlangen.

En aangezien het — blijkens de praktijk — onduidelijk is hoè art. 1902 den bewijslast verdeelt, en het in ieder

geval wel van zelf spreekt dat ieder van partijen „het zijne” behoort te bewijzen, terwijl een behoorlijke algemene nadere bepaling waarin dat „zijne” bestaat, mij niet wel mogelijk lijkt, zou ik dan aan den eersten vorm de voorkeur geven.

Dat de bepaling van art. 1961 B. W. behoort te vervallen, werd hiervoor reeds aangegeven bij de behandeling van de gerechtelijke erkenning, en de daar gegeven argumenten vonden nadere bepaling en bevestiging in hetgeen sindsdien werd betoogd. Daarin werd ook aangegeven hoe de rechter de in bewijs-nood verkerende partij te hulp kan komen. De aangegeven „algemene bevoegdheid-verklaring van den rechter” zal daartoe kunnen dienen, doch daarnaast (en eventueel in stede daarvan, als men de „algemene bevoegdheidverklaring” niet wil), zal men naast de reeds geldende bepalingen, welke hiertoe kunnen strekken (gelijk b.v. art. 19a Brv. en de regeling van den rechterlijken eed), andere bepaalde bevoegdheden aan den rechter kunnen geven, welke ik onbesproken liet, en ook verder onbesproken moet laten, zoals b.v. de bevoegdheid zelfstandig getuigen te doen horen en overlegging van bepaalde stukken te vorderen.

Het gestelde beginsel van vrijheid van den rechter tot verdeling van den bewijslast naar gelang der omstandigheden behoeft natuurlijk niet te beletten dat de wetgever -- door de ervaring geleerd -- aan bepaalde (complexen van) feiten een bepaalde bewijzende betekenis toekent en daarmee -- tevens -- den bewijslast nader bepaalt voor het geval zich die (complexen van) feiten blijken voor te doen. Dat heeft hij dan ook gedaan, dikwijls in den vorm van wettelijke vermoedens (voorzoverre deze „*juris tantum*” en niet tevens „*de jure*” zijn). Deze wettelijke vermoedens betekenen eigenlijke bepaling van dwingende bewijskracht (tot op het bewijs van het tegendeel) voor bepaalde (complexen van) feiten en daarmee tevens bepaling van den bewijslast (van het tegendeel). Ook de toekenning door de wet van dwingende bewijskracht aan partij-akten betekent tevens bepaling van bewijslast.

Het gestelde beginsel houdt echter wel in dat de wetgever met deze bepaling van den bewijslast voorzichtig behoort te zijn en niet behoort te vergeten dat de nadere bijzondere omstandigheden van een bepaald enkel geval wel dusdanig (bepalend) kunnen zijn, dat daardoor het wettelijk vermoeden



wordt opgeheven. Hetgeen dan wil zeggen dat de rechter de vrijheid behoort te hebben aan die nadere bijzondere omstandigheden de betekenis toe te kennen welke haar dan zal blijken toe te komen. En hetgeen dus tevens wil zeggen dat de vrijheid van den rechter tot verdeling van den bewijslast nauw samenhangt met zijn vrijheid van waardering van de mate van bewijs welke — naar gelang der omstandigheden — aan een bepaald complex van feiten toekomt.

Met de gegeven aanwijzingen moet ik hier volstaan onder verwijzing — hier in het bijzonder — naar ANEMA's handboek, waarin het tweede hoofdstuk op zeer uitvoerige en systematische wijze „de leer van den bewijslast” behandelt met ruime verwijzing naar de overvloedige literatuur daaromtrent.

§ 12. *Consequenties: VI. Voor de waardering der feiten.*

Uit het betoogde moge het ten slotte duidelijk zijn dat den rechter naar mijn oordeel de vrije waardering toekomt van alle feiten waaraan de wet niet een bepaalde (dwingende of zelfs beslissende) bewijzende betekenis toekent.

Dit omvat enerzijds de bevoegdheid om aan *alle* feiten welke hij als zodanig in het proces waarneemt (en welke daarom bewijsmiddelen mogen heten), en aan *alle* bewezen (vóór-processuele) feiten (die eigenlijk ook — ietsmiddellijker — bewijsmiddelen mogen heten) bewijskracht toe te kennen, als anderzijds de bevoegdheid om aan al deze feiten *vrije* (te zijner bepaling staande) bewijskracht toe te kennen.

En dit een en ander om dezelfde reden: *wat* een feit bewijst is (volkomen) in abstracto niet te zeggen. Want geen enkel afzonderlijk feit bewijst iets, dat wil zeggen daarvan is de betekenis niet te bepalen zolang men het als op zich zelf gesteld denkt (zo men daartoe al in staat is, al denkt men wellicht dat men daartoe in staat is).

De betekenis van een feit kan alleen bepaald worden door het in enigerlei relatie te denken, waartoe men het in zijne denking betreft (zodat — om te beginnen — dit feit al reeds betrokken is tot een denking).

De juridische bewijsrechtelijke betekenis van een feit kan alleen bepaald worden door het in juridisch en processueel verband te denken, en dit verband is in een burgerlijk proces allereerst zijne betrokkenheid tot de stellingen van partijen

in dat proces. En deze stellingen zijn de „eerste” feiten welke de rechter daarin als zodanig waarneemt, en de betekenis dier stellingen kan de rechter niet bepalen wanneer hij ze niet eerst bepaald („betekend”) heeft *als* stellingen *in* een proces en daarmee hare aanvankelijke processuele betekenis bepaald heeft, om dan allereerst deze stellingen als in wederkerigheid tot elkander betrokken te denken, om daaruit nader hare processuele betekenis (betekenis voor de bepaling van de rechtsbetrekking) te kunnen bepalen.

En voor elk feit dat nu nader (meer of minder middellijk) ter kennis van den rechter als zodanig komt, geldt hetzelfde: het verkrijgt eerst zijne (werkelijk) bewijzende betekenis in het oordelend denken van den rechter, waarin hij dat feit betreft op andere feiten (eigenlijk: oordelen omtrent andere feiten), om eerst op grond van dit *in verhouding* denken van feit en feit (eigenlijk: oordeel en oordeel) zijn oordeel — telkens — nader te kunnen bepalen *tot* zijn eind-oordeel: de bepaalde rechtsbetrekking (in en als zijn vonnis).

Al deze feiten (eigenlijk: oordelen omtrent feiten) zijn dus in deze bewijzende werkzaamheid betrokken tot elkander (en tot — andere — oordelen, juridische en andere), en van geen enkel feit kan de bewijzende betekenis bepaald worden zonder het te denken als enerzijds bepalend *vóór* een oordeel, en anderzijds bepaald *dóór* een oordeel.

En zo hangt het dus (geheel) van het onderling verband der *bepaalde* feiten en oordelen af (en daarmee van het begrip van den oordelende) wat een *bepaald* feit in een *bepaald* geval bewijst. En zo kan dus in een *bepaald* verband een en hetzelfde feit iets geheel anders bewijzen dan in een *ander* bepaald (anders te bepalen) verband. En dit „iets geheel anders” kan zijn *van alles tot niets*. Zodat de conclusie behoort te luiden: buiten dit (zijn) verband valt de bewijsrechtelijke betekenis van feiten niet te bepalen en in een bepaald verband kan eventueel elk bepaald feit van bewijzende betekenis zijn; en aangezien alleen de rechter in concreto dit verband kan kennen (door zijn bepalend denken kan bepalen) en dit verband telkens zeer verschillend kan zijn, moet het (in beginsel) aan den rechter overgelaten worden *welke* (te zijner kennis als zodanig gekomen) feiten bewijzende betekenis hebben en *welke* bepaalde en bepalende betekenis zij in het betrokken verband hebben. Hetgeen dan weder — omgekeerd — inhoudt dat de rechter zich in zijn oordeel

door deze feiten in hun onderling verband behoort te *doen* bepalen.

En door deze overwegingen behoort ook de wetgever zich — in beginsel — te doen bepalen. Want het hierboven gestelde geldt — het werd daar reeds gezegd — in beginsel. Het is (daarnaast) natuurlijk mogelijk bepaalde feiten zodanig in hun onderling verband te denken en te omschrijven, en tevens deze — in hun onderling verband en in hun verband tot het burgerlijk proces gedacht — van zodanige kwaliteit en betekenis te achten, dat men daaraan — in beginsel — een bepaalde gekwalificeerde bewijskracht toegekend wenst te zien (door den rechter), onafhankelijk van de bijzondere bepaalde en bepalende omstandigheden van het enkele geval. Zo heeft de wetgever dan ook gedaan: in de toekenning van een bepaalde bewijskracht aan verschillende wettelijke vermoedens (complexen van bepaalde rechtsfeiten), aan akten (en sommige andere geschriften), gerechtelijke erkennten en (beslissende) eed. En zo behoort hij dan ook te doen. Maar hij hoede zich er voor daarbij te veel in abstracto te willen bepalen, positief, maar vooral negatief: door den rechter te verbieden bepaalde feiten als bewijs of als volledig bewijs te aanvaarden<sup>1</sup>. Want het gevaar dreigt dat hij — dus doende — zich niet voldoende rekenschap geeft — door tekort aan voorstellingsvermogen en van concreet, in verhouding, denken — dat het feit, waaraan hij in abstracto bewijskracht ontzegde, in concreto — in en door het concrete verband, waarin het zich dan vertoont en behoort te worden gedacht door den rechter — een grote overtuigende kracht kan hebben. In beginsel worde dan ook geen enkel feit als „krachteloos” of als „niet krachtig genoeg” bepaald, want dit zou alleen gezegd kunnen worden van het feit „op zichzelf” gedacht, en feiten komen niet „op zichzelf” voor en behoren dan ook niet als zodanig gedacht te worden.

Dat in die gevallen, waarin partij-akten geen dwingende, en gerechtelijke erkennten en (beslissende) eed geen beslissende bewijskracht mogen hebben, omdat het daardoor te bewijzen object niet ter vrije bepaling van partijen staat,

<sup>1</sup> Men denke b.v. — zowel wat positieve als wat negatieve „overdrijving” betreft — aan verschillende bepalingen van den titel „van schriftelijk bewijs” en zie overigens in dit verband het artikel van STAR BUSMANN vermeld in noot 1, op blz. 4.

de bewijskracht dezer bewijsmiddelen ter vrije beoordeling van den rechter behoort te staan, ligt in het voorgaande opgesloten.

Want — wij vestigen daarop nog eens nadrukkelijk de aandacht — in dit praeadvies is als *type* van het burgerlijk-proces en -bewijs vooropgesteld het vermogensrechtelijk-proces en -bewijs, als „het meest privaatrechtelijke”. Voor de overige delen van het privaatrecht geldt het hier gestelde slechts „naar omstandigheden”. Deze omstandigheden — welke zeer variabel kunnen zijn — konden hier niet nader dan geschiedde worden besproken. Slechts kan nog gezegd worden dat, hoe belangrijker de eventueel aan de orde komende „publieke momenten” in een proces zijn (on die kunnen — naar wij gezien hebben — ook in een vermogensrechtelijk proces meer naar voren komen), hoe minder „dwingend” en „beslissend” bepalend daarin dan de houding van partijen zelve zal behoren te zijn, en hoe „actiever” daartegenover de houding van den rechter zal behoren te zijn. En dit geldt op overeenkomstige wijze naar mate de rechtskracht van een vonnis — kennelijk — ook voor anderen dan partijen in het proces betekenis heeft, waarbij speciaal te denken valt aan „staat-vonnissen” e. d. welke *absolute* rechtskracht hebben.

Dit gezegde is dus eigenlijk een tautologie, en wel deze, dat hoe meer het publieke moment in het burgerlijk proces naar voren treedt, hoe meer het private moment daarin terugtreedt. Aangezien deze „beweging” zich op oneindig gevarieerde wijze kan voordoen, is dit enerzijds een reden dat ik daarop hier — waar het om beginselen gaat — niet nader kon ingaan, anderzijds een reden temeer om aan den rechter „naar gelang van omstandigheden” de vrijheid te geven waarvoor hierboven werd gepleit. Want ook den wetgever zal het niet gelukken de bepalende betekenis van bedoelde publieke momenten volledig in abstracto te bepalen.

## SAMENVATTING VAN STREKKING EN INHOUD VAN DIT PRAEADVIES.

Het burgerlijk bewijsrecht is berucht als een der moeilijkste onderwerpen van het recht. Naar mijn oordeel is een der oorzaken hiervan dat er, in het algemeen en bij dit onderwerp in het bijzonder, niet voldoende in verhouding ge-

dacht wordt, te statisch en abstract, in stede van dynamisch en concreet. Dit praeadvies is een poging — evenals mijne bewerking van LAND VI — er de aandacht op te vestigen dat de aandacht minder eenzijdig dan men zich dat gewoonlijk voorstelt, behoort te vallen op de feiten als zodanig, en meer op de feiten „onder het oordeel”, en wel — voor ons onderwerp — onder het oordeel des rechts, en dat niet alleen de feiten ons oordeel bepalen, maar dat in wederkerigheid — en ten slotte — ons oordeel — als het geheel van dialectisch zich vormende oordelen — de feiten bepaalt, en wel tot hetgeen deze feiten — in en als en naar onze oordelen en oordeel — ten slotte — in het bepaalde verband en naar de door dat verband bepaalde methode van oordelen — hebben te betekenen. Zodat gezegd mag worden zowel dat de feiten ons oordeel betekenen (tekenen zijn in en voor ons oordeel), als dat ons oordeel de feiten betekent (de betekenis van de feiten bepaalt). Zodat gezegd mag worden dat de rechter in en als zijn oordeel (in en als zijn vonnis) de feiten „betekent” (en daarmee — naar hunne juridische betekenis — doet *worden*) tot wat zij — naar zijn oordeel — rechtens behoren te betekenen: de rechtsbetrekking van partijen, gelijk bij deze — dan ook — in en als zijn oordeel rechtens, partijen bindend, bepaalt.

En de rechter kan dit (bepalen) niet doen zonder eigen vrijheid tot bepalen en haar grens te kennen, zonder te begrijpen dat zijn eigen vrijheid bepalend is voor, en bepaald wordt door, de vrijheid van partijen tot zelf-bepaling en haar grens enerzijds en de vrijheid van de wet (-gever) tot bepalen en haar grens anderzijds. Zodat ook hier wederom dit wederzijds elkander bepalen en vergrenzen van oordelen tot bewustzijn dient te komen, wil de rechter zijn oordeel — in volle bewustzijn van wat hij doet — kunnen vormen en vellen.

Onze methode van denken is dan ook — meer dan men veelal doet gelden — bepalend voor ons antwoord op vragen als: wat betekent bewijs in het burgerlijk proces, wie bewijst, wat bewijst, wat kan en mag bewezen worden en hoe behoort dit te geschieden? Vragen, welke alleen in gezamenlijke — wederkerige — doordenking bevredigend opgelost kunnen worden.

Deze stellingen mogen dan in dit praeadvies niet volledig bewezen zijn — zij mogen daarin althans een begin van bewijs bij geschrifte hebben gevonden.

Daar het in dit praeadvies geleverd betoog — uit zijn aard — niet eenvoudig was, heb ik gemeend goed te doen de strekking er van hierboven in enkele woorden aan te geven, en den inhoud ervan hieronder in enige stellingen samen te vatten.

*A. De betekenis van „bewijs” in het burgerlijk proces.*

I. De betekenis van „bewijs” in het burgerlijk proces wordt bepaald door zijne strekking, en deze is de bepaling van een burgerrechtelijke betrekking van de daartoe als partijen betrokken personen (zie § 1).

II. Voorwerp (doel) van dit bewijs is derhalve uiteindelijk (bepaling van) deze rechtsbetrekking, door middel van (waardering van) feitelijke gegevens, welke bewijsmiddelen genoemd worden voorzover zij door den rechter als zodanig (betrekkelijk) onmiddellijk gewaardeerd kunnen worden in het proces, doch welke ook zo genoemd mogen worden voorzover zij door den rechter middellijk — na bewezen te zijn — als zodanig gewaardeerd worden. Deze laatste (te bewijzen) feiten zijn dus voorwerp van bewijs, voorzover hunne bepaling nodig is ter bepaling van de rechtsbetrekking. Veelal zal daartoe het bewijs van deze feiten als *rechts*-feiten voldoende zijn, zonder dat het nodig zal zijn deze feiten naar hun feitelijke zijde — als *rechtsfeiten* — te concretiseren (zie § 2).

III. Dit bewijs wordt niet alleen geleverd door partijen aan den rechter, maar ook door den rechter aan partijen, en eerst nadat des rechters bepalende werkzaamheid in zijn vonnis is voltooid, mag gezegd worden dat het bewijs — werkelijk — is geleverd (zie § 2).

*B. De vrijheid van partijen.*

IV. De gerechtigde tot een subjectief recht (in ruimen zin) van privaten aard is in het algemeen vrij in het al dan niet geldend maken van dit recht. Een private rechtsbetrekking staat in het algemeen en speciaal in de sfeer van het vermogensrecht ter vrije bepaling van partijen daarin. Daarom heeft in het burgerlijk proces de houding welke partijen (daarvóór, maar speciaal ook daarin) jegens elkander aannemen, een grote bepalende (ook bewijs-bepalende) betekenis, en behoren ondubbelzinnige bewijsrechtelijke disposities

van partijen jegend elkander, voorzover deze te haar vrije bepaling staan, haar te binden met dwingende bewijskracht. Voor zover deze disposities *in* het proces zijn geschied, behoren deze den disposant ook *materieel* (onherroepelijk) te binden voorzover de goede trouw zulks eist. Daarom behoren partij-akten dwingende bewijskracht en gerechtelijke erken-tenis en (beslissende) eed beslissende bewijskracht te hebben, voorzover de betrokken disposities ter vrije bepaling van den disposant staan. Daarom behoort de rechtsbetrekking ook als bewezen te gelden *voorzover* partijen haar blijkens hare conclusiën op overeenstemmende wijze bepaald willen zien, en behoeft dan verder alleen datgene waaromtrent partijen verschillen, bewijs. Derhalve is in het burgerlijk proces—op deze wijze—ook het z.g.n. onmiddellijk bewijs van een recht (de rechtsbetrekking) mogelijk (zie hoofdstuk II).

### C. *De vrijheid des rechters.*

V. Gelijk het de functie van partijen in het burgerlijk proces is haar privaten wil tot gelding te doen brengen door den rechter, en wel door het (ter beoordeling van den rechter) stellen der rechtsbetrekking naar wederzijds privaat oordeel en het voorzoveel — verder — nodig (doen) bewijzen daarvan, is het daarin de functie van den rechter dezen wil te toetsen aan en te oordelen naar het publieke oordeel des rechts. Het is de functie van den wetgever te bepalen hoe de rechter en partijen hunne functies behoren te vervullen. Doch aangezien de wetgever dit „in abstracto” te bepalen heeft, en de bijzondere (mede bepalende) omstandigheden, welke in het enkele „concrete” geval zich telkens wisselend en zich anders verhoudend kunnen voordoen, niet kan „voorzien”, behoort hij zich in zijne bepaling te beperken en den rechter toe te staan zelf — nader — bepalend op te treden voorzover deze omstandigheden daartoe bepalend zullen blijken te zijn. Deze bevoegdheid (vrijheid) behoort de wet den rechter uitdrukkelijk te verlenen, alsmede de bevoegdheid (vrijheid) om ter voorkoming van — hetgeen kortweg genoemd kan worden: — misbruik van recht door partijen te zamen of door een van haar, de maatregelen te treffen welke bij kennelijke dreiging daarvan geboden zijn (zie §§ 8, 9 en 10).

VI. De vrijheid des rechters houdt in dat hij de bewijslast moet kunnen verdelen — of bij een algemeene wettelijke

bepaling daaromtrent: nader, en eventueel afwijkend van die algemene bepaling, moet kunnen bepalen — gelijk zulks naar den eis der bijzondere omstandigheden van het enkele geval wordt geboden. In verband daarmee behoort de bepaling van art. 1961 B. W. te vervallen (zie § 11).

VII. De vrijheid des rechters houdt ook in dat hij aan *alle* feiten welke — onmiddellijk of middellijk — tot zijne kennis komen in het proces bewijs mag ontleen, en wel het (vrij) bewijs dat daaraan op grond van hun onderling verband behoort te worden toegekend. Een en ander, voorzover de wet hem niet — in te beperken mate — dwingende voorschriften geeft. Van negatieve voorschriften van dien aard (verboden tot het toekennen van bewijskracht of van volledige bewijskracht), behoort de wet zich in beginsel te onthouden, uit overweging dat in abstracto niet gezegd kan worden dat enig feit in concreto in het verband waarin het dan te denken valt, generlei of geen volledige bewijskracht kan hebben (zie § 12).

*Utrecht*, 18 December 1950 — 8 Januari 1951.



## INHOUDSOPGAVE

|                                                                                                                                                                                                                                        | Blz.      |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>HOOFDSTUK I. DE BETEKENIS VAN „BEWIJS” IN<br/>HET BURGERLIJK PROCES . . . . .</b>                                                                                                                                                   | <b>1</b>  |
| § 1. Strekking van het (burgerlijk) proces en van het<br>daarin te leveren bewijs. De betekenis daarvoor<br>van de onderscheiding van rechtsbetrokkingen in<br>die welke al dan niet ter vrije bepaling van<br>partijen staan. . . . . | 1         |
| § 2. Het voorwerp van bewijs in het vermogensrechte-<br>lijk proces. De functie van partijen en die van den<br>rechter in dit bewijs . . . . .                                                                                         | 8         |
| § 3. Bewijs in juridischen zin tegenover bewijs in ande-<br>ren zin. . . . .                                                                                                                                                           | 15        |
| <b>HOOFDSTUK II. DE VRIJHEID VAN PARTIJEN . . .</b>                                                                                                                                                                                    | <b>19</b> |
| § 4. De betekenis van de houding van partijen in het<br>vermogensrechtelijk proces . . . . .                                                                                                                                           | 19        |
| § 5. Consequenties: I. Voor de betekenis van de ge-<br>rechtelijke erkenning. . . . .                                                                                                                                                  | 23        |
| § 6. Consequenties: II. Voor de betekenis van den eed . . . . .                                                                                                                                                                        | 27        |
| § 7. Consequenties: III. Voor de betekenis van de<br>partij-akte. . . . .                                                                                                                                                              | 28        |
| <b>HOOFDSTUK III. DE VRIJHEID DES RECHTERS. . .</b>                                                                                                                                                                                    | <b>31</b> |
| § 8. Des rechters functie („activiteit” en „lijdelijk-<br>heid”) in verhouding tot die van partijen. . . . .                                                                                                                           | 31        |
| § 9. De functie des rechters en die van partijen in<br>verhouding tot die van den wetgever. . . . .                                                                                                                                    | 34        |
| § 10. Consequenties: IV. Voor den procesgang . . . . .                                                                                                                                                                                 | 38        |
| § 11. Consequenties: V. Voor de verdeling van den<br>bewijslast. . . . .                                                                                                                                                               | 40        |
| § 12. Consequenties: VI. Voor de waardering der<br>feiten. . . . .                                                                                                                                                                     | 42        |
| <b>SAMENVATTING VAN STREKKING EN INHOUD VAN DIT<br/>PRAEADVIES . . . . .</b>                                                                                                                                                           | <b>45</b> |

**De beginselen van het burgerlijk bewijs (Dienen bij overbrenging van het bewijsrecht naar het W.v.B.Rv. de fundamentele beginselen van dat bewijsrecht — zoals lijdelijkheid, bewijslast, vrije of gebonden bewijsleer — te worden herzien?)**

**Praeadvies van Mr. W. L. Haardt.**

## **I. INLEIDING.**

1. De herziening van ons bewijsrecht houdt reeds geruime tijd de gemoedoren der juristen bezig.

In het begin van deze eeuw bracht een staatscommissie onder voorzitterschap van Mr P. R. FEITH een wetsontwerp ter tafel voornamelijk gericht op de herziening van de eerste zes Titels van het vierde Boek van het B. W. Dit ontwerp strekte tot voorbeeld voor dat, hetwelk de regering indiende in 1903 en — ingrijpend gewijzigd — opnieuw in 1907 doch dat aan een openbare behandeling in de Volksvortegenwoordiging niet toekwam.

In later jaren toen algemeen werd aanvaard, dat het bewijsrecht een onderdeel van het procesrecht is en in zijn geheel in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geregeld behoort te worden, maakten plannen tot herziening van het bewijsrecht deel uit van pogingen tot een nieuw Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering te komen. Herinnerd zij hier aan het in 1911 verschenen „Ontwerp van Wet regelende het Burgerlijke Proces in eerste aanleg met Memorie van Toelichting”, opgesteld door een commissie uit de Nederlandse Juristen-Vereniging, het eveneens in 1911 verschenen ontwerp tot herziening van het burgerlijke proces, afkomstig van een commissie, ingesteld door het hoofdbestuur van de Vrijzinnige Democratische Bond en het op deze beide ontwerpen voortbouwende in 1920 verschenen

ontwerp voor een geheel nieuw Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering met uitvoerige Memorie van Toelichting der staatscommissie onder voorzitterschap van Mr SEERP GRATAMA. Uit het jongste verleden dateren de in 1948 gepubliceerde „Richtlijnen voor de herziening van het Burgerlijk Proces en Rechterlijke Organisatie”, opgesteld door een staatscommissie onder voorzitterschap van Prof. T. J. DORHOUT MEES. Al deze voorstellen hebben gemeen, dat zij het bewijsrecht herzien als onderdeel van een geheel nieuw procesrecht: de wettelijke bepalingen daaromtrent vinden dan ook een plaats in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering; zij hebben voorts gemeen, dat zij het niet tot een behandeling door de Volksvertegenwoordiging hebben gebracht.

Wel werden belangrijke partiële wijzigingen in ons bewijsrecht aangebracht, waarop hierna te bestemder plaatse nog zal worden teruggekomen.

2. Ook de Nederlandse Juristen-Vereeniging heeft zich in het hier besproken tijdvak herhaaldelijk met de herziening van ons bewijsrecht — al of niet in het kader van een herziening onzer gehele procesorde — bezig gehouden. Boven werd reeds gewezen op het Ontwerp van de uit haar midden samengestelde commissie, welke commissie benoemd werd als uitvloeisel van de behandeling op de jaarvergadering van 1907 van de vraag „In hoeverre behoren de beginselen, waarop het burgerlijk proces in eerste aanleg berust, te worden gewijzigd?”. Prae-adviseurs waren toen Mrs J. P. A. N. CAROLI en C. A. J. HARTZFELD. In 1915 werd de voor het bewijsrecht belangrijke vraag behandeld: „Moet aan procederende partijen de plicht zijn opgelegd om de rechter omtrent de feiten in te lichten? En zo ja, in welke omvang?”. Prae-adviseurs waren Mrs C. W. STAR BUSMANN en J. G. L. NOLST TRINITÉ. Reeds voor de eeuwwisseling waren belangrijke bewijsrechtelijke onderwerpen aan de orde geweest, zoals in 1878, toen praeadviesen werden behandeld van Mrs D. J. MOM VISCH en J. PINNER over het verhoor op vraagpunten en de verschijning van partijen en in 1879 toen Mrs A. A. DE PINTO en J. ROMBACH praeadviesen hadden geschreven over de vraag: „Moet in het burgerlijk proces de vrije bewijstheorie worden gehuldigd?” Maar de meeste overeenstemming met het thans aan de orde gestelde probleem vertoont toch wel het onderwerp, dat in 1924 ter

vergadering word behandeld op grond van prae-adviezen van Mrs J. G. MEULINK en J. OFFERHAUS: „De hoofdbeginselen van het bewijsrecht van het ontwerp burgerlijke rechtsvordering van de Staatscommissie GRATAMA”.

Twee overwegingen zullen het bestuur er toe hebben gebracht het probleem opnieuw aan de orde te stellen: in de eerste plaats — de vraagstelling zegt het reeds — de overbrenging van het bewijsrecht naar het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering; steeds nader komt de dag, waarop het huidige B. W. zal worden afgeschaft en de ontwerper van het nieuwe heeft reeds verklaard — en niemand heeft daartegen zijn stem verheven —, dat in dat nieuwe wetboek het bewijsrecht geen plaats meer zal vinden. Het zou wel jammer zijn als de wetgever zich dan beperkte tot een ongewijzigd handhaven van de bewijsrechtelijke bepalingen uit het huidige B. W. resp. tot een klakkeloos overbrengen dezer bepalingen naar het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

In de tweede plaats zal het bestuur het oog hebben gehad op de denkbeelden, die in de Richtlijnen-DORHOUT MEES zijn weergegeven omtrent het bewijs en de daarmede verband houdende lijdelijkheid van de rechter en die nog al wat discussie hebben uitgelokt<sup>1</sup>. Ongetwijfeld wordt daardoor — en door de sinds 1924 aangebrachte partiële wetswijzigingen en de sindsdien verschenen rechtspraak en literatuur — enig nieuw licht geworpen op het onderwerp, dat toen ter behandeling werd gesteld en dat ons nu opnieuw bezig houdt.

3. Volgens de thans gekozen formulering betreft het de herziening van de *fundamentele beginselen* van het bewijsrecht, waarbij met name genoemd worden lijdelijkheid, bewijslast en vrije of gebonden bewijsleer. De keuze dezer voorbeelden komt mij gelukkig voor: men kan voor ons

<sup>1</sup> Richtlijnen DORHOUT MEES, nos. 11 en 14; HUGENHOLTZ: Naar nieuw burgerlijk procesrecht? nos. 14 en 17; VERGENS N. Jb. 1948, blz. 485 e. v. en 501 e. v.; commissie uit de Nederlandse Advocatenvereniging in Advocatenblad 1948, blz. 299 e. v. Zie voorts de prae-adviezen uitgebracht voor die vereniging door Mrs DURINK en WIJCKERHELD BISSDOM in 1949 en het verslag der vergadering in Advocatenblad 1949, blz. 135 e. v., 144 e. v. en 226 e. v. Van verdere litteratuur zij vermeld Mr A. D. BELINFANTE (een der leden van de commissie DORHOUT MEES): De hoofdbezwaren tegen de huidige burgerlijke procesorde, 1940 en de in 1946 uitgesproken inaugurele rede van Prof. DORHOUT MEES: De toekomst van onze burgerlijke rechtspleging.

geldende bewijsrecht een stuk of tien, vijftien grondregels opstellen maar deze hangen alle ten nauwste samen met één of meer der drie aangegeven beginselen, die inderdaad als de meest fundamentele zijn te beschouwen en die hier voorlopig als volgt kunnen worden geformuleerd:

1. De rechter mag in principe bij het geven van zijn beslissing slechts rekening houden met het feitenmateriaal, dat partijen hem ter staving van zijn stellingen voorleggen (lijdelijkheid van de rechter);
2. Niet op beide partijen gemeenschappelijk rust de taak der bewijsvoering doch t. a. v. sommige punten op de eiser, t. a. v. andere op de gedaagde, d. w. z. soms draagt de eiser, soms de gedaagde het nadeel — het risico het proces te verliezen — als op een bepaald punt bewijs niet wordt geleverd (verdeling van de bewijslast);
3. Zelfs als de rechter zich houdt aan het door partijen voorgelegde feitenmateriaal is hij in veel gevallen nog niet vrij in zijn keuze en beoordeling daarvan: soms dwingt de wet hem aangevoerde feiten als „bewezen” aan te nemen al is hij van hun werkelijk vaststaan innerlijk niet overtuigd; soms wordt hem gelast op feiten, die hij op een bepaalde wijze waarneemt, generlei acht te slaan en soms om alleen op bepaalde feiten acht te slaan en tenslotte worden hem soms zekere regels gesteld, die hij bij zijn beoordeling van het feitenmateriaal in acht heeft te nemen (gebonden bewijlsleer).

Reeds werd aangestipt, dat de andere grondregels van ons bewijsrecht in nauw verband staan met deze drie, die hier achtereenvolgens in de drie volgende delen dezer verhandeling aan een nader onderzoek worden onderworpen. Zo zullen b.v. de regels, dat het objectieve recht niet bewezen wordt, dat de z.g. notoire feiten geen bewijs behoeven en dat geen bewijs mag worden verlangd van onbetwiste feiten, bij de lijdelijkheid van de rechter mede behandeld worden, terwijl de leer, dat de bekentenis niet gesplitst mag worden ter sprake komt bij de verdeling van de bewijslast. Tenslotte zal men in het deel over de gebonden bewijlsleer ook iets vinden over de regel: „Eén getuige, geen getuige”, de regel dat het getuigenis van horen zeggen geen geloof verdient, de regel dat tegenbewijs niet altijd mogelijk is, enz.

Bij de behandeling dezer regeling in de drie volgende delen zal telkens eerst zeer in het kort een uiteenzetting van het geldende recht worden gegeven om daarna tot een beantwoording te komen van de vraag in hoeverre het gewenst is daarin wijziging te brengen.

In een laatsto deel zal dan worden nagegaan hoe de verkregen resultaten het beste in de wet kunnen worden neergelegd en getracht worden tot een samenvatting te komen.

## II. LIJDELIJKHEID VAN DE RECHTER.

4. Wanneer men zegt, dat de rechter in het burgerlijk geding lijdelijk is, wil men daarmee tot uitdrukking brengen, dat hij in principe het initiatief aan partijen moet laten. Het is een beginsel, dat uiteraard in het gehele procesrecht van belang is: het duidelijkst komt het in de wet tot uiting in artikel 382, 2) en 3) Rv., waar bepaald is, dat vonnissen met het middel van requeste civiel kunnen worden aangevoerd indien uitspraak is gedaan omtrent zaken, welko niet waren geëist en indien meer is toegewezen dan was geëist. M. a. w. het zijn de partijen, die de omvang bepalen van het aan de beoordeling van de rechter onderworpen geschil. Dat de lijdelijkheid van de rechter in het onderdeel van het procesrecht, dat wij hier beschouwen, n.l. het bewijsrecht, een grote rol speelt, is begrijpelijk: immers juist bij de bewijsvoering, waar het er om gaat bij de rechter een bepaalde overtuiging te wekken door hem het daartoe dienstige feitenmateriaal te verschaffen, is de vraag van eminent belang of de rechter bij dat verschaffen van het feitenmateriaal het initiatief op een gegeven ogenblik aan zich mag trekken dan wel of hij in een afwachtende houding moet volharden.

Men vindt deze vraag in de handboeken over ons proces- en bewijsrecht voornamelijk besproken bij de behandeling van de artt. 1902 B. W. en 48 Rv.<sup>1</sup> Merkwaardigerwijze legt geen van beide artikelen de rechter met zoveel woorden een onthoudingsplicht op. Uit art. 1902 B. W. leidt men

<sup>1</sup> VAN BONEVAL FAURE I, blz. 109—116, II, blz. 205 en IV, blz. 19; v. ROSSEM-CLEVERINGA, aantekening op artikel 48 Rv., blz. 93; STAR BUSMANN, nos. 205 en 212 (zie ook 248 en 263); SUYLING I, nos. 363 en 368; SCHELTEMA, blz. 4 e. v.; ANEMA bij ASSER, blz. 23 e. v., PITLO, blz. 7 e. v.; voor verdere litteratuur zij verwezen naar de proefschriften van M. L. KAN: *Bewijslast en bewijswaardering*, Amsterdam 1921 en P. J. DE KANTER: *De rechtsgronden en rechtsmiddelen*, Leiden 1928.

echter — naast vele andere regels, die de verdeling van de bewijslast betreffen — af, dat het partijen zijn, die voor het bewijs moeten zorgen en *dus* niet de rechter en uit artikel 48 R.v., bepalende dat de rechters bij hun beraadslagingen van ambtswege de rechtsgronden moeten aanvullen, die niet door partijen mochten zijn aangevoerd, laat men volgen, dat *dus* de rechter in ander opzicht het door partijen aangevoerde niet mag „aanvullen”. Hoe verleidelijk het ook moge zijn de aangehaalde schrijvers te volgen in hun belangwekkende beschouwingen over de draagwijdte dezer bepalingen — waarbij ik met latere auteurs tot de mening overhel, dat b.v. VAN BONEVAL FAURE en VAN ROSSEM op de lijdelijkheid van de rechter een nadruk legden, die niet door de wetgever van 1838 was bedoeld en slechts verklaarbaar was op grond van de in 19<sup>e</sup> eeuw door formalistische sleur ingeslopen tradities —, wie in een kort bestek het geldende recht wil weergeven doet beter de rechtspraak over deze beide wetsartikelen te analyseren, te meer daar onze Hoge Raad in een groot aantal arresten over deze materie de grenzen van 's rechters lijdelijkheid op menig punt met vrij grote nauwkeurigheid heeft bepaald door aan te geven wat de rechter niet en wat hij wel mag doen. Hier volgt — naar deze onderscheiding — een kort overzicht dezer arresten.

5. Wat mag de rechter niet doen? Allereerst mag hij geen bewijs vorderen van tussen partijen vaststaande feiten<sup>1</sup>. Omgekeerd mag hij ambtshalve niet zijn beslissing doen steunen op feiten niet door partijen gesteld<sup>2</sup>; hij miskent de regel van artikel 1902 B.W. volgens welke regel niet de rechter doch de partijen de bewijzen hebben hij te brengen van de feiten, waarop zij zich voor het bewijs van het bestaan of tot tegenspraak van enig beweerd recht beroepen wanneer hij de strekking van een overeenkomst vaststelt aan de hand van brieven, die niet door partijen in het geding waren gebracht en zich aldus het bewijs heeft verschaft buiten het geding om<sup>3</sup>; variant op de regel: De rechter mag niet buiten partijen om het feitelijk verweer

<sup>1</sup> H. R. 27 Febr. 1924 W. 11243, N. J. 1924, 495; H. R. 24 Juni 1927 W. 11705, N. J. 1927, 1043; H. R. 14 Juni 1929 W. 12027, N. J. 1929, 1611; H. R. 11 Dec. 1930 W. 12250, N. J. 1931, 738; H. R. 10 Dec. 1943, 1944 n<sup>o</sup>. 240.

<sup>2</sup> H. R. 22 Juni 1928 W. 11857, N. J. 1928, 1486; H. R. 12 Febr. 1931 W. 12270, N. J. '31, 785 (met noot P. S.).

<sup>3</sup> H. R. 10 November 1916 W. 10047, N. J. 1916, 1283, W. P. N. R. n<sup>o</sup>. 2515 (met noot E. M. M.).

van gedaagde aanvullen<sup>1</sup> en geen acht slaan op of bewijs vorderen van rechtsfeiten, die de partij in kwestie voor zich had moeten „inroepen”, zoals de nietigheid ener overeenkomst<sup>2</sup>, het gezag van een vroeger rechterlijk gewijsde<sup>3</sup> of het ontbreken van een aanbod van toruggave der gekochte zaak<sup>4</sup>.

Wat mag daartegenover de rechter wel doen? Hij mag allereerst, ja hij moet, volgens artikel 48 Rv., de „rechtsgronden aanvullen”, d. w. z. zich bij de toepassing van het objectieve recht op de feiten door partijen naar voren gebracht onafhankelijk maken van wat partijen daaromtrent te berde hebben gebracht. Zodoende kan hij komen tot een niet-ontvankelijk-verklaring van de eiser, ook al heeft gedaagde die niet voorgesteld<sup>5</sup>, tot een ontzegging van de eis of een niet-ontvankelijkverklaring van de eiser op een andere rechtsgrond dan gedaagde heeft voorgedragen<sup>6</sup> of tot een toewijzing van de eis op een andere rechtsgrond dan eiser heeft voorgedragen<sup>7</sup>. Hij moet een hem voorgelegde, t. a. v. de inhoud onbetwiste overeenkomst zelfstandig uitleggen en mag daarbij tot een andere uitkomst komen dan partijen hem voordragen<sup>8</sup>. Hetzelfde geldt voor een hem voorgelegd oetroomschift<sup>9</sup>. Ook moet de rechter voorschriften van openbare orde toepassen al heeft de partij te wier gunste hij deze toepast daarop geen beroep gedaan, zoals voorschriften omtrent 's rechters rechtsmacht of absolute bevoegdheid<sup>10</sup>, omtrent het horen van bloedverwanten<sup>11</sup>,

<sup>1</sup> H. R. 27 November 1914 W. 9752, N. J. 1915, 245; H. R. 22 Juni 1928 W. 11857, N. J. 1928, 1486; H. R. 21 Januari 1944, 1944 n<sup>o</sup>. 176; H. R. 31 October 1946, 1946 n<sup>o</sup>. 733.

<sup>2</sup> H. R. 10 Juni 1938, 1939 n<sup>o</sup>. 411; zie echter H. R. 27 Maart 1914 W. 9638 (met noot E. M. M.), N. J. 1914, 659, waar de rechter de overeenkomst in strijd met de openbare orde achtte en eiser niet-ontvankelijk verklaarde.

<sup>3</sup> H. R. 30 Juni 1932 W. 12500, N. J. 1932, 1410 (met noot E. M. M.).

<sup>4</sup> H. R. 31 October 1946, 1946 n<sup>o</sup>. 733.

<sup>5</sup> H. R. 4 December 1924 W. 11318, N. J. 1925, 265; H. R. 13 Mei 1949, 1949 n<sup>o</sup>. 371.

<sup>6</sup> H. R. 27 Maart 1914 W. 9638 (met noot E. M. M.) N. J. 1914, 659; H. R. 14 Maart 1929 W. 11982, N. J. '29, 859.

<sup>7</sup> H. R. 20 April 1923 W. 11079, N. J. 1923, 692; H. R. 16 Maart 1939, 1939 n<sup>o</sup>. 1048; H. R. 8 Jan. 1942, 1942 n<sup>o</sup>. 301.

<sup>8</sup> H. R. 19 Maart 1909 W. 8846; H. R. 7 Jan. 1944, 1944 n<sup>o</sup>. 390; H. R. 27 Juni 1947, 1947 n<sup>o</sup>. 431 (met noot D. J. V.).

<sup>9</sup> H. R. 20 Juni 1947, 1948 n<sup>o</sup>. 92.

<sup>10</sup> H. R. 16 Mei 1924 W. 11301, N. J. '24, 856; H. R. 13 Januari 1928 W. 11785, N. J. 1928, 270; H. R. 5 Dec., 1940, 1941 n<sup>o</sup>. 312; H. R. 13 Nov. 1941, 1942 n<sup>o</sup>. 172.

<sup>11</sup> H. R. 15 Maart 1940, 1940 n<sup>o</sup>. 926.



omtrent het in acht nemen van termijnen bij het aanwenden van rechtsmiddelen<sup>1</sup> of omtrent het behoorlijk gemachtigd optreden in rechten der gehuwde vrouw<sup>2</sup>. Bewijsrechtelijk zijn deze regels niet van zoveel belang: bij hun toepassing blijft de rechter zich baseren op de door partijen aangevoerde en zo nodig bewezen feiten<sup>3</sup>, of op z.g. processuele feiten, d.w.z. feiten door de rechter gedurende het geding in zijn kwaliteit waargenomen. Van meer belang uit een oogpunt van bewijsrecht zijn uitspraken van de H. R., waarbij de rechter wordt toegestaan vermoedens te putten uit door partijen in het geheel niet gestelde feiten, die in de loop van de procedure door behoorlijk bewijs komen vast te staan om daaruit het — wel door partijen ingeroepen — rechtsgevolg af te leiden<sup>4</sup> en uitspraken, waarbij hem de bevoegdheid wordt toegekend, onafhankelijk van wat partijen daarentrent mochten hebben gesteld en onafhankelijk van de bewijsvoering door partijen, zijn uitspraak te baseren op regels van het in Nederland geldende gewoonterecht<sup>5</sup>, op regels van buitenlands recht<sup>6</sup>, op algemeen bekende feiten<sup>7</sup> en op eigen wetenschap berustend op algemene ervaringsregels<sup>8</sup>.

Het behoeft wel geen betoog, dat bij de toepassing dezer door de H. R. gegeven richtlijnen menig verschil van mening kan blijven bestaan en ook hiervan vindt men voorbeelden

<sup>1</sup> H. R. 6 April 1923 W. 11078, N. J. 1923, 728; H. R. 19 Juni 1931 W. 12321, N. J. 1931, 1301.

<sup>2</sup> H. R. 15 Nov. 1912 W. 9425, N. J. 1913, 11.

<sup>3</sup> Waarbij hij ook nog moet letten op feiten, welke eiser niet in de dagvaarding, doch wel in de loop van de procedure heeft aangevoerd, tenzij de eiser daarmee in strijd komt met art. 134 Rv. en de wederpartij daarop een beroep doet: H. R. 22 Mei 1942, 1942 n<sup>o</sup>. 544; H. R. 21 Mei 1943, 1943 n<sup>o</sup>. 484; H. R. 28 Juni 1946, 1946 n<sup>o</sup>. 723; H. R. 27 Juni 1947, 1947 n<sup>o</sup>. 431 (met noot van D. J. V.).

<sup>4</sup> H. R. 4 Febr. 1916 W. 9950, N. J. 1916, 457; H. R. 5 Mei 1927 W. 11687, N. J. 1927, 1046, 27 Nov. 1942, 1943 n<sup>o</sup>. 35, zie ook H. R. 16 Dec. 1938, 1939 n<sup>o</sup>. 829 en H. R. 11 Nov. 1943, 1943 n<sup>o</sup>. 890.

<sup>5</sup> H. R. 10 April 1884 W. 5025; H. R. 1 Febr. 1918 W. 10249, N. J. 1918, 323; H. R. 18 Dec. 1924 W. 11345 (met noot S. B.), N. J. 1925, 294; H. R. 7 April 1932 W. 12463, N. J. 1932, 1613; H. R. 31 Jan. 1935 W. 12894, N. J. 1935, 478 (met noot E. M. M.).

<sup>6</sup> H. R. 4 Juni 1915 W. 9871 (met noot E. M. M.), N. J. 1915, 865; H. R. 8 April 1927 W. 11664, N. J. 1927, 1110 (met noot P. S.).

<sup>7</sup> H. R. 24 Maart 1922 W. 10913 (het genomen zijn van een distributiematregel).

<sup>8</sup> H. R. 24 Jan. 1924 W. 11220, N. J. 1924, 371 (de betekenis van een gebruikelijk beding); H. R. 16 Dec. 1938, 1939 n<sup>o</sup>. 829 (de wijze, waarop men een schip kan doen stoppen); H. R. 23 Nov. 1947, 1948 n<sup>o</sup>. 135 (de rechtskennis van de notaris); H. R. 19 Dec. 1947, 1948 n<sup>o</sup>. 456 (het gedrag van automobilisten tijdens de verduistering).

in de rechtspraak van de H. R.: toen een vordering tot schadevergoeding was toegewezen als „onverschuldigde betaling” meende de procureur-generaal Mr BERGER, dat op geoorloofde wijze een niet door partijen aangevoerde rechtsgrond was aangevuld terwijl de H. R. besliste, dat de lagere rechter artikel 48 Rv. geschonden had door ambtshalve, zonder toestemming van de gedaagde, het onderwerp van de eis te veranderen<sup>1</sup>. Reeds eerder had Mr BERGER, toen nog advocaat-generaal, zich liberaler getoond dan de H. R. in een soortgelijk geval toen een vordering uit een wissel door de lagere rechter was toegewezen op grond van lastgeving<sup>2</sup>. Ook kan men dikwijls verschillend denken over de vraag of de rechter in gevallen, waar hij ambtshalve acht mag slaan op bepaalde feiten zulks mag doen onafhankelijk van wat partijen hebben gesteld of alleen onafhankelijk van wat partijen hebben bewezen<sup>3</sup>.

6. Met een beschouwing van de artt. 1902 B.W. en 48 Rv. en een samenvatting van de rechtspraak op deze artikelen kan de vraag wat de rechter wel en wat hij niet buiten partijen om mag doen bij de bewijslevering nog maar gedeeltelijk worden beantwoord. Juist onder de bepalingen van „formeel bewijsrecht”, voorkomend in ons Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, vindt men een gehele reeks van voorschriften, die de rechter in bepaalde gevallen de mogelijkheid verschaffen niet lijdelijk te zijn, d. w. z. buiten partijen om het initiatief te nemen: ook ambtshalve mag hij de persoonlijke verschijning van partijen gelasten, niet alleen om tot een minnelijke schikking te komen (art. 19 Rv.) maar sinds de belangrijke wijziging van 1923 ook om van hen bepaalde inlichtingen te verkrijgen (art. 19a Rv.). Aldus kunnen zelfs feiten komen vast te staan, waarmede de rechter rekening mag houden, ook al is daarop door partijen geen beroep gedaan<sup>4</sup>; ook ambtshalve mag hij aan de partij in persoon, die aan een verhoor op vraagpunten wordt onderworpen, vragen stellen (art. 241 Rv.); ook mag hij ambtshalve — indien aan de wettelijke voorwaarden is voldaan — een getuigenverhoor bevelen (artt. 103 en 199 Rv.), een gerech-

<sup>1</sup> H. R. 28 Jan. 1949, 1949 n<sup>o</sup>. 490 (met noot D. J. V.).

<sup>2</sup> H. R. 12 Febr. 1931 W. 12270, N. J. '31, 785 (met noot P. S.).

<sup>3</sup> Vgl. H. R. 22 Juni 1928 W. 11857, N. J. '28, 1486 (met noot E. M. M.) met H. R. 19 Dec. '47, 1948 n<sup>o</sup>. 456.

<sup>4</sup> Het eerder genoemde arrest H. R. 27 Nov. 1942, 1943 n<sup>o</sup>. 35.

telijke plaatsopneming gelasten (art. 219 Rv.) of deskundigenbericht inwinnen (art. 222 Rv.), een openlogging der boekhouding aan partijen gelasten (art. 8 W. v. K.) of een der partijen een aanvullende eed opleggen (artikel 1977 B. W.). Ofschoon de wet het niet met zoveel woorden zegt, moet men aannemen, dat de rechter b.v. bij de formulering van hetgeen partijen hebben aangeboden door getuigen te bewijzen, bij de omschrijving van het door deskundigen in te stellen onderzoek of bij de rodactie van de aanvullende eed, die hij oplegt, een zekere vrijheid geniet<sup>1</sup>. De keuze der getuigen blijft echter aan partijen voorbehouden, evenals die der geschriften, die de rechter worden voorgelegd.

7. Alvorens van het geldende recht over te stappen naar het wenselijkheidsrecht moeten wij nog even do blik wenden naar enige „bijzondere wijzen van rechtspleging”, waar men het met de lijdelijkheid van de rechter bij de bewijsvoering niet zo nauw neemt. Daar is allereerst de kantongerechts-procedure met haar minder formalistisch karakter, waar men het ziet gebeuren, dat ambtshalve getuigenbewijs wordt opgelegd omtrent niet gestelde feiten, die wellicht overmacht opleveren<sup>2</sup>. Dan is er de verzoekschriftprocedure en het kort geding, waar de rechter, zoals wij bij de bespreking van het vraagstuk van de vrije of gebonden bewijsleer zullen zien, niet aan de wettelijke regelen van het bewijs gebonden is en derhalve bij de bewijsvoering eerder het initiatief uit handen van partijen kan nemen dan bij de normale procedure. Hetzelfde geldt voor de arbitrage wanneer partijen daar niet het beding gemaakt hebben, dat scheidsmannen de regelen der gewone procesorde zullen nakomen (artt. 629 en 649, 7<sup>e</sup> Rv.). In een recente procedure, waarin een gemeentelijke dienst verhaal zocht krachtens de Armenwet op de vader van een door hem ondersteund armlastige en de rechtbank van oordeel was eerst het schriftelijke advies te moeten inwinnen van de Sociale Raad der gemeente, op grond waarvan beide partijen een beroep tot cassatie instelden, oordeelde de H. R., dat de rechter vrij was „zich in deze procedure bewijs en voorlichting te verschaffen op zodanige wijze als hem geraden voorkomt, zijnde toch de

<sup>1</sup> Zie STAR BUSMANN nos. 277, 284 en 295 en de daar genoemde rechtspraak.

<sup>2</sup> Kantongerecht Amsterdam 26 Febr. 1948, 1949 n<sup>o</sup>. 25; zie ook STAR BUSMANN, n<sup>o</sup>. 358.

desbetreffende voorschriften omtrent het gewone geding in burgerlijke zaken daarop niet van toepassing<sup>1</sup>). In de procedure tot scheiding van goederen is door artikel 810 Rv. een uitzondering gemaakt op de regel van artikel 1962 B. W., volgens welke door een gerechtelijke bekentenis een feit tussen partijen is komen vast te staan zodat de rechter het initiatief ontnomen is alsnog bewijs te vordoren; deze uitzondering is sinds de befaamde uitspraak van de H. R. van 1883 inzake de echtscheiding, ondanks de aandrang van veel gezaghebbende auteurs, niet meer tot andere familie-rechtelijke processen uitgebreid, een punt, waarop straks uitvoeriger zal worden ingegaan. Voor de Rechtsherstel-procedure zij gewezen op artikel 140 van het Besluit Herstel Rechtsverkeer (nº. E 100), dat aan de Kamers der Afdeling Rechtspraak de bevoegdheid geeft zelf getuigen op te roepen en te horen; voor de procedure in zaken betreffende onderhoud op de artikelen 828d, lid 2 en 4 en 828/ Rv., waaruit blijkt, dat de rechtbank in die zaken op eigen gezag schriftelijk advies kan inwinnen van de Armenraden, gemeentebesturen en Voogdijraden, aan partijen overlegging kan bevelen van bewijsstukken omtrent hun inkomen en vermogen en door haarzelf aan te wijzen getuigen kan doen oproepen en kan verhoren; tenslotte voor de procedure om kosteloos of tegen verminderd tarief te procederen op artikel 860, lid 3 Rv., dat de rechter de bevoegdheid geeft in bepaalde gevallen gogovens te vragen aan de administratie der belastingen. Belangwekkend is ook, dat in de procedure voor de Raden van Beroep, b.v. inzake de Ongevallenwet en voor de ambtenarengerechten 's rechters lijdelijkheid is ingeperkt om hem gelegenheid te geven zelf bewijs te zoeken en aldus het evenwicht te bewaren tussen de economisch zwakkere werknemer, die hier tegen zijn werkgever procedeert<sup>2</sup>.

8. Wanneer ik er nu toe overga de jure constituendo mijn standpunt te bepalen t. a. v. 's rechters lijdelijkheid dan zij allereerst opgemerkt, dat men daarvoor eigenlijk zou moeten weten hoe het met die lijdelijkheid van de rechter in ons nieuwe procesrecht in het algemeen — dus buiten de grenzen van het bowijsrecht — gesteld zal zijn: ons toekomstig bewijsrecht zal moeten passen in ons toekomstig

<sup>1</sup> H. R. 11 Juli 1950, 1950 nº. 665 (anders de conclusie van de advocaat-generaal van ASCH-VAN WIJCK).

<sup>2</sup> Zie BOSBOOM, Sociaal Maandblad 1950, blz. 326.

procesrecht als geheel en de taak van de rechter bij de bewijsvoering kan slechts worden gezien in verband met zijn taak in het geding in het algemeen. Om praktische redenen zal ik er hier van uitgaan, dat het in de nabije toekomst bij partiële herziening van ons Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering blijft, althans dat een zo fundamentele herziening als in de Richtlijnen-DORHOUT MEES wordt voorgesteld, niet mag worden verwacht, zodat b.v. binnen afzienbare tijd niet behoeft te worden gerekend met de invoering van de daarin voorgestelde mondelinge op één zitting geconcentreerde behandeling van de hele zaak, waarbij aan de rechter een zeer weinig lijdelijke rol was toebedeeld. Het gaat er dus om de lijdelijkheid van de rechter in het bewijsrecht te bezien in het kader van een procesrecht, waarin overigens 's rechters taak, bevoegdheden en verhouding tot partijen ongeveer dezelfde blijven als onder ons huidige recht, waarbij dan hoogstens de verwachting mag worden uitgesproken, dat de rechter onder invloed van modernere opvattingen in de toekomst een ruimer gebruik gaat maken van de hem reeds thans gegeven mogelijkheden om niet lijdelijk te zijn.

In de tweede plaats zij, voor zover nog nodig, vooropgesteld, dat het er nooit om kan gaan of in het nieuwe bewijsrecht de rechter lijdelijk zal zijn of niet, maar alleen *in hoeverre* hij dat zal zijn: wanneer, in welke gevallen, onder welke omstandigheden zal hij het initiatief op eigen gezag buiten partijen om in handen mogen nemen? Ook de hevigste bestrijder van het „lijdelijkheidsdogma” zal toegeven, dat de aard van het burgerlijk geding met zich brengt, dat partijen de omvang van het geschil bepalen en dat de rechter daaraan gebonden is. En ook de vurigste aanhanger van het beginsel van 's rechters lijdelijkheid zal het tegen de borst stuiten als dit beginsel er toe leidt, dat de rechter tot de materiële waarheid niet doordringt en zijn uitspraak niet kan gronden op hetgeen werkelijk gebeurd is. Een compromis moet gevonden worden tussen het belang der partijen, die in vrijheid moeten kunnen bepalen of zij een proces willen voeren en waarover en het belang van de maatschappij en van de partijen, dat er recht worde gedaan overeenkomstig hetgeen waar is. Ook ons huidige recht, zoals ik het boven schetste, tracht deze belangen zo goed mogelijk met elkaar te verenigen maar ik ben het eens met hen, die van mening zijn, dat daarbij het laatstgenoemde ook na de in-

voering van artikel 19a Rv. in 1923 nog onvoldoende tot zijn recht komt. Velen van dezen willen echter aan 's rechters bevoegdheden bij de bewijsvoering een zodanige uitbreiding geven, dat de schaal te veel naar de andere zijde doorslaat: aan de hand van de gedane voorstellen in die richting zal ik thans mijn eigen mening uiteenzetten.

9. In de eerste plaats dan heeft men de rechter de vrijheid willen geven feiten, die door een der partijen zijn aangevoerd, *niet* als vaststaand aan te nemen ook al zijn zij door de wederpartij niet betwist of zelfs uitdrukkelijk in rechten erkend. Met dit laatste beginnend stuiten wij op de vraag of in de toekomst de gerechtelijke bekentenis volledig bewijs moet blijven opleveren („beslissend bewijs” moet men eigenlijk zeggen als de onherroepelijkheid gehandhaafd blijft). Anders geformuleerd, als men de bekentenis niet tot de bewijsmiddelen wil rekenen: of zij bewijs overbodig moet blijven maken. In de Richtlijnen-DORHOUT MEES is de vraag niet met zoveel woorden beantwoord, in het Ontwerp GRATAMA echter is zij in het algemeen implicite — men zie de artt. 169, 181 en 183 in verband met de toelichting op blz. 146 — en voor gedingen, die de staat der personen betreffen, zelfs uitdrukkelijk — men zie artikel 626 en de toelichting op blz. 327, 328 — ontkennend beantwoord terwijl ook met het beginsel der onherroepelijkheid werd gebroken. In 1924 verwierp ter vergadering van de Nederlandse Juristenvereniging de grote meerderheid dit stelsel, daarbij de prae-adviseurs METLINK en OFFERHAUS volgend: alleen bleek eerstgenoemde zich met het prijsgeven der onherroepelijkheid wel te kunnen verenigen<sup>1</sup>. Bijzondere aandacht verdient hier het onderscheid, dat SCHOLTEN maakte: ook hij was van mening, dat het juister ware geweest indien het ontwerp had bepaald, dat de bekentenis voor partijen en rechter bindend moet zijn maar slechts in het algemeen t. a. v. die rechten „waarover partijen de beschikking hebben”<sup>2</sup>. Reeds in 1906 had SCHOLTEN deze mening verdedigd in een bespreking van het toen in behandeling zijnde Regeringsontwerp, dat in zijn artikel 1935 de volledige bewijskracht van het geldende artikel 1962 B. W. handhaafde<sup>3</sup>. De meeste schrijvers ver-

<sup>1</sup> Zie handelingen II, blz. 121 en 148, resp. 126—127.

<sup>2</sup> Ibidem, blz. 105—106.

<sup>3</sup> W. P. N. R. nos. 1907 e. v.; zie ook HAMAKER in W. P. N. R. nos. 1622—1624 Verspreide geschriften I, blz. 382 e. v.

dedigen dan ook thans, dat artikel 1962 B. W. slechts voor het vermogensrecht geschreven is<sup>1</sup>. EGGENS drukt het aldus uit, dat alleen dan de bekentenis beslissend mag zijn als het gaat om „rechtsbetrekkingen, welke in beginsel ter vrije bepaling van partijen staan”. Ik zou mij hierbij aan willen sluiten: in ons toekomstig recht mag het inderdaad niet meer mogelijk zijn, dat de rechter zich b.v. een beslissing over de wettigheid of onwettigheid van een kind, waarbij belangen van derden en het algemeen belang betrokken zijn, uit handen genomen ziet door de bekentenis van gedaagde. De moeilijkheden, die dan in onze echtscheidingspraktijk ontstaan — of liever kunnen ontstaan want dit hangt af van de rechter, die immers niet verplicht is nader bewijs te vorderen (artikel 810 Rv., dat in dit opzicht het doel voorbijsschiet zou ik dan ook af willen schaffen) — moeten door een herziening van ons echtscheidingsrecht worden opgelost hoe zeer men daar ook tegenop moge zien.

De restrictie hier gemaakt voor de uitdrukkelijke erkenning in rechten geldt a fortiori voor de niet-betwisting. Hier zou ik echter ook in de gedingen over rechtsbetrekkingen, die wel aan partijen ter bepaling staan, een restrictie willen maken: is de rechter niet overtuigd, dat een door de ene partij aangevoerd en door de wederpartij niet betwist feit waar is dan heeft hij de bevoegdheid daarvan alsnog bewijs te vorderen tenzij deze wederpartij, die daartoe door hem eerst in de gelegenheid moet worden gesteld, alsnog uitdrukkelijk het feit erkent: partijen blijven hier dus het recht houden de rechter het onderzoek naar bepaalde feiten af te snijden maar dit geschiedt niet meer uit onoplettendheid van een der partijen.

Een bijzondere vorm van niet-betwisten is het niet verschijnen en zich bij verstek laten veroordelen: ons huidige artikel 76 Rv. bepaalt hier, dat de vordering zal worden toegewezen tenzij zij de rechter „onrechtmatig of ongegrond” voorkomt. De H. R. oordeelde in een procedure tot ontkenning der wettigheid van een kind, waarin de bijzondere voogd verstek had laten gaan en de lagere rechter nader

<sup>1</sup> SUYLING I, nos. 369 en 482; SCHOLTEN bij ASSER I, blz. 262 c. v.; ANEMA bij ASSER V, blz. 424 c. v.; EGGENS bij LAND VI, blz. 233. Het probleem is berucht geworden sinds de H. R. ondanks artikel 263 B. W. ook op de echtscheidingsprocedure en die tot scheiding van tafel en bed artikel 1962 B. W. toepaste: H. R. 22 Juni 1883 W. 4924 en 23 December 1943, 1944-5, n<sup>o</sup>. 141. Zie ook VREGENS in N. Jb. 1948, blz. 489.

bewijs had gevorderd, dat artikel 76 Rv. zo algemeen mogelijk luidt en voor een onderscheid in zaken, die al dan niet de staat van personen betreffen, geen plaats biedt: het arrest, waarvan beroep, werd dan ook vernietigd<sup>1</sup>. Toch is hier de processuele gelijkstelling van familierechtelijke met andere gedingen niet zo fataal als bij de bekentenis: de H. R. kont immers bij verstek in alle gevallen de rechter de bevoegdheid toe om desgeraden aan de eisende partij bewijs van haar stellingen op te leggen<sup>2</sup>. Daarmede heeft de rechter toch volledige vrijheid om de hier bepleite differentiatie aan te brengen? Ik zou niet zo ver willen gaan de rechter hier voor de familierechtelijke gedingen een verbod op te leggen een eis zonder nader bewijs toe te wijzen, evenmin als dit bij de gerechtelijke bekentenis het geval behoort te zijn.

Ook moderne buitenlandse proceswetgevingen maken voor familierechtelijke gedingen verschil: in de Duitse Z. P. O. wordt op het beginsel, dat de gerechtelijke bekentenis overbodig maakt (§ 288) een uitzondering gemaakt voor zaken betreffende ontbinding of nietigheid van een huwelijk (§ 617), ontkenning der wettigheid van een kind en inroeping of betwisting van staat (§ 640) en instelling of opheffing van curatele (§§ 670 en 679; zie ook §§ 684 en 686). In dezelfde zaken worden evenmin verstek-vonnissen gewezen (§ 618, waarnaar de §§ 640, 670 enz. verwijzen), zoals in de normale gevallen, waar de regel geldt, dat de tegen de niet-verschenen gedaagde aangevoerde feiten voor erkend worden gehouden (§ 331). Opmerkelijk is overigens, dat de Duitse rechter sinds de invoering in 1933 van de ook bij ons veel besproken „waarheidsplicht” der partijen (§ 138) de vrijheid neemt deze fictie niet te laten gelden als hem de door de eiser aangevoerde feiten als bewust onwaar voorkomen.

<sup>1</sup> H. R. 7 November 1930 W. 12225 N. J., blz. 91 (niet noot P. S.); de lagere rechter blijft in navolging van de meeste auteurs wel verschil maken: zie b.v. Hof Amsterdam 9 Febr. 1950, 1950 n°. 719 met het argument, dat het hier gaat om een belang, waarover de daarbij betrokken personen niet naar eigen inzicht kunnen beslissen.

<sup>2</sup> H. R. 15 Maart 1946, 1946 n°. 187, in een procedure, waarin de H. R. overigens sanctioneerde, dat een eis tot echtscheiding bij verstek werd toegewezen, ingesteld door de echtgenote-curatrice tegen de toeziend curator van haar man. Dat de H. R. echter ook gevallen sanctionneert, waar de lagere rechter wel nader bewijs heeft gevorderd, blijkt uit H. R. 30 November 1893, W. 6443 (echtscheiding ingesteld tegen curator, die verstek liet gaan) en H. R. 26 Augustus 1949, 1950 n°. 55 (vordering tot ontkenning der wettigheid van een kind tegen een bijzonder voogd, die verstek liet gaan); men zie vooral de conclusie van de advocaat-generaal LANGHEIJNE voor laatstgenoemd arrest en de annotatie van D. J. V. onder het arrest n°. 56.



In de zeer moderne Italiaanse Codice Civile van 1942 is bepaald, dat de gerechtelijke bekentenis volledig bewijs oplevert maar onmiddellijk is daaraan toegevoegd: mits het niet gaat om feiten „relativi a diritti non disponibili” (artikel 2733, lid 2).

10. Niet alleen heeft men bepleit de rechter vrijheid te geven tussen partijen door bekentenis of gebrek aan tegenspraak vaststaande feiten niet altijd als zodanig te aanvaarden zonder nader bewijs maar ook om hem in sommige gevallen het recht te geven zich het bewijs te verschaffen buiten partijen om. In deze richting gaan de volgende twee voorstellen, die men beide vindt in de Richtlijnen-DORHOUT MEES (nº. 11):

1. De rechter moet ambtshalve aan alle ambtelijke instanties allo door hem gewenste inlichtingen kunnen verzoeken. In zijn reeds genoemd prae-advies voor de Nederlandse Advocatenvereniging toonde DUBBINK zich een voorstander van dit voorstel mits de aldus verworven gegevens ter kennis van partijen worden gebracht zodat deze daarover hun opmerkingen kunnen maken en mits in bepaalde gevallen voor de betrokken instanties een soort verschoningsrecht wordt geschapen. Als voorbeelden van gegevens, die ambtshalve moeten worden opgevraagd, noemde hij in aanrijdingszaken de stukken in het strafgeding tegen de aanrijder, in aanvaringszaken inlichtingen van het Meteorologisch Instituut over windsterkte en -richting, in aannemingszaken ambtelijke gegevens van Bouw- en Woningtoezicht of Wederopbouw. Bij de stemming in de vergadering liet men dit vraagpunt helaas vallen. In ons goldend procesrecht is men t. a. v. bijzondere procedures ook reeds in deze richting gegaan zoals blijkt uit de reeds besproken artikelen 828d, lid 2 en 860 lid 3 Rv. en het in noot 31 genoemde arrest van de H. R. Een algemeen voorschrift van deze aard vindt men in artikel 213 van de nieuwe Italiaanse Codice di Procedura Civile;
2. De rechter moet vrij zijn het horen van getuigen te gelasten, die door partijen niet genoemd zijn. Het Ontwerp-GRATAMA was reeds voorgegaan: zie artikel 265. Een commissie uit de Advocatenvereniging was er tegen; van de prae-adviseurs der Nederlandse Juristenvereniging was

MEIJINK vóór-, OFFERHAUS tegenstander dozer rechterlijke bevoegdheid<sup>1</sup>; tot een stemming over dit punt kwam het niet.

Bij het beantwoorden der vraag of het nieuwe bewijsrecht op deze punten de Richtlijnen-DORHOUT MEES moet volgen, zou ik wederom verschil willen maken tusschen gedingen, waarin het gaat om rechtsbetrekkingen, die aan partijen ter bepaling staan en die waarbij dit niet het geval is. Bij laatstgenoemde zou ik de voorgestelde uitbreiding van 's rechters bevoegdheden willen aanvaarden en daarbij slechts het voorbehoud willen maken, dat partijen de gelegenheid krijgen zich ten overstaan van de rechter uit te spreken over de ambtshalve opgevraagde en hun ter kennis gebrachte gegevens, resp. over de door de ambtshalve gedagvaarde getuigen afgelegde verklaringen. Bij gedingen over rechtsbetrekkingen, die wel aan partijen ter bepaling staan, zou ik de uitbreiding van 's rechters bevoegdheden eveneens willen aanvaarden, echter onder een verdergaande restrictie: alleen dan zou ik de rechter toe willen staan op die gegevens en verklaringen acht te slaan indien beide partijen zich daartegen niet verzetten: ook hier verdedig ik dus weer het principe, dat reeds naar voren kwam bij de niet-betwisting van een gesteld feit: slechts op beider verzoek doch niet door onplettendheid van een of beide partijen mag de rechter belet worden tot de materiële waarheid door te dringen.

Dat deze gedachte ook in het Ontwerp-GRATAMA al tot uitdrukking kwam, volgt uit artikel 265 lid 3, dat het horen van een ambtshalve opgeroepen getuige verbiedt als alle partijen zich daartegen verzetten en uit artikel 626, dat deze regel niet van toepassing verklaart op gedingen betreffende de staat der personen.

### III. VERDELING VAN DE BEWIJSLAST.

11. Ook in een stelsel van „minder lijdelijkheid” van de rechter, als boven verdedigd, blijft de bewijsvoering in de eerste plaats de taak van partijen: zij zijn het, die trachten de rechter door het verschaffen van het feitenmateriaal, d. w. z. door hem in staat te stellen waarnemingen te doen,

<sup>1</sup> Zie de prae-adviezen resp. op blz. 47 en 42 en het verslag der vergadering blz. 103, 119 en 145.

b.v. geschriften te lezen, verklaringen aan te horen, een bepaalde overtuiging bij te brengen.

Het is begrijpelijk, dat partijen dit min of meer onafhankelijk van elkaar doen. Zij staan in het proces tegenover elkaar en de overtuiging, die zij de rechter trachten bij te brengen, is niet dezelfde: de eiser roept een rechtsgevolg in, dat de gedaagde betwist en wellicht omgekeerd. De eiser beroept zich daarbij op feiten, die de gedaagde misschien ontkent en deze laatste beroept zich van zijn kant ter staving van zijn betwisting van het door eiser ingeroepen rechtsgevolg of tot staving van het door hemzelf ingeroepen rechtsgevolg wellicht weer op feiten, die de eiser misschien ontkent. Het zou ondoenlijk zijn het bewijs van alle feiten, die bewijs behoeven aan beide partijen gezamenlijk op te dragen. Even ondoenlijk zou het zijn een der partijen, b.v. de eiser, met het bewijs van al die feiten te belasten: van het bestaan van sommige feiten heeft de eiser als het ware de schijn voor zich en dan ligt het in de lijn de bewijslast naar de gedaagde te verleggen. Zo behoeft hij, die nakoming van een overeenkomst vordert, niet te bewijzen, dat zijn wederpartij tot het sluiten van die overeenkomst bevoegd was: op deze laatste rust de taak eventueel haar onbevoegdheid te bewijzen.

Zo komt men naargelang van de feiten, die bewijs behoeven, tot een *verdeling van de bewijslast*, hetgeen overigens niet in die zin moet worden verstaan, dat van sommige feiten de eiser, van andere de gedaagde een *verplichting* tegenover zijn wederpartij — of tegenover de rechter — zou hebben tot bewijlslevering, maar aldus, dat van het niet komen vaststaan van sommige feiten de eiser, van dat van andere de gedaagde het nadeel lijdt, d. w. z. het *risico*, dat het proces voor hem een ongunstige wending neemt. Ook sluit de verdeling van de bewijslast geenszins uit, dat de partij op wie in een bepaald geval volgens de regelen van het recht de bewijslast niet rust, desgewenst bewijs mag aanbieden: de rechter, die haar met dat bewijs belast, schendt die regelen niet <sup>1</sup> en wat aldus bewezen wordt, geldt evenzeer als vaststaand als dat wat de wederpartij zou hebben bewezen.

Na deze korte uiteenzetting over het wezen van de verdeling van de bewijslast volgens ons geldend recht — waar-

<sup>1</sup> H. R. 31 Maart 1916, W. 9974, N. J. 1916, n<sup>o</sup>. 777.

omtrent overigens geen verschil van mening bestaat — wordt het tijd onze aandacht te wijden aan de regelen volgens welke — wederom in ons geldend recht — de bewijslast verdeeld wordt. Ik laat daarbij terzijde de talloze bepalingen, die voor bijzondere gevallen geschreven zijn, zoals de artt. 589, 1280, 1403 lid 5, 1474, 1480 lid 3, 1600, 1601 B. W. en artikel 468 W. v. K., om vooral mijn aandacht te kunnen wijden aan de twee wetsartikelen, die krachtens hun plaatsing in boek IV van het B. W. van algemene strekking zijn: artikel 1902, waarmede dat boek begint en het beruchte artikel 1961 over de onsplitsbaarheid van de bekentenissen. Achtereenvolgens zal van elk dezer beide artikelen — wederom zeer in het kort — de betekenis in het geldend recht worden beschreven, waarna zal worden nagegaan welk lot hun in een nieuwe wetgeving kan worden beschoren.

12. Artikel 1902 B. W. luidt: „Een iegelijk, die beweert, eenig regt te hebben, of zich op eenig feit, tot staving van zijn regt of tot tegenspraak van eens anders regt, beroept, moet het bestaan van dat regt of van dat feit bewijzen”. Er zijn weinig artikelen uit ons Burgerlijk Wetboek aan te wijzen, waaraan zo diepgaande beschouwingen zijn gewijd als aan dit artikel<sup>1</sup>. Omgekeerd evenredig met de omvang der uitzettingen over de verschillende theorieën, die men t. a. v. de verdeling der bewijslast kan huldigen, is echter die der critiek, die men levert op de toepassing van artikel 1902 B. W. door onze rechter: de schrijvers beperken er zich voornamelijk toe aan te tonen, dat de uitspraken van de rechter toch eigenlijk het beste in hun eigen theorie passen. Men kan dit verschijnsel misschien verklaren door er op te wijzen, dat de verschillende theorieën door de correcties, die haar aanhangers in bepaalde gevallen toelaten, zeer vaak tot hetzelfde resultaat leiden en dat de rechter zich dikwijls nog al los maakt van de letterlijke tekst van artikel 1902: inderdaad is de formulering dezer bepaling, die in de Franse Code civil alleen betrekking had op de bewijslastverdeling als nakoming van een verbintenis werd

<sup>1</sup> Van de handboeken noem ik VAN BONEVAL FAURE, DL. IV-I, blz. 20 e. v. ANEMA bij ASSEB, blz. 52 tot 83, SUYLING I, nos. 372 tot 380, SCHELTENA, blz. 44 tot 80, EGGES bij LAND VI, blz. 53 tot 60, PETLO, blz. 37 tot 43, STAR BUSMANN, nos. 213 tot 220, voor verdere litteratuur zie vooral de dissertaties van GRÜNEBAUM 1904 en KAN 1921 en voorts MOUTZER in R. M. 1903, blz. 518 e. v., HAMAKER Verspreide geschriften V, blz. 80 e. v. Voor België: zie DE PAGE III, nos. 725—734.

gevorderd en de wederpartij zich op een bevrijdend feit beriep, in ons Wetboek, waar men haar een algemene strekking moest geven, nog al ongelukkig uitgevallen. Men kan zelfs beweten, dat artikel 1902 door in het midden te laten welke partij zich op een bepaald feit moet beroepen, ook het antwoord schuldig blijft op de vraag welke partij dat feit moet bewijzen en zich dus eigenlijk over de verdeling van de bewijslast helemaal niet uitspreekt. Zo zien wij de lagere rechter bij de verdeling van de bewijslast, artikel 1902 B. W. als te weinig houvast biedend eigenlijk terzijde laten; andorzijds brengt echter de H. R. eenheid in de rechtspraak door artikel 1902 B. W. geschonden te achten als hij het met de door de lagere rechter gegeven oplossing in het concrete geval niet eens is. Theoretisch mag dit weinig fraai zijn, hoilzaam is het zeker.

Dat de H. R. daarbij kleur zou hebben bekend ten gunste van een der theorieën, die door de schrijvers zijn ontwikkeld, is naar mijn mening niet verdedigbaar. SCHELTEMA, die in een knap betoog de objectief-rechtelijke theorie heeft verdedigd, volgens welke iedere partij het bestaan heeft te bewijzen van die feiten, waarvan het objectieve recht de door haar gewilde rechtsgevolgen heeft afhankelijk gesteld, acht zijn leer belichaamd in de formulering van een aantal door hem in zijn handboek genoemde arresten van de H. R. Zelfs als men dit wil toegeven, is het toch een veeg teken, dat SCHELTEMA bij drie dezer arresten het resultaat, waartoe de H. R. komt, niet kan billijken<sup>1</sup>, maar dat ligt dan volgens hem hieraan, dat altijd verschil van mening mogelijk is omtrent de interpretatie van het objectieve recht, waarop men voor de verdeling van de bewijslast terug moet grijpen. Bovendien heeft de H. R. na de verschijning van SCHELTEMA's handboek een arrest gewezen, dat zeker niet in diens objectiefrechtelijke theorie past: een klacht wegens onjuiste verdeling van de bewijslast kan niet tot cassatie leiden tenzij artikel 1902 B. W. als geschonden is aangehaald, zo

<sup>1</sup> H. R. 31 Maart 1927, W. 11661, N. J. 1927, 749 (met noot P. S., over de bewijslast in een alimentatieprocedure t. a. v. het inkomen van de onderhoudsplichtige; H. R. 10 Juni 1930, W. 2153, N. J. 1931, 55 (met noot E. M. M., over de bewijslast in een merk-inbreukprocedure t. a. v. het niet gebruiken van een merk) en H. R. 14 October 1913, W. 9571, N. J. 1913, 1267 (over de bewijslast t. a. v. de toestemming van de wederpartij bij onrechtmatige beëindiging ener dienstbetrekking). Zie SCHELTEMA, blz. 66, 67 noot 3 en blz. 69—70.

besliste de H. R.<sup>1</sup>; volgens SCHELTEMA (blz. 73) past deze stelling in de onde subjectiefrechtelijke leer, volgens welke ieder die feiten moet bewijzen, waaruit het door hem gepretendeerde subjectieve recht blijkt, terwijl in zijn opvatting niet artikel 1902 in cassatie als geschonden moet worden aangehaald maar die bepalingen van objectief recht, waarin voor het gegeven geval de bewijslastverdeling is neergelegd. Hiermede zij niet betoogd, dat de H. R. de subjectiefrechtelijke leer heeft aanvaard. Ik geloof, dat wij het geldende recht, zoals zich dat in de uitspraak manifesteert, als volgt kunnen weergeven: terwijl de lagere rechtspraak, voor zover zij zich duidelijk uitspreekt, verdoeld is, spreekt de H. R. zich niet uit: zijn formuleringen bieden aanknopingspunten soms voor de objectiefrechtelijke soms voor de subjectiefrechtelijke leer, maar de resultaten, waartoe hij komt, passen op een enkele uitzondering na<sup>2</sup> verreweg het beste in de z.g. billijkheids- of procesrechtelijke theorie. Volgens deze leer — met verschillende nuanceringen verdorfd door ANEMA, KAN, STAR BUSMANN, EGGENS en PITLO — kunnen abstracte regels, welke voor alle gevallen een oplossing geven, niet worden opgesteld: uitgaande van de processuele gelijkheid van de partijen en van het beginsel, dat partijen elkaar in het geding een „fair trial” moeten geven, dient de rechter in concreto naar de omstandigheden van het geval de bewijslast naar billijkheid vast te stellen; daarbij kunnen bepaalde, in de praktijk gevormde vaste regels hoogstens als richtlijn of vingervijzingen dienst doen.

Dat de rechter tot deze billijke resultaten kan komen, ook als formeel de subjectiefrechtelijke of objectiefrechtelijke leer wordt gevolgd, wordt in de hand gewerkt doordat de rechter dikwijls een te zwaar op een der partijen drukkende bewijslast verlicht of zelfs in wezen naar de wederpartij verlegt door hetgeen bewezen moet worden als vaststaand aan te nemen op grond van vermoedens, die hij put uit andere reeds vaststaande feiten of omdat naar zijn oordeel de betwisting door de wederpartij niet voldoende was ge-

<sup>1</sup> H. R. 15 Febr. 1946, 1946 n<sup>o</sup>. 164; zie SCHELTEMA, blz. 173.

<sup>2</sup> Een markante uitzondering vormt het reeds genoemde ook door SCHELTEMA becritiseerde arrest van 10 Juni 1930 over de non-usus van een merk, dat m. i. in geen enkele theorie past. Aan de critiek van VAN WAGENINGEN en TELDERS. Bijblad I. E. 37, resp. blz. 1 en blz. 92, heb ik niets toe te voegen; anders echter MELERS in zijn noot.

motiveerd<sup>1</sup>. Men kan deze correcties toejuichen maar men bedenke, dat kwesties van bewijswaardering en de vraag van het al of niet gemotiveerd zijn van een betwisting van feitelijke aard en daarmee aan de beoordeling van de cassatierechter onttrokken zijn<sup>2</sup>. Uit de arresten, die het terzijde stellen van onvoldoende gemotiveerde conclusies sanctioneren, heeft MEIJERS in zijn annotaties onder de aangehaalde arresten afgeleid, dat aldus een mededelingsplicht wordt opgelegd aan de wederpartij van hem op wie de bewijslast rust. Inderdaad, ik zou het aldus willen formuleren — en zo past het ook volkomen in de procesrechtelijke of billijkheidstheorie — in bepaalde gevallen kunnen de omstandigheden van het geval en de tussen partijen bestaande rechtsbetrekking, al of niet uit overeenkomst voortvloeiende, noodzakelijk maken, dat de partij, op wie de bewijslast rust, bij het leveren van dat bewijs geholpen wordt door haar wederpartij: aanknopingspunten hiervoor vindt men in de wet in art. 1923 B. W. (overlegging van stukken, die aan beide partijen „gemeen” zijn), art. 8 W. v. K. (openlegging van verplicht gehouden boekhouding) en art. 771 e.v. Rv. (geding tot het doen van rekening en verantwoording)<sup>3</sup>.

Tenslotte worden de scherpe kantjes van de bewijslastverdeling volgens andere dan billijkheidsnormen ook nog afgeslepen door het eigen initiatief, dat de rechter mag ontplooiën. Het is duidelijk, dat, wanneer men spoedig aanneemt, dat iets een notoir feit is of een feit, waarmee de rechter op grond van eigen wetenschap rekening kan houden, wanneer ook de wederpartij van hem op wie de bewijslast rust krachtens art. 19a Rv. tot het geven van inlichtingen voor de rechter wordt geroepen en wanneer deskundigenbericht wordt ingewonnen, de bewijslast aanzienlijk kan worden verlicht of zelfs het geding een wending kan nemen, waardoor men aan een verdeling van de bewijslast in het geheel niet meer toekomt. In een stelsel van minder lijdelijkheid, als boven verdedigd, komt dit nog duidelijker uit.

<sup>1</sup> Zie SUXLING n<sup>o</sup>. 380 en de belangrijke noten van MEIJERS onder H. R. 18 December 1925, W. 11448, N. J. 1926, 228 en 7 Jan. 1926, W. 11715, N. J. 1926, 258. Zie ook SCHEFFEMA, blz. 74—75.

<sup>2</sup> Zie t. a. v. de bewijskracht van vermoedens H. R. 29 Mei 1942, 1942 n<sup>o</sup>. 546 en 9 April 1948, 1948 n<sup>o</sup>. 446 en t. a. v. het onvoldoende gemotiveerd zijn het in de vorige noot genoemde arrest van 18 December 1925.

<sup>3</sup> KAN, Ac. Fr., blz. 91—97; CATZ, Aantekeningen over exhibitieplicht, de N. V., XVIII blz. 302; HAARDT, „Hoofdstukken uit het bedrijfsrecht”, blz. 141—146; RUTGERS „Openlegging en overlegging van boekhouding”, 949, blz. 172 e. v.

13. Naar mijn gevoel ligt in de toepassing der gencemde „correcties”, in de aanvaarding van een mededelingsplicht (of beter: plicht tot verlichten van de bewijslast der wederpartij) en in het soms niet lijdelijk zijn van de rechter, tengevolge waarvan een rigoureuse toepassing der objectiefrechtelijke of subjectiefrechtelijke leer ondenkbaar is, reeds een belangrijk motief opgesloten, deze theorieën voor het *ius constituendum* buiten beschouwing te laten en de beginselen der billijkheidsleer te aanvaarden. Deze leer heeft niet, zoals de subjectiefrechtelijke, het bezwaar, dat zij geen oplossing geeft in gedingen, waarin eigenlijk geen subjectief recht wordt geldend gemaakt en bij zuivere processuele geschillen. Evenmin heeft zij, zoals de objectiefrechtelijke theorie, het bezwaar, dat zij geen oplossing geeft in gevallen, die in de wet niet gerogeld zijn en dat de oplossing, die zij eventueel geeft, afhankelijk is van een toevallige — geenszins met het oog op de bewijslastverdeling gekozen — formulering van een wetsartikel: wanneer SCHELTEMA zegt, dat, indien art. 377 B. W. (oud) niet had bepaald, dat de verplichting tot het onderhouden van schoonouders ophoudt door de dood van de echtgenoot door wie de zwagerschap bestond, enz., maar aldus was geformuleerd, dat gencemde verplichting bestaat mits die echtgenoot nog in leven is, niet de onderhoudsplichtige de dood, maar de onderhoudsgerechtigde het in zijn leven had moeten bewijzen, dan spreekt dat m. i. tegen zijn theorie. De billijkheids- of procesrechtelijke leer is naar mijn gevoel de enige, die er recht aan doet wedervaren, dat bewijslastverdeling een procesrechtelijke werkzaamheid des rechters is, waarbij deze vóór alles heeft te zorgen, dat beide partijen een „fair trial” krijgen: de houding van partijen in het geding en vóór het geding zal dikwijls bij zijn beslissing zwaarder tellen dan de formulering van materieelrechtelijke bepalingen. Men zal vragen of aldus de rechtszekerheid niet in het gedrang komt. Misschien zal het in sommige gevallen moeilijk zijn te voorspellen hoe 's rechters beslissing zal uitvallen. Maar die toestand hebben wij thans eigenlijk ook al door de rechterlijke praktijk, die ik boven schetste, terwijl m. i. voor zeer veel gevallen ook de andere theorieën geen rechtszekerheid kunnen verschaffen. Bovendien: de rechtzoekende zal zeker een stelsel prefereren, waaronder hij een proces kan wagen, waarvan de uitslag weliswaar niet zeker maar in ieder geval



billijk is, boven een stelsel, dat hem in veel gevallen zekerheid omtrent een voor hem onbillijke uitslag geeft. Tenslotte: Is het zo moeilijk te voorspellen wat billijk is?

Neen, voor ons toekomstig recht aanvaarde men de billijkheidsleer. Door de critiek van SCHELTEMA ben ik niet tot een andere overtuiging gekomen, evenmin trouwens als ANEMA en STAR BUSMANN blijkens de laatste drukken van hun handboeken en evenmin als PITLO, die in zijn na de oorlog verschenen handboek een krachtig pleidooi voor deze leer houdt. Ik moge verder verwijzen naar deze litteratuur en naar EGGENS, die in zijn bewerking van LAND beschouwingen aan dit punt heeft gewijd, waaraan SCHELTEMA m. i. te weinig aandacht heeft geschonken.

Eenmaal aannemend, dat in ons toekomstige bewijsrecht de billijkheidsleer dient te worden aanvaard, rijst nog de vraag of een wettelijke bepaling dit tot uitdrukking moet brengen. Als men de rechter in het geheel niet bindt, zo zou men kunnen redeneren, zal hij allicht de bewijskracht verdelen zoals hem dat het meest billijk voorkomt. Toch zijn er twee redenen waarom ik het opnemen van een bepaling over de verdeling van de bewijslast in de wet zou willen aanraden. De eerste is deze, dat in dat geval in cassatie geklaagd kan worden over een onjuiste verdeling van de bewijslast, waarmede in gelijkliggende gevallen rechtseenheden wordt verkregen<sup>1</sup>. Dat deze reden komt te vervallen als in de toekomst cassatie ook mogelijk wordt gemaakt bij „schending van het recht”, is niet zeker. Maar er is nog een tweede: het lijkt mij nuttig, dat de rechter er duidelijk op gewezen wordt, dat de normen der andere theorieën niet van toepassing zullen zijn of althans bij die der billijkheidstheorie ten achter zijn te stellen. In Duitsland immers kent men geen algemeen wetsartikel over de bewijslastverdeling en daar komt het nog dikwijls voor, dat de rechter als ook een duidelijke regel voor het speciale geval ontbreekt, zich — als bij ons de aanhangers der objectiefrechtelijke leer — te veel baseert op de formulering van het materieelrechtelijke wetsartikel, die overigens inderdaad in dat land wat minder toevallig is dan bij ons (Satzbau-Lehre). Evenzo konde bij ons het Ontwerp-GRATAMA geen dergelijk algemeen wetsartikel en niet ten onrechte vreesde men in de

<sup>1</sup> Zie de pract-adviezen van MEILINK, blz. 18, OFFERHAUS, blz. 15 en het betoog van DE BRAUW in de Handelingen, blz. 86 e. v.

vergadering der Nederlandse Juristen-Vereeniging van 1924, gezien ook de verdere strekking van dit ontwerp, dat de rechter aldus te zeer in de richting der z.g. publiekrechtelijke bewijstheorie van MOLTZER zou worden gedreven met als gevolg, dat in principe alle feiten door beide partijen gezamenlijk zouden moeten worden bewezen, een leer, die mij te ver gaat. Voldoende is dat men, overeenkomstig de beginselen der billijkheidsleer, in bepaalde gevallen een plicht aanneemt rustend op de ene partij om haar wederpartij, op welke de bewijslast rust, bij de bewijsoverlevering te helpen, een plicht, die zoals ik boven aangaf het geldende recht reeds erkent. De vergadering van 1924 antwoordde dan ook met grote meerderheid bevestigend op de vraag of de wet een bepaling behoort te behelzen omtrent de verdeling van de bewijslast en wel een, welke die verdeling niet geheel aan de rechter overlaat. Uit deze laatste woorden leidt men niet af, dat de vergadering daarmede de billijkheidsleer verwierp. Het zij nog eens onderstreept, dat de rechter ook volgens deze leer niet naar willekeur beslist doch eveneens aan bepaalde normen is gebonden. Wel valt uit het ter vergadering besprokene af te leiden, dat men een tekst op het oog had als die van artikel 1902 van het Regeringsontwerp 1903:

„Hij, die zich tot staving van zijn recht of van de tegenspraak tegen eens anders recht beroept op een feit, waarvan de gegrondheid zijner bewering of zijner tegenspraak afhankelijk is, moet het bestaan van dat feit bewijzen”,

of die van het nader gewijzigd Regeringsontwerp, later ook opgenomen in het Ontwerp N. J. V. in artikel 201:

„Hij, die een rechtsgevolg voor zich inroept, moet het bestaan bewijzen van het feit of de feiten, waaraan dat rechtsgevolg is verbonden”.

De eerste bepaling sluit m.i. te nauw op ons huidig artikel 1902 B. W. aan: als zij omtrent de bewijslastverdeling iets zegt, past zij het best in de subjectiefrechtelijke leer. De tweede, met welke artikel 2697 van de nieuwe Italiaanse Codice civile veel overeenstemming vertoont, gaat in de richting der objectiefrechtelijke theorie. Beide zou ik derhalve willen verwerpen ten gunste van een formulering ongeveer als volgt:

„Indien de wet daaromtrent niets anders heeft bepaald, moeten de te bewijzen feiten worden bewezen „door diegene der partijen, die daartoe naar de beginselen ener goede procesorde en naar hetgeen in de „omstandigheden van het geding billijk is, de meest „aangewezen is”.

Het lijkt mij niet noodzakelijk een afzonderlijke bepaling te wijden aan de plicht, die soms op de wederpartij rust om bij de bewijislevering behulpzaam te zijn. Wel zou men bij de regeling van het schriftelijk bewijs een artikel kunnen opnemen samengesteld uit de elementen der huidige artikelen 1923 B. W. en 8 W. v. K., die op dit punt het meest voorkomende geval regelen; dit artikel zal dan een iets wijdere strekking hebben en ongeveer luiden als volgt:

„De rechter kan in de loop van een rechtsgeding op „verzoek of ambtshalve aan ieder der partijen of aan „een van haar de openlegging bevelen van de boeken, „bescheiden en geschriften, die zij ingevolge de wet „of de rechtsbetrokking, in welke zij tot haar weder„partij staan, moeten houden, maken of bewaren, ten„einde daarvan inzage of een uittreksel te doen nemen „voor zoveel hij dit nodig acht in verband met het „punt in geschil”.

„Het staat hem vrij uit de niet-voldoening aan zijn „bevel de gevolgtrekking te maken, die hem geraden „zal voorkomen”.

14. Tot zover over artikel 1902 B. W. Thans artikel 1961 B. W. Dat ook dit artikel, in zijn eerste lid bepalende, dat een bekentenis niet gesplitst mag worden ten nadele van degene, die haar heeft afgelegd, de verdeling van de bewijslast betreft, is duidelijk uit het meest simpele voorbeeld, waarmede men de werking dozer bepaling in de praktijk pleegt te demonstrenen: A spreekt B aan uit een koopovereenkomst tot betaling van de prijs; B erkent de koop, doch voegt daaraan toe: ik heb reeds betaald; hetgeen A weer ontkent. Artikel 1961 heeft nu tengevolge, dat de rechter de bekentenis van B ten aanzien van de koop niet mag afsplitsen van het verder door hem aangevoerde, d. w. z. de koop geldt niet als erkend en A zal die alsnog hebben te bewijzen; indien tenminste A er niet in slaagt de „valsheid der bevrijdende daadzaak” te bewijzen, dus dat B niet

heeft betaald, in welk geval het tweede lid de rechter de vrijheid geeft de bekentenis te splitsen met het gevolg, dat A dan mag hopen (niet eens verwachten<sup>1</sup>), dat de rechter het vaststaan der koopovereenkomst zonder nader bewijs van zijn zijde aanneemt. Men ziet: de wet regelt hier niet alleen de bewijskracht van de bekentenis maar verdeelt vóór alles de bewijslast: het duidelijkst spreekt dit wanneer in ons voorbeeld A het sluiten der koopovereenkomst op geen andere wijze kan aantonen dan door de erkenning van B en deze laatste voor zijn betaling helemaal geen bewijs kan bijbrengen.

De merkwaardige bevoordeling van de gedaagde, die artikel 1961 B. W. inhoudt, heeft men verdedigd met het argument, dat wanneer beide partijen in bewijsnood verkeren, de gedaagde, die zo eerlijk is door zijn erkenning de eiser uit zijn nood te helpen, beschermd moet worden tegen de gevolgen dezer erkenning, n.l. de afwenteling van het bewijsrisico op hemzelf. Inderdaad is dit billijk als de gedaagde werkelijk heeft betaald en tegenover een gewetenloze eiser staat, die ten tweede male betaling vraagt. Maar als de gedaagde nu eens gewetenloos is en de betaling, waarop hij zich beroept, niet heeft plaats gehad? In een stelsel als boven verdedigd, waarin voor de bewijslastverdeling wordt uitgegaan van de gelijkheid van partijen in het geding, is voor zulk een bevoordeling van de gedaagde boven de eiser geen plaats. Bovendien maakt het niet alleen op de leek maar ook op de jurist een vreemde indruk, dat iets wat erkend is — werkelijk erkend, dus niet gefingeerd, zoals het overspel in echtscheidingsgedingen — nog bewezen moet worden.

Mijn korte beschrijving van het geldende recht op dit punt neemt dan ook de vorm aan van een opsomming van de wijzen, waarop onze rechtspraak heeft getracht bepaalde categorieën van gevallen aan de werking van artikel 1961 te onttrekken. Wederom moet ik mij tot het weergeven der hoofdlijnen uit de jurisprudentie beperken en wat de daarop door de schrijvers geleverde critiek betreft, met een verwijzing volstaan<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> H. R. 4 November 1920, W. 10669, N. J. 1921, 7.

<sup>2</sup> Van de handboeken noem ik VAN BONEVAL FAURE IV, II, blz. 214—234; ANEMA bij ASSER, blz. 430—440; VERGENS-OPPENHEIM, blz. 511—518; SUYLING I, nos. 486—489; EGGENS bij LAND VI, blz. 245—260; SCHELTEMA, blz. 154—187; PITLO, blz. 140—148; STAR BUSMANN, nos.

In de eerste plaats dan past onze H. R. sinds 1913 artikel 1961 niet meer toe op die gevallen, waarin niet zozeer sprake is van een bekentenis met bevrijdende toevoeging (geclausuleerde bekentenis: inderdaad heb ik gekocht, maar ik heb reeds betaald), maar veeleer van een ontkenning met toelichting of, zoals het later juist is bestempeld, van het geven van een eigen lezing van het geval, waarbij sommige elementen inderdaad kloppen met hetgeen eiser beweerde (gekwalficeerde bekentenis: inderdaad heb ik gekocht, maar met het beding, dat betaling eerst hoefde te geschieden als een bepaalde voorwaarde vervuld was; of: inderdaad heb ik gekocht, maar niet voor f 500,— maar voor f 400,—). De rechter mag dus in deze gevallen de bekentenis splitsen, d. w. z. het erkende als vaststaand aannemen, waarna de vordering toewijsbaar is indien de gedaagde er niet in slaagt bewijs bij te brengen van hetgeen hij in afwijking van 's eisers stellingen naar voren bracht. Soms blijft echter in deze gevallen de bewijslast aangaande het punt, waarop de wederzijds gegeven voorstellingen onderling afwijken, op de eiser rusten: van beide categorieën van gevallen vindt men voorbeelden in de rechtspraak van de H. R., waarbij men zich terecht kan afvragen of deze daarbij de reeds besproken algemene beginselen, geldend voor de verdeling van de bewijslast, die hier de weg behoren te wijzen, op de juiste wijze heeft toegepast<sup>1</sup>.

In de tweede plaats past de lagere rechter artikel 1961 dikwijls niet toe op gevallen, waar het weliswaar een geclausuleerde bekentenis betreft, maar de bevrijdende toevoeging geheel los staat van het erkende (de toevoeging is niet „connex”: ik heb inderdaad gekocht, maar ik heb een tegenvordering zodat mijn schuld door compensatie is te niet gegaan); wederom met het gevolg, dat het erkende als vast-

218 en 219. Voorts STAR BUSMANN in Gedenkboek B. W., blz. 621—626; MEIJERS, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis II, blz. 248—277 en W. P. N. R., nos. 2503 en 2808/9; VIGELIUS, De leer der bekentenis, Ac. Pr. Leiden 1932. Meest recente literatuur: R. J. POLAK; N. Jb. 1941, blz. 799—801. D. J. V. in een noot onder H. R. 12 April 1946, 1946, n°. 502 en MEIJERS, Het mysterie der gekwalficeerde bekentenis in W. P. N. R. nos. 4017/8.

<sup>1</sup> Eerste categorie: H. R. 31 October 1913, W. 9578, N. J. 1913, 218; H. R. 14 Mei 1920, W. 10590, N. J. 1920, 605; H. R. 29 April 1927, W. 11705, N. J. 1927, 1139. Tweede categorie: H. R. 11 December 1936, 1937, n°. 389 (met noot P. S.) en H. R. 12 April 1946, 1946 n°. 502 (met noot D. J. V.). Vergelijk over dit laatste arrest het jongste artikel van MEIJERS in de vorige noot genoemd.

staand mag worden aangenomen en de gedaagde in de meeste gevallen de „bevrijdende daadzaak” zal hebben te bewijzen. Voor deze leer zijn historische argumenten aan te voeren, maar de H. R. is hier – op één uitzondering na – de lagere rechter niet gevolgd<sup>1</sup>.

In de derde plaats komt de rechtspraak de eiser te hulp door strenge eisen te stellen aan het begrip „bevrijdende daadzaak”: een beroep op wettelijke compensatie met een betwiste tegenvordering is slechts „bevrijdend” indien is voldaan aan artikel 1463 B. W., met name indien de tegenvordering spoedig en eenvoudig kan worden vastgesteld<sup>2</sup>; het toevoegen van een rechtsbeschouwing aan de erkenning, die naar gedaagde's mening de eis toch moet doen stranden, is geen „daadzaak”, die hem het voordeel der onsplitsbaarheid deelachtig kan doen worden<sup>3</sup>. Ook neemt de rechter uit de houding van gedaagde vrij spoedig een vrijwillig prijsgeven van zijn beroep op onsplitsbaarheid van het door hem erkende aan, b.v. in het geval deze uit zichzelf aanbiedt de waarheid van zijn toevoeging te bewijzen. De beslissing wat hier onder prijsgeven is te verstaan, is evenals die wat een bevrijdende daadzaak is, van feitelijke aard<sup>4</sup>.

Ten vijfde kan de rechter de eiser nog helpen door hem in die gevallen, waar met geen mogelijkheid onder de onsplitsbaarheid valt uit te komen, het bewijs van de valsheid der bevrijdende daadzaak (lid 2) niet al te moeilijk te maken. De H. R. is hier echter niet bijzonder meegaand, al besliste hij, dat dit bewijs ook door vermoedens kan worden geleverd<sup>5</sup>.

Tenslotte nog een categorie van gevallen, waarin de wetgever moest ingrijpen; kennelijk was er hier veel minder

<sup>1</sup> Rb. Alkmaar 20 Januari 1927, W. 11755, N. J. 1927, 328 en 28 April 1927, W. 11737, N. J. 1927, 1016; Rb. Rotterdam 9 Maart 1928, W. 11891. Rb. Groningen 2 Maart 1934, W. 12819, N. J. 1934, 560; H. R. 18 April 1929, W. 11999, N. J. 1929, 1211 (met noot P. S.); zie echter weer H. R. 18 December 1930, W. 12246, N. J. 1931, 575 (met noot E. M. M.); tenslotte een voorbeeld van onsplitsbaarheid bij geclausuleerde bekentenis met connexe toevoeging: H. R. 24 Juni 1938, 1939 n<sup>o</sup>. 129 (met noot P. S.).

<sup>2</sup> H. R. 4 December 1924, W. 11342, N. J. 1925, 274; H. R. 2 Januari 1925, W. 11425, N. J. 1925, 345; H. R. 24 December 1942, 1943 n<sup>o</sup>. 217.

<sup>3</sup> H. R. 26 Januari 1912, W. 9317; H. R. 10 November 1939, 1940 n<sup>o</sup>. 160.

<sup>4</sup> H. R. 15 November 1918, W. 10365, N. J. 1919, 37; H. R. 17 Juni 1921, W. 10740, N. J. 1921, 737.

<sup>5</sup> H. R. 4 Februari 1916, W. 9950, N. J. 1916, 457; H. R. 29 November 1918, W. 10368, N. J. 1919, 100. Zie echter ook H. R. 3 Januari 1919, W. 10384, N. J. 1919, 218; H. R. 16 Februari 1923, W. 11028, N. J. 1923, 673.

aanleiding om de gedaagde tegen een chicaneuze eiser dan wel om de eiser tegen een chicaneuze gedaagde te beschermen. Sinds 1934 is in een vaderschapsprocedure de bekentenis van de aangeprokene terzake van de gemeenschap met de moeder, met de bevrijdende toevoeging, dat de moeder in dezelfde termijn ook met een of meer anderen gemeenschap heeft gehad, niet meer onsplitsbaar: zie artikel 344/ (344g oud) B. W. Een tweede voorbeeld van ingrijpen door de wetgever vindt men in artikel 31, lid 7 der nieuwe Wegenverkeerswet.

15. Op een enkele uitzondering na<sup>1</sup> is men het er over eens, dat de onsplitsbaarheid van de bekentenis, zoals zij in artikel 1961 B. W. is neergelegd, uit ons recht dient te verdwijnen. De rechtspraak heeft zich in de vreemdste bochten gewrongen om aan dit voorschrift te ontkomen en verviel daarbij van de ene absurditeit in de andere. Is het al vreemd, dat iets wat erkend is nog bewezen moet worden, nog vreemder is het, dat hieraan bij de geclausuleerde bekentenis strenger de hand wordt gehouden dan bij de gekwalificeerde, waar men er nog aan kan twijfelen of er wel sprake is van een erkenning. En is het niet absurd, dat bij de toepassing der leer van de gekwalificeerde bekentenis, zoals MEIJERS heeft onderstreept, de eiser in plaats van geholpen soms in nog groter bewijsnood wordt gebracht: hij zou er dan beter aan toe zijn geweest als de gedaagde in plaats van „gekwalificeerd bekend” alleen maar ontkend had! En nu zwijg ik nog van de talrijke gevallen, waarin men er over kan twisten of een bekentenis wel geclausuleerd of gekwalificeerd was en in het eerste geval of de toevoeging connex was of niet.

Al deze bezwaren gelden onverschillig welke theorie men over de verdeling van de bewijslast en over de bewijswaardering huldigt. Wie echter, zoals hier verdedigd is, op het eerste punt de billijkheid en de handhaving van een goede procesorde tot richtsnoer neemt en wie, zoals hier nog verdedigd zal worden, de rechter zo veel mogelijk vrij wil laten in zijn waardering van het bewijs kan geen moment aarzelen artikel 1961 B. W. overboord te gooien. De klakkeloze

<sup>1</sup> VIGELIUS in zijn aangehaald proefschrift en DE BRAUW ter vergadering van de N. J. V. in 1924; zie echter de rede van SCHOLTEN, die na hem sprak: *Handelingen*, blz. 82 e. v. en 105 e. v.; MEELINK, blz. 35 e. v. OFFERHAUS, blz. 20 e. v.

beoordeling van de gedaagde, of hij het verdient of niet, of het concrete geval er aanleiding toe geeft of niet, en de dwang op de rechter uitgeoefend om onder geen omstandigheden acht te slaan op iets wat toch kennelijk wel betekenis heeft, past niet in de hier verdedigde beginselen.

Wanneer wij dus in overeenstemming met de wens der overgrote meerderheid der auteurs en der vergadering van de Nederlandsche Juristen-Vereniging van 1924 en in navolging van het Ontwerp-GRATAMA en de Richtlijnen-DORHOUT MEES met de onsplitsbaarheid der bekentenis breken, kan nog slechts de vraag rijzen of met het schrappen van artikel 1961 B. W. het vraagstuk is opgelost. Het Ontwerp-GRATAMA, dat geen bepaling kende over de beslissende bewijskracht -- of zo men wil over de bewijs overbodig makende werking -- van de bekentenis, kon het zich veroorloven over de bekentenis-met-toevoeging te zwijgen. Besluit men echter, zoals hier geschiedde, dat behoudens uitzonderingsgevallen, die onze huidige wet nog niet noemt, een bekentenis de rechter de vrijheid moet blijven ontnemen nader bewijs te vorderen van het erkende feit, dan is een aanvullend artikel nodig, dat voorkomt dat voortaan elke geclausuleerde of gekwalificeerde bekentenis gesplitst wordt ten voordele van de eiser, waardoor men het doel voorbij zou schieten. In elk afzonderlijk geval zal de rechter weer naar billijkheid en naar de beginselen van het „fair play” te beslissen hebben welke der partijen uit haar bewijsnood dient te worden verlost, waarbij de meest uiteenlopende omstandigheden een rol kunnen spelen: ten voordele van de eiser moet de rechter de bekentenis splitsen als het bewijs van hetgeen de gedaagde tot zijn bevrijding heeft toegevoegd deze laatste naar verhouding niet zwaarder valt of behoort te vallen of als het normaal is, dat de gedaagde in zo'n geval voor een bewijsmiddel zorgt of daarover beschikt. In het omgekeerde geval splitst de rechter echter niet: hij kan, als onder de huidige wet, de gedaagde blijven bevoordelen in gevallen, waarin deze b.v. niet voor een bewijsmiddel heeft gezorgd, juist omdat ook de eiser daarvan afzag: hoe vaak gebeurt het niet, dat iemand bij de terugbetaling van een leenschuld geen kwitantie vraagt omdat van de lening zelf ook niets op schrift staat?

Ook de Duitse en Italiaanse wetgever hebben, toen zij de onsplitsbaarheid der bekentenis verwierpen, een afzonderlijke



bepaling aan de bekentenis-met-toevoeging gewijd. De Duitse bepaling van § 289 Z. P. O.<sup>1</sup> gaat mij echter te ver in de andere richting. Beter bevalt mij de Italiaanse van artikel 2734 C. c., waarvan ik de hiernavolgende in onze wets-terminologie overgebrachte verkorte versie zou willen aanbevelen als toekomstig wetsartikel, passend in het hier verdedigde systeem: „Indien de partij, die een bekentenis aflegt, daarbij tot haar bevrijding daadzaken aanvoert, die haar wederpartij betwist, staat het de rechter vrij de bewijskracht der bekentenis naar de omstandigheden te beoordelen”.

#### IV. VRIJE OF GEBONDEN BEWIJSLEER.

16. Volgens de vrije bewijstheorie moet de wet het geheel aan het inzicht van de rechter overlaten welke bewijsmiddelen hij voor het bewijs van bepaalde feiten toelaatbaar acht en of die bewijsmiddelen de waarheid dier feiten inderdaad doen vaststaan. In de gebonden bewijstheorie moet de wet de rechter omtrent de toelaatbaarheid der bewijsmiddelen en der daaraan toe te kennen waarde bepaalde aanwijzingen verstrekken, waaraan deze zich, oventueel tegen eigen overtuiging in, te houden heeft.

Evenals bij de lijdelijkheid van de rechter is het ook hier een kwestie van meer of minder. Niemand verdedigt, dat de rechter bij het bewijzen van elk te bewijzen feit aan bepaalde instructies gebonden moet zijn: men zou de rechter tot een robot maken en het onderzoek van de feiten tot een werkzaamheid, die veel weg heeft van het aflezen van een instrumentenbord. Ook is er niemand, die het in alle gevallen buiten deze instructies zou willen stellen: dat zij er — soms en in beperkte mate — moeten zijn, is niet in de eerste plaats een blijk van wantrouwen tegenover de rechter of van angst, dat deze zich wellicht te veel door zijn „conviction intime” zou laten leiden, maar vooral een eis van het rechtsverkeer: partijen moeten, alvorens het op een proces te laten aankomen, althans ongeveer weten of

<sup>1</sup> Die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses wird dadurch nicht beeinträchtigt, dass demselben eine Behauptung hinzugefügt wird, welche ein selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel enthält. Inwiefern eine vor Gericht erfolgte einräumende Erklärung ungeachtet anderer zusätzlicher oder einschränkender Behauptungen als ein Geständnis anzusehen sei, bestimmt sich nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles.

de bewijsmiddelen, waarover zij beschikken, voldoende zijn om hetgeen zij willen beweren te staven en zij moeten zich ook — in een veel vroeger stadium — bewijsmiddelen kunnen verschaffen, die, naar zij weten, als het ooit tot een proces mocht komen, bepaalde feiten zullen doen vaststaan. Tenslotte is het om meer dan één reden nuttig, dat bepaalde rechtshandelingen schriftelijk worden vastgelegd: in gevallen, waar het wat ver zou gaan geschrift als geldigheidsvereiste der rechtshandeling te eisen kan men voldoende druk op partijen uitoefenen tot bereiking van het doel door geschrift als enig bewijsmiddel voor te schrijven.

Het gaat er om tussen de twee uitersten het juiste midden te vinden; dat men daarbij in de laatste halve eeuw steeds meer in de richting der vrije bewijstheorie is gegaan, is overbekend: de afschaffing in 1923 en 1934 van de wetsartikelen, die het getuigenbewijs in bepaalde gevallen ontoelaatbaar achtten, de wijziging in de bepalingen over de bewijskracht der boekhouding in 1922 en 1934 en de rechtspraak van ons hoogste rechtscollege<sup>1</sup> spreken duidelijke taal. Ook in de neiging van de wetgever om in nieuwere wetten af te wijken van de voorschriften uit ons bewijsrecht, die de rechter op de een of andere manier binden en in de opvatting ook door de H. R. aanvaard, dat deze voorschriften of sommige ervan niet golden voor de verzoekschrift-procedure, het kort geding, de arbitrage e. d., komt de afkeer van de gebonden bewijsleer tot uiting<sup>2</sup>. Deze ontwikkeling, waardoor Nederland zich onderscheidt van de andere landen van de Franse rechtskring (Italië handhaafde in haar nieuwe wetboek tal van beperkende bepalingen uit de Franse code civil stammende!) wordt bij ons door niemand betreurd.

<sup>1</sup> H. R. 4 Juni 1920, W. 10595, (met noot van S. B.) N. J. 1920, 716 over het bewijs door vermoedens; H. R. 16 Maart 1928, W. 11807, N. J. 1928, 712 en 25 November 1948, 1949 n<sup>o</sup>. 96 (met belangwekkende noot van Ph. A. N. H. onder n<sup>o</sup>. 97) over de bewijskracht van de verklaring van één enkele getuige; H. R. 16 Januari 1930, W. 12099, N. J. 1930, 664 (met noot van E. M. M.) over de bewijskracht van huiselijke papieren en registers; H. R. 18 Juni 1937, 1937 n<sup>o</sup>. 942 (met noot van P. S.) en 24 April 1941, 1942 n<sup>o</sup>. 153 over het karakter der valsheidsprocedure der artt. 176 e. v. R.v., H. R. 26 November 1948, 1949 n<sup>o</sup>. 149 (met noot van Ph. A. N. H.) over de bewijskracht van het getuigenis van horen zeggen.

<sup>2</sup> Voorbeelden van het eerste art. 344/ B. W., 6 F. en 31 lid 7 en 8 Wegenverkeerswet. Voorbeelden van het laatste: H. R. 15 Juni 1931, W. 12332, N. J. 1931, 1242 (met noot E. M. M.); H. R. 29 Januari 1943, 1943 n<sup>o</sup>. 198; H. R. 12 Juni 1931, W. 12382, N. J. 1931, 1621; H. R. 11 Juli 1950, 1950 n<sup>o</sup>. 665.

De vraag rijst slechts: moet bij de herziening van ons bewijsrecht in deze richting nog verder worden gegaan of is het eindpunt reeds bereikt?

Bij het beantwoorden dezer vraag zullen wij eerst aandacht wijden aan de aanwijzingen, die de wet de rechter geeft ten aanzien van de keuze der bewijsmiddelen en daarna aan die, welke de bewijskracht dezer bewijsmiddelen betroffen.

17. Het Regeringsontwerp van 1903 bepaalde in zijn artikel 1905:

„De bewijslevering is aan geen bepaald middel gebonden tenzij de wet in bijzondere gevallen bepaalde „bewijsmiddelen vordert”.

Precies dezelfde bepaling vinden wij terug in artikel 203 van het Ontwerp-N. J. V. Het Ontwerp-GRATAMA heeft haar in zijn artikel 235 nog als volgt verbeterd:

„Bewijs kan door alle middelen geleverd worden behoudens de bepalingen, waarin de wet een bepaald „middel uitsluit of bepaalde bewijsmiddelen vordert”.

Als hoofdregel lijkt mij deze bepaling voor ons nieuwe bewijsrecht volkomen juist. Ik vraag mij echter af of het niet wenselijk is toch nog een — in alle drie ontwerpen ontbrekende — nadere aanduiding te geven van wat als bewijsmiddel dienst kan doen. Men is het er over eens, dat ons huidige artikel 1903 in dit opzicht te kort schiet en — wat erger is — men is het er niet over eens of b.v. een vermoeden, de bekentenis, de eed, het deskundigenbericht en de gerechtelijke plaatsopneming wel bewijsmiddelen zijn; zelfs ten aanzien van de partijverklaring tijdens een persoonlijke verschijning krachtens artikel 19 of 19a Rv., of bij een verhoor op vraagpunten wordt dit door sommigen slechts langs de omweg van het vermoeden erkend en alleen van het geschrift en de getuigenverklaring kan gezegd worden, dat niemand betwist, dat het bewijsmiddelen zijn<sup>1</sup>. Het antwoord op de vraag of wij in al deze gevallen met bewijsmiddelen te maken hebben of niet, heeft practische consequenties zoals straks zal blijken. Overigens is het echter een kwestie van terminologie en van wetssystematiek: wat verstaat men in het woord bewijsmiddel onder „bewijs” en

<sup>1</sup> PITLO, blz. 23—26, waar men verwijzingen vindt naar de andere handboeken.

wat onder „middel”? en waar moet men de betreffende materie regelen, in het hoofdstuk over het bewijs ofwel elders, bijv. bij de behandeling der bevoegdheden van de rechter? Persoonlijk voel ik er het meest voor naast het geschrift en de getuigenverklaring ook de verklaring van een partij tijdens een persoonlijke verschijning of een voorhoor op vraagpunten en voorts de bekentenis en de eed als bewijsmiddelen te beschouwen, daarentegen het vermoeden, de gerechtelijke plaatsopneming en het deskundigenbericht niet. De argumenten van hen, die het op elk dezer punten afzonderlijk met mij eens zijn, acht ik sterker dan die van hen, die er anders over denken; nieuwe argumenten heb ik er niet aan toe te voegen. Alleen zou ik mijn indeling van de bekentenis bij de bewijsmiddelen nog willen rechtvaardigen met een beroep op het spraakgebruik en op de omstandigheid, dat in het boven door mij verdedigde stelsel (nos. 15 en 9) de bekentenis in sommige gevallen, b.v. wanneer zij gepaard gaat met een bevrijdende toevoeging of wanneer zij afgelegd wordt in gedingen tot echtscheiding of de ontkenning van de wettigheid van een kind, niet per sé bewijs overbodig maakt, maar — als bewijsmiddel — vrije bewijskracht heeft.

Zoals ik reeds zei, heeft de keuze, welke men maakt, praktische consequenties.

De wetgever wijst in enkele gevallen een bepaald bewijsmiddel — doorgaans een geschrift — als enig bewijsmiddel aan: artt. 205, 220, 221 B. W. 22 en 258 W. v. K. en 61 F; ook ons nieuwe B. W. zal wel dergelijke voorschriften bevatten. Wanneer men nu b.v. de bekentenis uitdrukkelijk als bewijsmiddel bestempelt, zoals dit in ons huidige artikel 1903 Rv. is geschied, dan zou men haar in de genoemde gevallen ontoelaatbaar moeten achten. De H. R. heeft deze consequentie niet getrokken en door zijn uitspraak, dat wanneer de aanbrengrst van roorende goederen wordt erkend, de opsomming ervan in de staat van aanbrengrsten niet nodig is om deze buiten de gemeenschap te doen vallen<sup>1</sup> eigenlijk toegegeven, dat hij de bekentenis niet als bewijsmiddel beschouwt, maar als een handeling, die bewijslevering overbodig maakt. In ons toekomstige bewijsrecht, dat zoals gezegd m. i. de bekentenis wel als bewijsmiddel zal moeten beschouwen, zou

<sup>1</sup> H. R. 7 November 1913, W. 9588, N. J. 1913, 1221 (ad artikel 205 B. W.); zie ook reeds H. R. 16 Mei 1902, W. 7775 (ad artikel 22 W. v. K.).

ik in de afdeling, die de bekentenis regelt, een bepaling willen opnemen, inhoudende, dat de bekentenis in die gevallen, waarin zij beslissend bewijs oplevert, ook toelaatbaar is als een ander bewijsmiddel bij uitsluiting is voorgeschreven: zo komt men dan tot hetzelfde m. i. juiste resultaat als de H. R. De gerechtelijke plaatsopneming en het deskundigenbericht beschouw ik zoals gezegd niet als bewijsmiddelen: door de wettelijke bepalingen daaromtrent onder te brengen in een hoofdstuk of afdeling handelende over de taak en de bevoegdheden van de rechter, maakt men dus duidelijk, dat zij toelaatbaar zijn ook in die gevallen, waarin ons toekomstige B. W. nog geschrift als bewijsmiddel blijft aanwijzen. Uit het feit, dat de wettelijke bepalingen omtrent de verklaringen van getuigen en van partijen (inclusief de bekentenis en de eed) en omtrent geschriften in het hoofdstuk over het bewijs zijn ondergebracht, kan men afleiden, dat wij hier wel met bewijsmiddelen te doen hebben. Echter lijkt mij de nadere aanduiding, waarover ik reeds sprak, nog daarom gewenst omdat vooral tot uitdrukking moet worden gebracht, dat er nog andere bewijsmiddelen zijn dan die, waaromtrent de wet bijzondere bepalingen bevat en dat deze niet limitatief zijn op te sommen: de vooruitgang van de techniek heeft er ons reeds een aantal opgeleverd, zoals grammofoonplaten, fotografieën, films en geluidsbanden en wie weet wat de toekomst nog kan brengen<sup>1</sup>. Het zijn de opvolgers van de kerfstokken van artikel 1924 B. W., die ook niet in de opsomming van artikel 1903 waren onder te brengen. Mijn gedachten gaan in de richting van een formulering ongeveer als volgt: „Behoudens de gevallen, waarin de wet bepaalde middelen uitsluit of vordert, kan bewijs door alle middelen geleverd worden, met name door verklaringen van personen en door voorwerpen, welke dragers zijn van leestekens, beelden of geluiden, zoals geschriften, fotografieën, films en grammofoonplaten.”

Nog een enkel woord over het bewijs door vermoedens en de beslissende eed.

Zoals reeds gezegd, sluit ik mij aan bij hen, die vermoedens niet tot de bewijsmiddelen rekenen: ik prefereer daarom een wettelijke bepaling als die van artikel 1904 van het Regeringsontwerp 1903 luidende:

---

<sup>1</sup> Zie ANEMA bij ASSER V, blz. 49 en CATZ, N. J. 1950, blz. 867.

„Bewijs hoeft evenmin geleverd te worden van een „feit, waarvan het bestaan volgt, hetzij krachtens wet, „telijk voorschrift, hetzij naar het oordeel des rechters „uit andere bewezen of als waar aangenomen feiten”.

boven die van artikel 1903 van het oorspronkelijke ontwerp der Staatscommissie:

„Het bewijs wordt geleverd of onmiddellijk of middel- „lijk door het bewijs van een of meer feiten, waaraan, „hetzij de wet, hetzij de rechter het gevolg verbindt, „dat het feit, welks bestaan bewezen moet worden, als „waar aangenomen moet worden”.

Ten onrechte m. i. is men later in het Ontwerp-N. J. V. (artikel 202) en het Ontwerp-GRATAMA (artikel 234) weer tot een dergelijke formulering teruggekeerd. De kwestie heeft weer praktisch belang in die gevallen, waarin geschrift als enig bewijsmiddel wordt gevorderd. Van de hier verdedigde opvatting is het gevolg, dat bewijs door vermoedens of liever het afleiden door de rechter van onbekende feiten, uit feiten die wel door geschriften zijn bewezen of die hij zonder bewijs als vaststaand mocht aannemen, in de genoemde gevallen wel degelijk mogelijk is, een consequentie, die artikel 1939 B. W. voor het geldende recht verbiedt doch die ik voor ons toekomstige recht zou willen aanvaarden.

Dezelfde vraag kan ook worden gesteld ten aanzien van de beslissende eed indien men deze in ons toekomstig recht in de een of andere vorm wil handhaven. Van mijn opvatting, dat wij hier wel met een bewijsmiddel te maken hebben, is het gevolg, dat bepalingen als artikel 205 B. W. de beslissende eed als zodanig elimineren<sup>1</sup>. Ook deze consequentie zou ik willen aanvaarden. Wil men dat niet, dan dient een bepaling te worden opgenomen van gelijke strekking als ik boven voorstelde ten aanzien van de bekentenis met beslissende bewijskracht.

Behalve voorschriften, die de rechter in zijn keus aan bepaalde bewijsmiddelen binden, kennen wij ook nog bepalingen, die hem verbieden op bepaalde bewijsmiddelen

<sup>1</sup> Voor het geldende recht wordt vaak anders geoordeeld, waarvoor SCHULTEMA, blz. 93, een aanknopingspunt vindt in de m. i. niet erg overtuigende woorden uit artikel 1967 lid 2 „zelfs dan wanneer geen ander middel hoegenaamd aanwezig is”; SYLLINO I, n<sup>o</sup>. 409 is van hetzelfde gevoelen doch baseert zich op de tekst van lid 1.

acht te slaan. Artikel 1959 B. W. beperkt de toelaatbaarheid van feitelijke vermoedens tot die gevallen, waarin de wet het bewijs door getuigen toelaat: sinds de verruiming van de toelaatbaarheid van het getuigenbewijs heeft deze bepaling nog slechts betekenis voor de boven besproken gevallen, waarin geschrift als enig bewijsmiddel is aangewezen en dan -- volgens sommigen -- in verband met artikel 1939 B. W. voor die, genoemd in artikel 22 en 258 W. v. K., nog slechts in beperkte mate<sup>1</sup>. Zoals boven reeds betoogd, zou ik iedere beperking van bewijs door vermoedens -- of liever iedere beperking der rechterlijke bevoegdheid om onbekende feiten af te leiden uit behoorlijk bewezen of op andere wijzen vaststaande feiten -- in ons toekomstig recht willen afschaffen: artikel 1959 B. W. kan dan worden geschrapt.

Om dezelfde reden als artikel 1959 B. W. heeft ook artikel 1964 B. W., dat de mondelinge buitengerechtelijke bekentenis uitsluit in gevallen, waarin ook het getuigenbewijs onteelaatbaar is, bijna alle betekenis verloren. Ook deze bepaling kan, naar het mij voorkomt, in ons toekomstige bewijsrecht gemist worden.

Artikel 1967 sluit de beslissende eed -- door de ene partij aan de andere opgedragen -- uit in die gevallen, waarover partijen geen dading zouden mogen treffen of waarin haar bekentenis niet in aanmerking zou kunnen worden genomen. Wil men in ons toekomstig recht de beslissende eed in de een of andere vorm behouden -- ik kom daar nog op terug --, dan is er inderdaad veel voor te zeggen een beperking in deze geest te handhaven: men zou kunnen bepalen, dat de beslissende eed niet kan worden opgedragen in geschillen over een rechtsbetrekking, die niet aan partijen ter bepaling staat. Daarmede is de beslissende eed nitgesloten b.v. in vaderschapsacties en echtscheidingsgedingen, zulks in overeenstemming resp. met artikel 344/ lid 1 B. W. en de rechtspraak van ons hoogste rechtscollege over de ontoelaatbaarheid van de beslissende eed in gedingen tot schieding van tafel en bed<sup>2</sup>. Misschien kan een dergelijke bepaling echter gemist worden als men de beslissende eed nog slechts wil handhaven als een door de rechter opgedragen eed, die geen enkele associatie meer opwekt aan een overeenkomst tusson de gedingvoerenden.

<sup>1</sup> Zie hierover SCHELTEMA, blz. 91 e. v.

<sup>2</sup> H. R. 20 Februari 1941, 1941 n<sup>o</sup>. 519.

18. Thans de waardering der bewijsmiddelen. Evenals bij de keuze der bewijsmiddelen dient hier de vrijheid van de rechter voorop te staan. Ook hier heeft men dit uitdrukkelijk in een wettelijke bepaling tot uitdrukking willen brengen in het Regerings-Ontwerp 1903 (art. 1907), het Ontwerp-N. J. V. (art. 205) en het Ontwerp-GRATAMA, waarvan artikel 236 luidt:

„De waardering der kracht van elk gebezigd bewijsmiddel is aan de rechter overgelaten behoudens de gevallen, waarin de wet aan bepaalde bewijsmiddelen „een bijzondere kracht verbindt”.

Een dergelijke bepaling dient inderdaad in ons nieuwe bewijsrecht te worden opgenomen. De vraag is slechts in welke gevallen de wet aan bepaalde bewijsmiddelen in de toekomst nog een „bijzondere bewijskracht” moet verbinden en wat in die gevallen onder „bijzondere bewijskracht” is te verstaan.

In onze huidige wetsbepalingen vindt men voorbeelden van dergelijke inbreuken op 's rechters waarderingsvrijheid te kust en te keur: men treft ze aan bij de behandeling van elk bewijsmiddel en ook nog verspreid in de wet en bovendien in allerlei nuanceringen.

De meest vergaande zijn die, welke de rechter verplichten op grond van het aangevoerde bewijsmiddel een feit als vaststaand aan te nemen en daarbij zelfs tegenbewijs uitsluiten: men spreekt hier van „volledig en onweerlegbaar” of van „beslissend” bewijs. Voorbeelden in onze huidige wet zijn artikel 1958, geldende voor sommige wettelijke vermoedens (daar wij hier, zelfs volgens hen, die een vermoeden als bewijsmiddel beschouwen, buiten het bewijsrecht treden, laat ik deze bepaling verder buiten beschouwing), art. 1962 in verband met art. 1963 B. W., voorts de artt. 1966, 1967 en 1973 E. W. en tenslotte artikel 275 W. v. K., geldende resp. voor de gerechtelijke bekentenis, de beslissende eed en de taxatie door deskundigen bij de verzekering.

Dat de gerechtelijke bekentenis in ons toekomstig recht beslissende bewijskracht moet blijven behouden en in welke gevallen dit beginsel niet zal gelden, werd reeds besproken. De onweerlegbaarheid uit zich hier in de onherroepelijkheid, waarop soortgelijke uitzonderingen toegelaten kunnen worden als onder ons huidige recht (art. 1963 B. W.).



Iets meer moet hier gezegd worden over de beslissende eed. SCHELTEMA zegt, dat er weinig regelingen zijn, waarin de wetgever zoveel tegenstrijdigheden heeft geplaatst als bij die der beëdigde partijverklaringen en dat zijn voorstellingen omtrent de aard der verklaringen troebel en de wetsartikelen slordig geredigeerd zijn en in de hoogste mate onvolledig (blz. 473—475). Het instituut zelf heeft ook veel critiek ondervonden, waarbij ik mij zou willen aansluiten. Het doet ouderwets aan en bij vrijere bewijisleer en een mindere lijdelijkheid van de rechter is er minder behoefte aan; het komt mij ook niet juist voor, dat het de wederpartij en niet de rechter is, die iemand plaatst „tussen zijn geweten en zijn belang” en het systeem der terugverwijzing doet meer aan een gokspel denken dan aan een beslechting van een geschil door een onafhankelijk rechter. Toch geloof ik, dat een beëdigde partijverklaring in zeer veel gevallen nuttig kan zijn, maar dan moet zij in de eerste plaats alleen dan toegelaten zijn als het bewijs niet op andere wijze geleverd kon worden en in de tweede plaats behoort het de rechter te zijn, die ambtshalve of op verzoek van partijen, lettend op de omstandigheden van het geschil en de betrouwbaarheid der partijen, beslist of tot dit middel de toevlucht zal worden genomen, welke der partijen de eed zal afleggen en hoe die geformuleerd moet zijn. Ik ga daarom in de richting ook reeds aangewezen door de Ontwerpen-N. J. V. (artt. 273—278) en -GRATAMA (artt. 300—305) en ook de verdere daarin opgenomen bepalingen zou ik willen overnemen, zoals die, welke de rechter verplicht nog een ondervraging van partijen over de nog onbewezen feiten te laten voorafgaan, waarbij de rechter haar tevens op de mogelijkheid van eedsaflegging wijst. Ook de beslissende bewijskracht, zoals die in artikel 305 van het Ontwerp-GRATAMA is geregeld, zou ik willen aanvaarden: met OFFERHAUS (blz. 45) ben ik van mening, dat in ons land aan de eed een betekenis wordt gehecht, die tegenbewijs of rechterlijke waardering verder uitsluit. Een uitzondering zou hoogstens gemaakt moeten worden voor die gevallen, waarin, zoals bij de bijzondere eden van de artt. 96 en 295 W. v. K., de appreciatie of overtuiging van hem, die de eed aflegt, een rol speelt en bovendien voor die gevallen, waarin een strafrechtelijke veroordeling tot meeneed is gevolgd; artikel 382, 1<sup>e</sup> Rv. zou in die zin moeten

worden gewijzigd, dat requeste civiel dan niet meer is uitgesloten<sup>1</sup>.

De vraag of naast de eed van artikel 300 van het Ontwerp-GRATAMA ook nog de beslissende eed, door een der partijen opgedragen, behouden zou moeten blijven, zou ik beslist ontkennend willen beantwoorden. De vergadering in 1924 antwoordde met grote meerderheid bevestigend, maar misschien was zij beïnvloed doordat zij zojuist het vorige vraagpunt of n.l. de eed van artikel 300 ook kan worden opgedragen indien in het geheel geen bewijs verkregen was, ontkennend had beantwoord; indien zij, het advies van OFFERHAUS volgend, bevestigend had geantwoord, had zij wellicht bij de ruimere toelaatbaarheid van de nieuwe eed geen bestaansrecht meer toegekend aan de beslissende eed in zijn oude vorm. Ik stelde dan ook boven slechts tot voorwaarde, dat het bewijs niet door andere middelen geleverd is kunnen worden; de formulering van het Ontwerp-GRATAMA („indien geen volledig bewijs verkregen is”), is onduidelijk en doet te veel denken aan onze huidige aanvullende eed, die immers slechts kan worden opgelegd als er reeds enig bewijs verkregen is. Deze laatstgenoemde eed vertoont overigens met de hier aanbevolen door de rechter opgedragen eed, behalve juist op het genoemde punt der beperktere toelaatbaarheid en der weerlegbaarheid<sup>2</sup>, zoveel overeenstemming, dat ook hij daarnaast gemist kan worden. Ook de huidige schattings-eed van artikel 1979 B. W. wordt door het nieuwe eedsinstituut als het ware opgeslorpt; een dergelijke eed zal overigens dikwijls een appreciatie inhouden en uit dien hoofde blijft — als onder het huidige recht — tegenbewijs mogelijk.

Minder ver dan de voorschriften, die aan een bewijsmiddel beslissende kracht toekennen, gaan die bepalingen, volgens welke een bepaald bewijsmiddel „volledig bewijs” (ook wel genoemd „verplicht bewijs”) oplevert: ook hier is de rechter — desnoods togen eigen overtuiging in — gebonden, maar het bewijs is niet onweerlegbaar: de wederpartij mag tegenbewijs leveren. Alvorens de belangrijkste dezer bepalingen, de op de authenticke en onderhandse akten betrekking hebbende artt. 1907 en 1912 B. W., te bespreken, eerst een enkel woord over het tegenbewijs in het algemeen. Het lijkt mij in de eerste plaats juist in navolging van het Regorings-

<sup>1</sup> DE VRIJZE, N. Jb. 1943, blz. 313 e. v.

<sup>2</sup> H. R. 8 Februari 1946, 1946, nr. 120.

ontwerp 1903 (art. 1906) en het Ontwerp-N. J. V. (art. 204) en het Ontwerp-GRATAMA (art. 237) uitdrukkelijk als hoofdregel tot uitdrukking te brengen, dat tegenbewijs altijd mogelijk is indien de wet dit niet uitsluit. In de tweede plaats zou vastgelegd moeten worden, dat tegenbewijs niet alleen mogelijk is tegen door de wederpartij te bewijzen feiten, maar ook tegen feiten, die de rechter op grond van hun algemene bekendheid of zijn orvaring als vaststaand kan aannemen of die hij — naar de terminologie der huidige wet — door vermoedens bewezen acht; beide groepen van feiten zijn in de door mij gevolgde terminologie samen te vatten als die, welke geen bewijs behoeven. Tenslotte dient bepaald te worden, dat tegenbewijs „met alle middelen” mogelijk is: de door sommigen voor ons huidige recht verdedigde algemene regel, dat tegenbewijs tegen feiten, die volgens de wet slechts met een bepaald bewijsmiddel kunnen worden bewezen, ook alleen met gebruikmaking van dat bepaalde bewijsmiddel kan worden geleverd<sup>1</sup>, zou ik in ons toekomstig recht niet willen opnemen. Men komt aldus tot een formulering ongeveer als volgt:

„Behoudens de gevallen, waarin de wet het tegenbewijs uitsluit of daarvoor bepaalde vereisten stelt, is tegenbewijs altijd en door alle middelen toegelaten ook tegen feiten, die de rechter zonder nader bewijs als vaststaand kan aannemen”.

Thans de artt. 1907 en 1912 B. W. Niemand zal er bezwaar tegen hebben, dat ook in ons toekomstig recht de authentieke akte tegenover een ieder volledige bewijskracht blijft behouden ten aanzien van het feit, dat voor of door de ambtenaar is verricht, hetgeen boven zijn handtekening vermeld staat en dat zowel de authentieke als de onderhandse akte tegenover een ieder diezelfde bewijskracht blijft behouden ten aanzien van het feit, dat door de partijen is verklaard, hetgeen boven haar handtekening vermeld staat. Maar moet in de toekomst ook de — door de H. R.<sup>2</sup> terecht na lange tijd van misvattingen op dit punt voor ons geldend recht weer erkende — materiële volledige bewijskracht van akten tussen partijen behouden blijven, d. w. z. moet de rechter behoudens tegenbewijs verplicht blijven ook als tussen partij-

<sup>1</sup> SUYLING I, n<sup>o</sup>. 382, SCHELTENA blz. 107, PITLO, blz. 30.

<sup>2</sup> 4 Januari 1918, W. 10236, N. J. 1918, 248.

en vaststaand aan te nemen, wat de partijen boven haar handtokening hebben verklaard? Het Ontwerp-N. J. V. en het Ontwerp-GRATAMA volgden deze weg niet: zij lieten de materiële bewijskracht der akten geheel buiten beschouwing als liggend buiten het bewijsrecht: de materie zou volgens de auteurs dezer ontwerpen thuis behoren bij het gevolg en de uitlegging der overeenkomsten en in de praktijk zou de rechter de waarheid van wat in een akte wordt verklaard wel aanvaarden totdat deugdelijk bewijs van het tegendeel werd geleverd. De prae-adviseurs van 1924, in het bijzonder OFFERHAUS, sloten zich bij deze opvatting aan en ook de vergadering beantwoordde het vraagpunt of de materiële bewijskracht van akten in het ontwerp moest worden geregeld, met grote meerderheid ontkennend<sup>1</sup>. Ten onrechte, wil het mij voorkomen: men miskende de bedoeling, die partijen bij het opmaken van een akte hebben gehad, n.l. die om haar juist als bewijs te laten dienen: het is deze bestemming, die de akte onderscheidt van de geschriften, die geen akten zijn. In het algemeen voorstander van een vrije bewijswaardering door de rechter, geloof ik, dat hier een uitzondering geboden blijft op grond van de wil van partijen: zoals wij nog zullen zien, staat het immers partijen in beginsel vrij een de rechter bindende bewijfsafpraak te maken, waarbij aan een bewijsmiddel met vrije bewijskracht bindende bewijskracht wordt toegekend. Deze uitzondering behoeft in een stelsel, waarin het tegenbewijs niet wordt hempeijkt, zoals vroegeer door artikel 1934 B.W., geen tegenkanting meer te ontmoeten. Een restrictie zou ik willen maken op de volledige materiële bewijskracht der akte tussen partijen en rechtverkrijgenden, zoals wij die ook in ons huidige recht kennen: betreft het een rechtsbetrekking, die niet ter bepaling aan partijen staat, dan behoort de rechter vrij te zijn in zijn beoordeling der bewijskracht<sup>2</sup>: hij kan dus in die gevallen nader bewijs vorderen van hem, die op de akte een beroep doet ook al heeft de wederpartij geen tegenbewijs aangeboden of geleverd. De rechtsgrond dezer restrictie is dezelfde als bij die, welke ik voorstelde bij de

<sup>1</sup> MEILINK, blz. 23 e. v.; OFFERHAUS, blz. 25 e. v., Handelingen, blz. 122, 145 en 155; zie echter KAN, Handelingen, blz. 101 en vergelijk SCHELTEMA, blz. 271—279.

<sup>2</sup> Vergelijk H. R. 1 Mei 1925, W. 11441, N. J. 1925, 583, vrije bewijskracht toekennend, zij het op andere gronden, aan een door de man in een echtscheidingsprocedure overgelegde akte, waarin de vrouw erkende overspel te hebben gepleegd.

beslissende bewijskracht der gerechtelijke bekentenis: daar waar rechten in het geding zijn, waarover partijen niet mogen beschikken, mag hun dit ook niet langs de omweg van het bewijsrecht mogelijk gemaakt worden: aan de gerechtelijke bekentenis en aan de akte moet dan de „disponerende” kracht worden ontnomen.

Een uitzondering op de volledige materiële bewijskracht der akte wordt in ons huidig recht gemaakt in artikel 1915 B. W. voor sommige onderhandse eenzijdige schuldverbin-tenissen indien die niet aan bepaalde vormvereisten vol-  
doen. Ik zou mij aan de zijde van hen willen scharen, die van oordeel zijn, dat deze bepaling, wier toepassingsgebied sinds 1934 toch reeds verkleind is en het ermee samenhangende artikel 1916 B. W., in ons toekomstig recht gemist kunnen worden<sup>1</sup>. Ook het Ontwerp-GRATAMA kent dergelijke voor-  
schriften niet meer.

In dit verband moet ook artikel 1917 B. W., handelend over de bewijskracht der dagtekening ener onderhandse akte tegenover derden, worden besproken. Naar de meest gangbare opvatting, die ook de sanctie van de H. R. heeft ver-  
kregen, maakt dit artikel op de regel, dat tegenover derden — hen die niet onder artikel 1912 B. W. vallen — de materiële bewijskracht van een akte aan de beoordeling des rechters is overgelaten, ten voordele van die derden een uitzondering in zoverre, dat de rechter aan de dagtekening in geval van betwisting geen bewijskracht mag toekennen; m. a. w. het artikel verbiedt de rechter in dat geval, ook al twijfelt hij niet aan de juistheid der dagtekening, aan te nemen, dat de akte bestond voordat door het intraden van een der in dat artikel genoemde omstandigheden het bestaan der akte buiten twijfel wordt gesteld<sup>2</sup>. Men zoekt de rechtsgrond voor deze, wat ik zou willen noemen „negatief volledige bewijs-  
kracht”, in de vrees, dat derden door een onware vermelding der dagtekening geschaad worden, hetgeen blijkbaar nog al eens voorkomt in gevallen, waarin iemand door een vroe-  
gere vertegenwoordiger wordt gebonden, die een geante-

<sup>1</sup> ANEMA bij ASSER V, blz. 185 e. v.; STUYLING I, n<sup>o</sup>. 446; EGGENS, blz. 111; SCHELTEMA, vtz. 242, STAR BUSMANN, Gedenkboek B. W., blz. 631 e. v.; OFFERHAUS, blz. 30.

<sup>2</sup> H. R. 7 Juni 1918, W. 10293, N. J. 1918, 715; H. R. 27 Mei 1938, 1938 n<sup>o</sup>. 1095 (met noot E. M. M.); aldus ook ANEMA bij ASSER V, blz. 176 e. v. en SCHELTEMA, blz. 303 e. v.; een afwijkende opvatting huldigen STUYLING I, n<sup>o</sup>. 462 e. v. en EGGENS bij LAND VI, vtz. 117 e. v. en W.P.N.R. nos. 3267 e. v.; zie voorts MEILINK, blz. 30; OFFERHAUS, blz. 35, Hande-  
lingen N. J. V. blz. 155.

dateerde onderhandse akte afgeeft. Naar mijn gevoel geeft men echter aldus aan derden tegenover partijen, die te goeder trouw zijn, een chicaneus wapen in handen en kan men de bewijskracht der dagtekening beter aan het oordeel van de rechter overlaten, die ongetwijfeld bij betwisting wat gereserveerder zal staan tegenover de dagtekening ener onderhandse akte dan tegenover haar verdere inhoud. Met ANEMA en OFFERHAUS, en in navolging van het Ontwerp-GRATAMA, zou ik derhalve voor ons toekomstig recht afschaffing van een bepaling als artikel 1917 willen bepleiten. Mocht men daar niet voor gevoelen — en aldus oordeelden in 1924 de vergadering der Nederlandse Juristen-Vereeniging en de prae-adviseur *MULLINK* — dan komt het mij voor, dat in ieder geval buiten twijfel moet worden gesteld, dat de opsomming der uitzonderingsgevallen niet limitatief is, zoals niet zonder goede grond wordt verdedigd ten aanzien van artikel 1917. Men dient dan een formulering te kiezen in de geest van artikel 211 Ontwerp-N. J. V.:

„Een onderhands geschrift heeft ten aanzien van zijn „dagtekening geen bewijskracht tegenover derden dan „van de dag, waarop het blijkt bestaan te hebben”.

Voorbeelden van wat ik boven noemde „negatief volledige bewijskracht” vindt men in ons huidige B. W. ook in de bepalingen over het getuigenbewijs. Daar is in de eerste plaats artikel 1942 B. W. bepalende dat de verklaring van een enkele getuige zonder enig ander middel van bewijs in rechten geen geloof verdient: ook hier dwingt men dus de rechter geen rekening te houden met een verklaring van welker juistheid hij wellicht op goede gronden overtuigd is. Hoe men deze bepaling ook wil uitleggen — en de H. R. heeft blijkens de op blz. 83 aangehaalde arresten van 1928 en 1948 voor bepaalde gevallen een restrictieve interpretatie gesanctionneerd — en hoeveel eerbied men ook moge hebben voor haar ouderdom en „tijd en ruimte trotserende algemene geldigheid”, in een modern bewijsrecht is zij een lelijke sta-in-de-weg. In het algemeen wordt afschaffing bepleit en de daarvoor aangevoerde argumenten onderschrijf ik ten volle<sup>1</sup>. Ook de verklaring van de unus testis dient dus vrije bewijskracht te hebben.

<sup>1</sup> ANEMA bij *ASSER* V, blz. 265; *SCYLLING* I, n<sup>o</sup>. 542; *EGGENS* bij *LAND* VI, blz. 158; *SCHIELTEMA*, blz. 429; *STAR BUSMANN* Gedenkboek B. W., blz. 614; *PITLO*, blz. 93; *WIJCKERIELD BUDOM*, *Advocaatenblad* 1949, blz. 149; *OFFERHAUS*, blz. 38.

Nauwelijks minder onwelwillend staat men tegenover artikel 1944 B. W., voorschrijvende, dat ieder getuigenis met redenen van wetenschap bekleed moet zijn en dat in het bijzonder meningen of gissingen bij redenering opgemaakt geen getuigenissen zijn. De betekenis van dit voorschrift is in ons geldend recht aanzienlijk verminderd nu de H. R. in 1948 heeft beslist, dat deze bepaling de rechter niet verbiedt aan wat een getuige een ander heeft horen zeggen een vermoeden te ontleenen voor de waarheid van de inhoud van die mededeling (waarmede dus het testimonium de auditu ook in burgerlijke zaken is toegelaten) en reeds voordien in tal van arresten getuigenissen toelaatbaar heeft geacht, die strict genomen niet zozeer de eigen waarneming van de getuige als wel het daaruit door de getuige bij redenering afgeleide weergaven<sup>1</sup>. Naar geldend recht kan men tegen uitholling van artikel 1944 B. W. bezwaren hebben, vooral omdat langs deze weg b.v. de artt. 1942 en 1947 B. W. kunnen worden ontdoken: de rechter kan immers nu waarde gaan hechten aan de verklaring van een enkele persoon of zelfs van een als getuige onbekwame, welke hem door meer dan één getuige wordt overgebracht. Wanneer echter ook die voorschriften, zoals in het Ontwerp-GRATAMA, zijn verdwenen, heeft het niet veel zin artikel 1944 B. W. te handhaven. Het bezwaar van al deze voorschriften is, dat zij het doordringen tot de waarheid, ook als deze zeer evident is, kan belemmeren en daartegen weegt m. i. het voordeel, dat het de rechter onmogelijk wordt gemaakt geloof te schenken aan getuigenissen, die krachtens hun aard zwak of verdacht kunnen zijn, niet op. De rechter moet geacht worden over voldoende zelfdiscipline en voorzichtigheid te beschikken om naar omstandigheden van het geding over de ontoelaatbaarheid van bepaalde getuigenissen te beslissen; voor de wetgever is dit in abstracto ondoenlijk. Ik zou daarom in ons nieuwe bewijsrecht een voorschrift als artikel 1944 B. W. niet meer willen opnemen<sup>2</sup>. Hetzelfde geldt voor artikel 1947 B. W., handelende over de onbekwaamheid -- beter

<sup>1</sup> Resp. H. R. 26 November 1948, 1949 n<sup>o</sup>. 149 (met noot Ph. A. N. H.) en de door MEIJERS geannoteerde arresten van 4 April 1929, W. 11975, N. J. 1929, 1344, 24 December 1931, W. 12408, N. J. 1932, 735 en 24 Mei 1940, 1941 n<sup>o</sup>. 421.

<sup>2</sup> Aldus ook ANEMA bij ASSER V, blz. 270 en Ontwerp-GRATAMA en Richtlijnen DORHOUT-MEES; zie ook de critiek van SUYLING I, n<sup>o</sup>. 542; EGGENS bij LAND, blz. 165 e. v. en STAR BUSMANN Gedenkboek B. W., blz. 615.

ware hier te spreken van onbevoegdheid — van bepaalde personen om in bepaalde gedingen als getuige op te treden, op welk voorschrift trouwens veel uitzonderingen bestaan<sup>1</sup>.

Schaft men al deze bepalingen af dan kan nog de vraag rijzen of men ze niet moet vervangen door wat men zou kunnen aanduiden als „vingerwijzingen” aan de rechter. De wetgever verbiedt dan de rechter niet meer met bepaald bewijsmateriaal rekening te houden, maar zegt als het ware: „In beginsel zijt gij vrij er de betekenis aan te hechten, die U goeddunkt, maar als de omstandigheden zus of zo liggen, moet gij daarmede zeer voorzichtig zijn”. In ons huidig recht kennen wij deze voorschriften ook: artt. 1945 B. W. voor het getuigenbewijs en 1959 voor het bewijs door vermoedens. Het nut dozer bepalingen is twijfelachtig. Zij hebben niet tengevolge gehad, dat de waardering van het bewijs onder de contrôle van de cassatierechter gebracht is. Het bezwaar lijkt mij, dat de bepalingen voor het concrete geval eigenlijk altijd óf te veel óf te weinig steun geven.

Een voorschrift, dat ook onder deze categorie der „vingerwijzingen” valt, is de regel, die uit artikel 1918 B. W. en artikel 7 W. v. K. kan worden afgeleid: bij het toekennen van materiële bewijskracht aan aantekeningen (geschriften-niet-akten) ten voordele van hem, die ze maakte, zal de rechter uiterst voorzichtig moeten zijn. Eigenlijk gaat artikel 1918 B. W. nog verder en houdt het — de restrictieve interpretatie van de H. R. in zijn in noot 1 op blz. 83 genoemd arrest van 1930 ten spijt — een verbod in voor de rechter: het valt dan in de categorie der voorschriften van „negatief volledige bewijskracht”. Zo ver zou ik niet willen gaan, een fingerwijzing voor de rechter in één gecombineerd artikel, handelende over alle geschriften, welke niet-akten zijn, is voldoende doch eigenlijk reeds overbodig. Hetzelfde probleem doet zich trouwens voor bij de niet beëdigde partij-verklaring. Het Ontwerp-GRATAMA kende hier geen enkele beperking en het was begrijpelijk, dat artikel 169, luidende: „De kamer kan uit de mededelingen en de antwoorden der partijen, uit haar niet-verschijning en uit de weigering of de ontwijking van het antwoord zodanige gevolgtrekkingen

<sup>1</sup> Zie behalve lid 2 ook artikel 356, lid 2 W. v. K. en artikel 31, lid 8 der nieuwe Wegenverkeerswet. Aldus ook ANEMA bij ASSER V, blz. 278, STAR BUSMANN in W. 10991, WICKERHELD Bisdorff, Advocatenblad 1949, blz. 149 en het Ontwerp-GRATAMA en Richtlijnen DORHOUT-MEES.



maken of zodanig bewijs putten als zij vermeent te behoren" van de vergadering der Nederlandse Juristen Vereniging reacties uitlokte, die er toe leidden, dat de vraag of het gewenst was deze rechterlijke bevoegdheid te beperken voor zoveel betreft gevolgtrekkingen *ten voordele van de partij* zonder hoofdelijke stemming door de grote meerderheid bevestigend werd beantwoord. Ik zou zeggen: accoord doch een dergelijke bepaling zij geen absoluut verbod maar slechts een vingerwijzing, een aanmaning tot voorzichtigheid.

19. Aan mijn bespreking der bewijsmiddelen en hun waardering door de rechter, moge ik nog enkele woorden toevoegen over enige moderne „bewijsmiddelen” — het zijn eigenlijk geen bewijsmiddelen, zoals wij zullen zien, maar men vindt ze wel onder die benaming aangeduid —, die sinds de vergadering der Nederlandse Juristen Vereniging in 1924 de aandacht hebben getrokken. Ik bedoel het bloedgroepenonderzoek bij vaderschapsacties en procedures tot ontkenning van de wettigheid van een kind, de narco-analyse en de „leugenontdekker”.

Bij het bloedgroepenonderzoek hebben wij te maken met een deskundigenbericht, dat ik boven niet onder de bewijsmiddelen rangschikte. Het staat de rechter vrij de slotsom, waartoe de deskundige komt, al of niet te volgen. Het ligt voor de hand, dat, wanneer de medische wetenschap zo ver is, dat zij uit het bloedonderzoek, toegepast bij moeder, kind en hem, van wie gezegd wordt, dat hij de verwekker is resp. hem, die zegt, dat het kind zijn wettig kind niet is, in sommige gevallen met zekerheid kan zeggen, dat laatstgenoemde persoon niet de verwekker van het kind is, de rechter in een dergelijk deskundigenbericht een waardevol hulpmiddel heeft bij het vormen van zijn oordeel<sup>1</sup>. Een vooral in de Franse rechtspraak en literatuur omstreden vraag is daarbij of de betrokken personen verplicht zijn het bloedonderzoek toe te laten. De nieuwe Italiaanse Codice di procedura civile kent in zijn artt. 118 en 258 e. v. (met name in artikel 260 over de z.g. „ispezione corporale”) de rechter verregaande bevoegdheden toe inzake het onderzoek van

<sup>1</sup> Men vindt het onderwerp van medische zijde belicht door BOLK in R. M. 1925, blz. 299—335 en BROMBERG in N. Jb. 1935, blz. 677 e. v. en 697 e. v. Zie ook VAN OVEN in N. Jb. 1926, blz. 8 en voor Frankrijk CARBONNIER in een noot in Dalloz 1947, J. p. 508—511 en verdere literatuur, vermeld in Dalloz 1949, J. p. 98 en p. 200.

personen, partijen zowel als derden. Dergelijke bepalingen kunnen wij naar mijn gevoel missen. In ons Nederlands burgerlijk procesrecht behoort m. i. niemand, noch een partij noch een getuige, gedwongen te worden tegen zijn wil lichamelijk onderzocht te worden. Iets anders is of de rechter niet in bepaalde gevallen aan een weigering gevolgtrekkingen mag verbinden ten nadele van hem, die weigert. Ik zou menen van wel: evenals soms een weigering van hem, op wie de bewijslast niet rust, om zijn in bewijsnood verkerende wederpartij bij de bewijsslevering te helpen in strijd kan zijn met de verplichting der procespartijen elkander een „fair trial” te geven en voor de onwillige processueel nadeel kan betekenen (zie b.v. artikel 8 W. v. K.), zo kan dit ook hier het geval zijn bij het weigeren zich aan een deskundigenonderzoek te onderwerpen. En zo zal het ook hier afhangen van de omstandigheden van het geding of en zo ja hoe zwaar de weigering zal worden aangerekend: er zal b.v. voor de rechter eerder aanleiding zijn aan de weigering voor de onwillige nadelige consequenties te verbinden wanneer dit b.v. de moeder is als eischer in een vaderschapsactie, waarin de gedaagde om het bloedonderzoek heeft gevraagd, dan wanneer het omgekeerd in zulk een actie de gedaagde is, die weigert zich aan het door de moeder verlangde bloedonderzoek te onderwerpen. De wet kan hier geen richtlijnen geven, de rechter beslisse van geval tot geval.

Ten overvloede zij er nog op gewezen, dat een bloedgroepenonderzoek bij een actie tot ontkenning van de wettigheid van een kind zeer sporadisch zal voorkomen. De artt. 305 e. v. B. W. staan immers de man in zeer vele gevallen een dergelijke actie niet toe, ook als een bloedonderzoek mocht kunnen uitwijzen, dat hij nimmer de verwekker van het kind kan zijn geweest.

De toepassing van de narco-analyse en het gebruik van instrumenten als de „leugenontdekker”, in de laatste tijd veel besproken in het bijzonder met het oog op het bewijs in het strafproces, zouden ook voor het burgerlijk proces betekenis kunnen hebben<sup>1</sup>. De narco-analyse komt hierop

<sup>1</sup> Over de narco-analyse zie STEGHERS in Rechtskundig Weekblad 1950/51, blz. 689 e. v.; VOÛIN in Dalloz 1949 Chr., p. 101—108; Mej. Mr I. BOON in N. Jb. 1951, blz. 60 en de door deze auteurs genoemde literatuur. Over de leugenontdekker zie LABAU in zijn rapport, uitgebracht in 1950 voor het Congres der „International Bar Association”, dat verschenen is bij Nijhoff in den Haag.

neer, dat men een persoon ondervraagt na hem eerst, b.v. door inspuitingen met amythal, pentothal of andere chemische producten met hypnotische eigenschappen, onder narcose te hebben gebracht; deze ondervraging zou dan de gelegenheid geven het onderbewustzijn te onderzoeken en hem b.v. een bakenenis of een andere verklaring te ontlokken, die hij anders niet zou hebben gedaan. Instrumenten als de leugenontdekker hebben tot doel de reacties van de ondervraagde personen waar te nemen, b.v. door meting van bloeddruk, ademhaling, polsslag en weerstand tegen electrische stromen; als de ondervraagde persoon op een bepaald punt niet de waarheid spreekt, zou men dat uit de verkregen meetresultaten kunnen afleiden.

Uit de in de noot op blz. 99 aangehaalde litteratuur blijkt, dat niet alleen de juridische maar ook de medische wereld tegenover de toepassing dezer methoden in rechtszaken nog zeer sceptisch, dikwijls absoluut afwijzend staat. Daartoe is naar mijn mening alle aanleiding: in de eerste plaats worden de methoden vooralsnog als onvoldoende betrouwbaar beschouwd: inderdaad lijkt het niet onwaarschijnlijk, dat er personen zijn, die onder narcose niet alleen leugens blijven vertellen, maar in plaats van ware dan juist onware dingen gaan zeggen en die, verbonden met een leugenontdekker, bij het spreken der waarheid reacties gaan vertonen, die anderen bij het uitspreken van leugens laten zien. Bovendien geldt ook hier het bezwaar, dat een dergelijk lichamelijk onderzoek in ons burgerlijk proces zeker niet tegen de wil van de betrokkene kan worden uitgevoerd: dit is te minder aanvaardbaar omdat het hier niet een physisch maar een psychisch onderzoek betreft. Ook een indirecte sanctie in die zin, dat de rechter in bepaalde gevallen uit de weigering van een partij of getuige om zich er aan te onderwerpen gevolgtrekkingen mag maken, lijkt mij hier — anders dan bij het bloedonderzoek — verwerpelijk, juist omdat het onderzoek geen zekerheid geeft en krachten zijn aard stuitender is dan het bloedonderzoek. Mocht een partij zich vrijwillig aan de hier gewraakte methoden willen onderwerpen dan zal de rechter, als hij de toepassing daarvan mocht toestaan, uiterste voorzichtigheid bij het trekken van conclusies moeten betrachten en m. i. nooit uitsluitend op het aldus verkregen resultaat mogen afgaan. Overigens lijkt mij voor wettelijke bepalingen in de vorm van een verbod

of in de vorm van vingerwijzigingen voor de rechter geen aanleiding.

Dat wij hier niet met nieuwe „bewijsmiddelen” te doen hebben, is duidelijk: de resultaten komen tot de rechter in de vorm van een deskundigenbericht of wel — dit lijkt mij denkbaar, doch niet aanbevelenswaardig — als verklaringen van partijen of getuigen in rechten. Hier doemt het spookbeeld van een mondelingo gerechtelijke bekentenis onder narcose op. Moge ons dit bespaard blijven! In ieder geval moet de bepaling, die aangeeft wanneer een gerechtelijke bekentenis herroepen kan worden, ook dergelijke gevallen van lichamelijke beïnvloeding omvatten.

20. Aan het slot van mijn beschouwingen over de bewijsmiddelen en hun waardering wil ik nog een enkel woord wijden aan de z.g. bewijsovereenkomsten, waaronder zijn te verstaan overeenkomsten tussen de partijen, die later in een proces tegenover elkaar komen te staan, waarbij deze hun processuele bewijspositie regelen in afwijking van wat zonder zulk een overeenkomst tussen hen op dit punt zou hebben gegolden. Verschillende mogelijkheden staan hier voor hen open:

- a. het verschuiven van de bewijslast;
- b. het toelaten van bewijsmiddelen, die door de wet in het betreffende geval ontoelaatbaar zijn verklaard, resp. het uitsluiten van bewijsmiddelen, die door de wet in het bepaalde geval toelaatbaar worden geacht;
- c. het versterken van de bewijskracht van een bepaald bewijsmiddel, b.v. door het toekennen van volledige bewijskracht aan een bewijsmiddel, waarvan de wet de waardering aan de rechter overlaat of het uitsluiten van tegenbewijs, waar dit wettelijk toegelaten is (het omgekeerde, het verzwakken van de bewijskracht van een bepaald bewijsmiddel is theoretisch denkbaar, maar zal in de praktijk wel niet voorkomen).

Het is vooral SCHELTEMA geweest, die het lang niet eenvoudige probleem der rechtsgeldigheid van dergelijke overeenkomsten, die in de praktijk veel voorkomen en dikwijls niet gemakkelijk als zodanig te herkennen zijn, systematisch

heeft onderzocht<sup>1</sup>. Hij kwam daarbij tot de conclusie, dat dergelijke overeenkomsten in het algemeen de rechter binden zich naar de door partijen gemaakte afspraak te gedragen. Een uitzondering maakt hij echter, wanneer wordt afgeweken van voorschriften, welke dwingend recht inhouden en hiervan geeft hij bij elk der bovengenoemde categorieën voorbeelden. Zo mag men de bewijslast niet verschuiven in afwijking van het in artikel 61 F. bepaalde, noch door de wet uitdrukkelijk toegelaten bewijsmiddelen uitsluiten in strijd met artikel 221, lid 1 B. W., noch volledige bewijskracht aan een bewijsmiddel met vrije bewijskracht toekennen in afwijking van artikel 356 W. v. K., noch tegenbewijs uitsluiten in afwijking van artikel 274 W. v. K. De gehele categorie van afspraken, die door de wet uitgesloten bewijsmiddelen toelaatbaar maken, acht hij zelfs als regel ongeldig, omdat de wetsartikelen in kwestie (artt. 205, 220, 221 B. W., 22 en 258 W. v. K. en 61 F) door hem als voorschriften van dwingend recht worden beschouwd. Een tweede beperking ligt volgens hem opgesloten in de regel van artikel 1374, lid 3 B. W., volgens welke overeenkomsten — ook deze bewijsovereenkomsten, die overigens geen overeenkomsten zijn als in Boek III bedoeld — te goeder trouw moeten worden ten uitvoer gebracht.

Bij deze opvattingen, die ook steun vinden in de rechtspraak van ons hoogste rechtscollege, zou ik mij willen aansluiten. Alleen kan ik mij voorstellen, dat een in ons nieuwe bewijsrecht minder lijdelijke rechter er eerder toe zal overgaan bewijsafspraken buiten beschouwing te laten en wel door eerder aan te nemen, dat een bepaald wettelijk bewijsvoorschrift, waarvan is afgeweken, dwingend recht inhoudt of eerder aan te nemen, dat een beroep op een bepaalde bewijsafpraak de uitvoering daarvan niet te goeder trouw doet zijn. Dit laatste argument lijkt mij dikwijls op zijn plaats als het beding in z.g. standaard-contracten voorkomt, die aan een der partijen worden opgelegd zonder dat deze feitelijk in de gelegenheid is daarvan kennis te nemen of daaraan iets te veranderen. Tegen deze rechterlijke vrijheid zou ik geen bezwaar willen maken.

<sup>1</sup> In zijn Handboek, blz. 67, 97, 102 en 105 en W. P. N. R., nos. 3427—3431; zie ook KAN, blz. 117—119; SUYLING I, nos. 410 en 380; HÜLSMANN R. M. 1938, blz. 123 e. v. en de conclusie van Adv. Gen. BERGER voor H. R. 19 Juni 1931, W. 12334, N. J. 1931, 1560; voor België: DE PAGE III, nos. 735—737.

De vraag is nog slechts of ons nieuwe bewijsrecht omtrent bewijsovereenkomsten een uitdrukkelijke bepaling moet inhouden. Mij dunkt van wel, omdat de door mij voorgestelde algemene bepalingen over de bewijslastverdeling, de bewijsmiddelen en hun waardering, anders wellicht de indruk zouden kunnen wekken, dat de rechter altijd bewijsafspraken, daarmede in strijd, terzijde kan stellen, een conclusie, die b.v. MEILINK (blz. 31) uit de artt. 236 en 237 van het Ontwerp-GRATAMA trok. Hoofregel blijve, dat de rechter aan dergelijke afspraken wel gebonden is; het zal niet gemakkelijk zijn precies voor te schrijven wanneer hij dat niet is, gezien de uiteenlopende bedoelingen, die partijen met deze afspraken hebben en de verscheidenheid der situaties, waarin er een beroep op wordt gedaan. Misschien dat de volgende formulering, die aansluit op die, welke ik koos voor de bewijslastverdeling en die evenals deze doet uitkomen, dat het hier om een processuele bevoegdheid des rechters gaat, aanvaard kan worden:

„Indien partijen met betrekking tot het bewijs bij  
„overeenkomst een regeling hebben getroffen afwijkend  
„van die, welke zonder zulk een overeenkomst tussen  
„hen zoude gelden, zal de rechter daaraan gebonden  
„zijn, tenzij partijen aldus bepalingen van openbare  
„orde terzijde hebben gesteld, de rechtsbetrekking in  
„geschil niet aan partijen ter bepaling staat of naar het  
„oordeel van de rechter een beroep op zulk een over-  
„eenkomst in strijd is met de beginselen en de goede  
„procesorde of met hetgeen in de omstandigheden van  
„het geding billijk is”.

Ook de nieuwe Italiaanse Codice civile kent in zijn artikel 2698 een bepaling over bewijsafspraken, die echter alleen slaat op gevallen, waarin men een afwijkende regeling heeft getroffen ten aanzien van de bewijslast. Dergelijke afspraken zijn nietig wanneer het gaat om rechten, waarover partijen niet kunnen beschikken of wanneer de omkering of wijziging van de bewijslast tengevolge zou hebben de uitoefening van haar recht voor een der partijen „eccessivamente difficile” te maken.

## V. CONCLUSIES.

21. De hier ontwikkelde gedachten kunnen als volgt in de wet worden neergelegd.

Alle voorschriften over het bewijs zouden moeten worden samengebracht in een nieuwe Titel, toe te voegen aan het eerste Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Deze Titel zou een eerste afdeling moeten omvatten met algemene bepalingen, terwijl in de volgende afdelingen voorschriften worden uitgewerkt omtrent enige bewijsmiddelen, waarvoor vooral in aanmerking komen van de categorie der verklaringen van personen: het getuigenbewijs, de persoonlijke verschijningen van partijen voor de rechter, de gerechtelijke bekentenis en de beëdigde partijverklaring en van die der voorwerpen: het bewijs door geschriften. In deze afdelingen worden dan de materiële en formele bepalingen tot een eenheid verwerkt zoals dit ook reeds in het Ontwerp-GRATAMA en de daaraan voorafgaande ontwerpen geschiedde: niet alleen de stof, behandeld in de artt. 1902 t/m 1982 B. W., maar ook, die, welke men vindt b.v. in de artt. 19, 19a, 103—121, 176—195, 199—202, 237—246 Rv., moet, voor zover zij niet komt te vervallen, in deze Titel over het bewijs worden opgenomen.

Buiten deze Titel over het bewijs, b.v. in een afdeling van Titel I, die over de rechter en zijn bevoegdheden handelt, moeten o. m. het deskundigenbericht en de gerechtelijke plaatsopneming worden geregeld, dus de stof, die men thans in de artt. 101, 102, 219—221 en 222—236 Rv. vindt. Daar moet ook een plaats gevonden worden voor een bepaling over 's rechters bevoegdheid tot het inwinnen van inlichtingen bij ambtelijke instanties en voor een voorschrift in de geest van artikel 48 Rv., dat echter zo geformuleerd moet zijn, dat het geen aanknopingspunt meer biedt voor een te ver gaande lijdelijkheid van de rechter.

Buiten de Titel over het bewijs, b.v. in de afdeling over de vonnissen, zullen waarschijnlijk ook nieuwe bepalingen over het interlocutoir vonnis moeten worden opgenomen doch de inhoud daarvan, dat is dus de regeling hoe en in welk stadium b.v. een getuigenverhoor of een deskundigenbericht in de procedure wordt ingelast, valt buiten mijn bestek.

De algemene bepalingen uit de Titel over het bewijs, waarvan de meeste in het voorafgaande reeds worden besproken, zouden als volgt kunnen luiden:

*„Artikel 1.*

„De rechter neemt feiten, die in het geding zijn tegen-  
„gesproken, slechts dan als vaststaand aan, indien zij  
„met inachtneming van de voorschriften der wet zijn  
„bewezen”.

*„Artikel 2.*

„Geen bewijs behoeft geleverd te worden van feiten,  
„die de rechter uit eigen waarneming in het geding kent  
„of die van algemene bekendheid zijn en evenmin van  
„feiten, waarvan het vaststaan volgt hetzij krachtens  
„wettelijk voorschrift, hetzij naar het oordeel des rech-  
„ters uit andere bewezen of als vaststaand aangenomen  
„feiten”.

*„Artikel 3.*

„Ook van in het geding niet tegengesproken feiten  
„kan de rechter bewijs vorderen, tenzij die feiten uit-  
„drukkelijk zijn erkend en deze erkenning volgens de be-  
„paling der . . . de afdeling van deze Titel een onherroepe-  
„lijke bekentenis oplevert met volledige bewijskracht”.

*„Artikel 4.*

„Indien de wet daaromtrent niets anders heeft be-  
„paald, moeten de te bewijzen feiten worden bewezen  
„door de partij, die daartoe naar het oordeel van de  
„rechter volgens de beginselen ener goede procesorde  
„en volgens hetgeen in de omstandigheden van het  
„geding billijk is, de meest aangewezen is”.

*„Artikel 5.*

„Tenzij de wet bepaalde middelen vordert of uitsluit,  
„kan bewijs door alle middelen geleverd worden, met  
„name door verklaringen van personen en door voor-  
„werpen, welke dragers zijn van leestokens, beelden of  
„geluiden, zoals geschriften, fotografieën, films en gramo-  
„foonplaten”.

*„Artikel 6.*

„Tenzij de wet tegenbewijs uitsluit of daarvoor be-  
„paalde vereisten stelt, is tegenbewijs altijd en door  
„alle middelen toegelaten, ook tegen feiten, die de  
„rechter krachtens artikel 2 zonder bewijs als vast-  
„staand kan aannemen”.



*„Artikel 7.*

„Tenzij de wet aan bepaalde bewijsmiddelen een bijzondere kracht verbindt, is de waardering der kracht van elk gebezigd bewijsmiddel aan de rechter overgelaten”.

*„Artikel 8.*

„Indien partijen, met betrekking tot het bewijs, bij overeenkomst een regeling hebben getroffen afwijkend van die, welke zonder zulk een overeenkomst tussen hen zoude gelden, zal de rechter daaraan gebonden zijn, tenzij partijen aldus bepalingen van openbare orde terzijde hebben gesteld, de rechtsbetrekking in geschil niet aan partijen ter bepaling staat of naar het oordeel van de rechter een beroep op zulk een overeenkomst in strijd is met de beginselen ener goede procesorde of met hetgeen in de omstandigheden van het geding billijk is”.

Daar het hier slechts om de fundamentele beginselen van het bewijsrecht gaat, heb ik geen volledige tekst uitgewerkt van de bepalingen der volgende afdelingen. Ik beperk mij tot een recapitulatie van enige hoofdpunten.

In de afdeling over het schriftelijk bewijs worde als thans onderscheid gemaakt tussen akten en niet-akten en de eerste categorie weer onderverdeeld in authentieke en onderhandse akten. De bewijskracht dier akten zij dezelfde als in ons huidig recht met dien verstande, dat op de volledige materiele bewijskracht der akten tussen partijen en rechtverkrijgenden een uitzondering worde gemaakt voor het geval de rechtsbetrekking in geschil niet aan partijen ter bepaling staat. Artikel 1917 B. W. kan, zeker in zijn huidige vorm, beter niet worden gehandhaafd. Ook de daaropvolgende artikelen, inclusief het eerbiedwaardige artikel 1924 B. W. over de kerfstokken, kunnen bijna alle verdwijnen. Ook voor de z.g. echtheids- en valsheidsprocedure lijkt mij geen plaats meer. Wel dient hier de in N<sup>o</sup>. 13 voorgestelde bepaling over de openlegging van boeken en bescheiden te worden opgenomen.

In de afdeling over het getuigenbewijs zullen voornamelijk bepalingen van formele aard een plaats vinden nu bijna alle bepalingen uit ons huidig B. W. kunnen vervallen. Alleen het verschoningsrecht moet hier nog worden geregeld. Nieuw

is in deze afdeling de in N<sup>o</sup>. 10 voorgestelde regeling over het horen van niet door partijen voorgedragen getuigen.

De afdeling over de bekentenis zal uitsluitend de gerechtelijke betreffen: op de buitengerechtelijke immers zijn de bepalingen over het schriftelijk bewijs, de getuigenverklaring enz. van toepassing, al naar gelang de vorm, waarin de rechter er kennis van neemt. Voorop blijve staan, dat de gerechtelijke bekentenis volledig bewijs oplevert en slechts herroepelijk is in geval van omstandigheden als dwaling, dwang of bedrog. Een uitzondering worde vervolgens gemaakt voor het geval, dat de rechtsbetrekking in geschil niet aan partijen ter bepaling staat en voor het geval, dat de partij, die een bekentenis aflegt, daarbij tot haar bevrijding daadzaken aanvoert, die haar wederpartij betwist: in beide gevallen staat het de rechter vrij de bewijskracht der bekentenis naar de omstandigheden te beoordeelen. Tenslotte volgde dan een bepaling, dat de rechter, waar dergelijke uitzonderingsgevallen zich niet voordoen, aan de bekentenis gebonden is, ook indien andere bewijsmiddelen bij uitsluiting zijn voorgeschreven.

In de afdeling over de beëdigde partijverklaring dient dan de beslissende oed te worden geregeld als een uitsluitend door de rechter op te dragen eed, zoals door mij voorgesteld in n<sup>o</sup>. 18. Hier, of in de afdeling over het getuigenbewijs, kunnen ook de voorschriften worden opgenomen, die men thans in de afzonderlijke eedswetten van 1911 en 1916 vindt.

22. Wanneer wij thans nog eens terugblikken op onze verkenningstochten door de tuin van ons bewijsrecht, dan kunnen wij vaststellen, dat men in alle drie delen van die tuin, welke wij doorkruisten, paden kan aantreffen, die in dezelfde richting leiden: zowel bij het probleem der lijdelijkheid van de rechter als bij dat der bewijslastverdeling alsook bij dat der vrije of gebonden bewijsloor constateerden wij de drang naar een grotere vrijheid van de rechter, grotere vrijheid bij de bewijsverschaffing, bij de bewijslastverdeling, bij de bewijsmiddelenkouze en bij de bewijswaardering. De auteurs van het Ontwerp-GRATAMA en van de Richtlijnen-DORHOUT MEES waren bereid deze paden vrijwel tot het einde toe af te lopen. Dikwijls kon ik hen daarbij volgen: vele van de belemmerende bepalingen, die thans nog gelden voor het schriftelijk bewijs, het getuigenbewijs, het bewijs door vermoedens en de bekentenis wilde ik, evenals zij, afschaffen en vele der door mij voorgestelde algemene bepalingen zijn

op hun werk geïnspireerd. Op menig punt echter meende ik eerder halt te moeten houden dan zij: bewijsverschaffing buiten partijen om en tegen haar wil, wilde ik slechts bij uitzondering en onder bepaalde voorwaarden mogelijk maken (N<sup>o</sup>. 10), bewijslastverdeling nog aan zekere normen binden, zij het dan ook normen van billijkheid en goede procesorde (N<sup>o</sup>. 13); de volledige materiële bewijskracht der onderhandse akte wilde ik, behoudens uitzonderingsgevallen, handhaven (N<sup>o</sup>. 18), evenals de volledige bewijskracht en de onherroepelijkheid der gerechtelijke bekentenis (N<sup>o</sup>. 9).

Ik ben mij ervan bewust, dat mijn speurtochten niet tot opzienbarende ontdekkingen hebben geleid: de tuin van het bewijsrecht bleek reeds terdege doorzocht en in cultuur gebracht te zijn. Vele der door mij voorgestelde plannen zijn reeds eerder te berde gebracht. Niet alle echter. Nieuw — althans nog niet in vroegere plannen tot hervorming van ons bewijsrecht opgenomen — is de door mij voorgestelde onderscheiding tussen de geschillen, die wel en die niet betreffen een aan partijen ter bepaling staande rechtsbetrekking, welke onderscheiding een rol speelt bij de gerechtelijke bekentenis en het niet betwisten, ook bij verstek van de stellingen der wederpartij (N<sup>o</sup>. 9), bij het zich verschaffen van schriftelijk of getuigenbewijs door de rechter buiten partijen om (N<sup>o</sup>. 10), bij de materiële bewijskracht der akte (N<sup>o</sup>. 18), bij de beslissende eed, indien die behouden blijft als een door partijen opgedragen eed (slot N<sup>o</sup>. 17) en bij de beoordeling der rechtsgeldigheid van bewijsovereenkomsten (N<sup>o</sup>. 20). Nieuw is de bescherming der onoplettende partij door de rechter bij het niet betwisten der stellingen van de wederpartij of bij het niet verschaffen van voor haar dienstig schriftelijk of getuigenbewijs (Nos 9 en 10). Nieuw zijn de voorgestelde wetsbepalingen over de onplitsbaarheid van de bekentenis (N<sup>o</sup>. 15), de verdeling van de bewijslast (N<sup>o</sup>. 13) en de rechtsgeldigheid der bewijsovereenkomsten (N<sup>o</sup>. 20). Nieuw is tenslotte de bepaling, waarin de bewijsmiddelen niet limitatief worden opgesomd (N<sup>o</sup>. 17).

Ik vlei mij met de hoop aldus in de tuin van ons bewijsrecht toch nog hier en daar een nieuw pad te hebben geprojecteerd of een nieuw boompje te hebben geplant, dat de aandacht verdient der tuinlieden, die straks die tuin opnieuw gaan aanloggen en verfraaien om hem een harmonisch geheel te laten worden met het grote landschap, waarvan hij deel uitmaakt: ons burgerlijk procesrecht.