WERTHEIM, W. F.

INDISCH TIJDSCHRIFT VAN HET RECHT.

OVERDRUK.

PERPUSTAKAAN MUSEUM PUSAT
XXVII-
13351

Ap 317,770
XXVII 1935 I.
0010 - 5930 2760
121 4700 31

W. G. Mörtheim

EGGENS' NIEUWE KIJK OP HET BURGERLIJK GEDING.

Naar aanleiding van: Land—Eggens, Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, zesde deel (Bewijsrecht), tweede, geheel nieuwe druk. Erven F. Bohn, Haarlem.

Op Eggens' boek over bewijsrecht — het werk dat wij voor ons hebben, is namelijk niet een „bewerking" van Land's zesde deel, doch een, ook in vorm en opzet, geheel zelfstandig werkstuk van den „bewerker" — is reeds eenige malen de aandacht der Indische juristen gevestigd. Het eerste deel van Wijers' vervolgartikel in dit tijdschrift over „nieuw burgerlijk procesrecht" (T. 140 bl. 631 e.v.) bevat zelfs een uitvoerige en principieele bestrijding van Eggens' procesopvatting — een der belangrijkste onderdeelen van diens werk. Toch maakt dit een afzonderlijke bespreking, te wijden aan dit merkwaardige product van een der meest oorspronkelijke juristen van Nederland, geenszins overbodig. Dit boek neemt een zoo uitzonderlijke plaats in onder de moderne Nederlandsche rechtsliteratuur, dat een veelzijdiger beschouwing dan in ons tijdschrift gemeenlijk aan nieuwe Nederlandsche uitgaven te beurt valt, hier wel op zijn plaats lijkt. Bovendien verschilt het gezichtspunt van waaruit Mr. Wijers de theorieën van Mr. Eggens beschouwt, gelijk uit deze bespreking zal blijken, zoozeer van het mijne, dat de kans op doublures wel uitgesloten moest worden geacht.

Er is één eigenschap waardoor dit boek zich reeds dadelijk onderscheidt van het gewone type van het Nederlandsche handboek over een onderdeel van het recht: dit is de consequent en strak volgehouden logische opbouw van het geheele werk uit enkele grondgedachten, het belichten van de stof als geheel evengoed als van elk detail vanuit een zelfden gezichtshoek. Elke bladzijde, elke regel is dan ook kennelijk de vrucht van eigen nadenken en doordenken van den schrijver, nergens vergenoegt hij zich met het volgen van den gedachtengang van anderen, die vóór hem over het onderwerp hebben nagedacht en geschreven. Aldus is een merkwaardig homogeen werk ontstaan, dat in zeer sterke mate den stempel van de persoonlijkheid van den schrijver draagt, en ieders bewondering moet afdwingen.

Deze karaktertrek van het boek heeft ook dit eigenaardige

KON. BAT. GENOOTSCHAP VAN K. EN W.

gevolg, dat de stijl van Mr. Eggens, die zich geenszins door eenvoud en gemakkelijke leesbaarheid kenmerkt — eerder krijgt men den indruk dat de schrijver er zich in vermeit de problemen voor den lezer opzettelijk te vergrooten door hetzelfde woord in één zin, dikwijls in verschillende beteekenissen, tallooze malen te herhalen, of door bij zijn betoog beelden te ontleenen aan de stof, die hij behandelt (dus ter verdediging van zijn stellingen telkens termen als „bewijzen", „vermoedens", „bekentenis" te bezigen) — in het voorliggend werk aan de helderheid en begrijpelijkheid van zijn betoogtrant nauwelijks afbreuk doet. Immers, heeft men door aandachtige bestudeering van de eerste zestig bladzijden zich eenmaal in den gedachtengang van den schrijver ingeleefd, dan levert al het volgende feitelijk geen moeilijkheden meer op. Niet alleen herkent men bij elk vraagstuk weder de grondprincipes, waarvan schrijver uitgaat, doch zelfs kan men dikwijls reeds van tevoren raden welk, hoewel opzichzelf geheel oorspronkelijk, standpunt de schrijver ten opzichte van een bepaald probleem zal innemen. Hiertoe werkt mede een groote zuiverheid van terminologie, gelijk men die slechts zelden aantreft. [1])

Al deze op zichzelf buitengewoon sympathieke eigenschappen hebben ook haar keerzijde. Zij maken het werk in de eerste plaats tot een *studieboek,* hetzij voor den werkelijk belangstellenden student, hetzij voor die juristen, wier belangstelling boven het dagelijksche en practische uitgaat, doch in ieder geval minder geschikt als handboek voor den practijkjurist zoowel als voor den normalen student, die op overzichtelijke wijze op de hoogte wil worden gesteld van den stand van de wetenschap ten aanzien van een bepaald vraagstuk. Op zichzelf is dit nog geenszins een nadeel — integendeel! — wèl kan men echter betreuren, dat de schrijver zich bij de begrenzing en indeeling van zijn stof ten deele weer heeft laten leiden door overwegingen, die slechts voor den schrijver van een handboek kunnen gelden, niet echter voor dien van een studiewerk.

---

1) Op terminologisch terrein komen tal van vondsten voor, die door de wetenschap wel gretig zullen worden overgenomen. Ik noem slechts de ontleding van het begrip „bewijsmiddel" in „onbepaald bewijsmiddel naar de mogelijkheid", „bepaald bewijsmiddel naar de mogelijkheid" en „bepaald werkelijk bewijzend middel"; de onderscheiding tusschen „(eventueel) vermoeden (-opleverend feit)", „vermoeden (als werkzaamheid)" en „vermoeden (als resultaat)" (vgl. voor beide onderscheidingen bv. bl. 200—201).

Immers uit dàt oogpunt kan er geen reden zijn, zich bij de bewerking van de stof te bepalen tot de onderwerpen, die in de wettelijke regeling van het bewijsrecht uitdrukkelijk zijn opgenomen. Zoo missen wij zeer ongaarne een systematische behandeling, juist van de hand van dezen schrijver, van het bewijs in procedures van niet vermogensrechtelijken aard (bl. 3—4). Het weinige dat in dit boek voorkomt over de kracht van gewijsde in staatvonnissen en over bekentenis en eedsopdracht ten aanzien van aan de beschikking van partijen onttrokken rechten, kan onze nieuwsgierigheid naar de visie van den schrijver op deze materie slechts zeer ten deele bevredigen. Evenzoo hadden wij gaarne een veel uitvoeriger en principieeler behandeling gezien van de materieelrechtelijk-dispositieve acte, die naar vrij algemeene opvatting buiten de wettelijke regeling valt, aangezien deze in het bijzonder de bewijsrechtelijk-disponeerende acten op het oog zou hebben (bl. 63). Het weinige, dat schrijver hieromtrent op bl. 74 e.vv. zegt, staat niet in verhouding tot het groote belang, dat deze materie uit theoretisch en practisch oogpunt voor het bewijsrecht heeft.

Een ander gevolg van de bovengenoemde eigenschappen is, dat de bestrijding van des schrijvers denkbeelden belangrijk wordt vereenvoudigd. De logische opbouw van zijn systeem toch brengt mede, dat men door zijn aanval te richten tegen zijn grondstellingen, tevens alle daaruit getrokken consequenties aan het wankelen brengt, die staan en vallen met die grondbeginselen. Een nadeel kan ik dit overigens allerminst noemen. Het ware te wenschen dat meer schrijvers het hadden aangedurfd zich op deze wijze bloot te geven. Een vruchtbare discussie was dan gemakkelijker geweest dan wanneer men is aangewezen op incidenteele uitingen, die met de op andere punten verkondigde stellingen slechts in zeer los verband staan.

Het groote probleem waarmee de wetenschap nog steeds worstelt is dat van het „bewijs van rechten". Werd vroeger vrij algemeen aangenomen, dat in eigenlijken zin alleen bewijs van „feiten" mogelijk was, hetgeen leidde tot de opvatting, dat een recht slechts bewezen kon worden door bewijs van feiten, die volgens het geldende recht geschikt zijn om het recht te doen *ontstaan,* tegenwoordig is er oogenschijnlijk vrijwel overeenstemming bereikt op het punt, dat bewijs van een recht ook

„rechtstreeks" kan geschieden, dus zonder het bewijs der ontstaansfeiten als tusschenschakel. [1]) Ziet men echter nauwer toe, dan blijkt, dat de overeenstemming slechts schijn is. Zijn er aan den eenen kant schrijvers, die hier geen moeilijkheden zien en het bewijs van rechten in wezen gelijkstellen met het bewijs van feiten, andere schrijvers zijn van meening, dat het „rechtstreeksche" bewijs van rechten in wezen toch weer neerkomt op een bewijs van feiten. [2])

Een voor de hand liggende verklaring voor dezen strijd is, dat het velen moeilijk valt, zich het bewijs van „rechten", van iets irreëels, onwezenlijks, voor te stellen. Deze verklaring van de impasse, waarin de wetenschap zich bevindt, lijkt mij juist, doch hiermede nog niet volledig weergegeven. De juiste draagwijdte van de moeilijkheid kan men eerst beseffen, door haar in verband te brengen met het vraagstuk van de kracht van gewijsde. Een rechter, die *feiten* als bewezen aanneemt, geeft daarmee niet meer te kennen, dan dat naar zijn oordeel die en die feiten hebben plaats gehad. Bij dit oordeel, *als oordeel* blijft het. Eenige kracht van gewijsde komt aan dit feitenbewijs niet toe, en na afloop kan men nog steeds zeggen, dat het oordeel van den rechter juist was of onjuist. Anders gezegd: aan de *waarheid* van het al dan niet geschied zijn der feiten doet de uitspraak van den rechter niets af.

Anders staat het echter bij het bewijs van rechten. Hoe men ook denkt over het karakter van de kracht van gewijsde, dit is zeker, dat de rechter, die een recht als bewezen aanneemt, meer doet dan een oordeel uit te spreken over het al dan niet „gebeurd" zijn van het een en ander. In zekeren zin — in welken zin laat ik voorloopig daar — oefent de uitspraak, in het bijzonder het declaratoir element daarvan, invloed uit op de rechtsverhouding van partijen. In den vervolge „geldt", althans tusschen haar, het recht als „waar". Achteraf kan men wel in theorie van een „onjuist" vonnis spreken, of over een vonnis, gebaseerd op „onjuiste" feiten, doch positiefrechtelijk heeft deze uit-

[1]) Bv. Meijers, W.P.N.R. 2290—2291, „Bijdrage tot de leer van het middellijk bewijs". Anders echter Scheltema, „Nederlandsch burgerlijk bewijsrecht", Dl. I (1934) bl. 40 e.vv.

[2]) Vergl. Asser—Anema, 3de druk bl. 42; C. C. Vigelius, „De leer der bekentenis volgens Nederlandsch burgerlijk procesrecht", Diss. Leiden 1932, noot op bl. 51—52, wiens opvatting m.i. verder van die van Scheltema afstaat dan zijn vermelding door laatstgenoemde als medestander (Scheltema, l.c. bl. 42 nt. 3) zou doen vermoeden.

spraak geen beteekenis; dat, wat wellicht tevoren niet „waar" was, *is door het vonnis „waar" geworden,* dat, wat „waar" was, *heeft door hetzelfde vonnis zijn „waarheid" verloren.*

Eggens heeft deze moeilijkheid in haar vollen omvang doorzien, en getracht met een suggestieve conceptie een oplossing daarvoor te geven. Hij toont aan, dat de wetgever, hoewel hij zich van de vragen klaarblijkelijk niet duidelijk rekenschap heeft gegeven, wel degelijk is uitgegaan van de mogelijkheid van een bewijs van „rechten" (o.a. bl. 47). Zelf stelt hij zijn theorie op van de „rechtsbetrekking" (in welk begrip tevens de „relativeering" der rechtsverhoudingen tot uiting komt), die voorwerp is van bewijs in het proces. Het tot stand komen van het bewijs ziet hij dynamisch, de rechtsbetrekking ontwikkelt zich in en door het proces tot de rechtsbetrekking, gelijk zij tusschen partijen „te gelden heeft". Door dit „ontwikkelings"-begrip te introduceeren tracht Eggens den paradox, dat door het vonnis iets anders „waar" *wordt* dan wat tevoren „waar" *was,* te overbruggen.

Het spreekt vanzelf, dat Eggens, hiervan uitgaande, de kracht van gewijsde materieelrechtelijk opvat. [1]) De rechtsbetrekking *wordt* gelijk zij door den rechter aan het eind van haar onwikkeling in het vonnis is bepaald, want „bewijzen" beteekent voor hem „bepalen". Daar Eggens de rechtsbetrekking *relatief* opvat, leveren ook de zakelijke rechten voor hem op dit punt geen moeilijkheden op. Het oordeel: „een vonnis is onjuist", „beteekent onrecht", heeft *rechtens* geen gelding. Zijn betoog op dit laatste punt lijkt mij onwederlegbaar, en past volkomen in de moderne rechtsvormingstheorieën, die de taak van den rechter zien als onderdeel van de verwerkelijking van het recht, als een der trappen in het rechtsvormingsproces. [2]) De kwestie staat hier m.i. net eender als bij de wetgeving, waarbij men eveneens dikwijls de uitspraak hoort, dat een bepaalde wet „onrecht" beteekent. *Rechtens* „geldt" de wet, is zij recht. [3]) De uitspraak: deze wet is onrecht, is een rechtspolitiek oordeel, evenals de uitspraak: dit vonnis is onjuist. Beide beteekenen niet: de wet of het

---

[1]) Hiertegen Wijers, die Eggens' „terugval" tot de „verouderde" materieelrechtelijke leer van het gewijsde bestrijdt (T. 140, bl. 638).
[2]) Vgl. hierover Hoetink in T. 137, bl. 596 e.vv.
[3]) Zie Coebergh, „Moderne rechtsvormingstheorieën", bl. 34.

vonnis *geldt* niet, maar: de wet of het vonnis *behoorde,* van a-juridisch standpunt bezien, niet te gelden.

Is Eggens erin geslaagd, met deze theorie de moeilijkheid van het „bewijs van rechten" volledig op te lossen? Ik betwijfel het. In Eggens' gedachtengang is, dunkt mij, iets tweeslachtigs, dat het beste kan worden gedemonstreerd aan zijn opvatting over het karakter van het vonnis. Op bl. 213 e.vv. wil de schrijver nagaan wat het beteekent, dat de rechter in zijn vonnis de rechtsbetrekking van partijen *bepaalt.* Schrijver bestrijdt, althans in haar stringenten vorm, de geijkte onderscheiding tusschen het dictum dat een rechtsbetrekking *schept* en het declaratief, dat een rechtsbetrekking *vaststelt,* in den zin van *niet-scheppen* daarvan. „In waarheid is" volgens schrijver „bepalen *scheppen én niet-scheppen tevens.* Bepalen is immers ontwikkelen van wat nog niet (aldus) ontwikkeld was, vorm geven aan wat nog niet (aldus) gevormd was, en wat in dien anderen vorm iets anders *wordt* dan het was, om *tevens* te *blijven* wat het was — dus om in dien nieuwen vorm *betrekkelijk* anders te worden. Wie niet welbewust deze tegenstrijdigheid laat gelden dat alle bepalen van een rechtsoordeel scheppen en niet scheppen tevens inhoudt, wie abstract-verstandelijk en eenzijdig het een òf het ander wil laten gelden, moet noodzakelijkerwijze vroeg of laat onbewust in tegenspraak komen met zichzelf" (bl. 214). Tusschen het dispositief en het declaratief bestaat slechts een verschil in *accent,* een *gradueel* doch niet *principieel* verschil, evenals tusschen het constitutieve en het condemnatoire vonnis (bl. 217). [1])

De tegenstrijdigheid, waar Eggens voor het eerst zoo duidelijk de aandacht op heeft gevestigd, erken ik ten volle. In wezen stuiten wij hier op de zoo beruchte tegenstelling tusschen „Sein" en „Sollen", tusschen het „reëele" en het „normatieve". Bij „bewijzen", bij een „declaratief", denkt men aan een vinden, een constateeren van iets dat *is* of *is geweest.* Doch het „bewijs" vindt eerst zijn verwerkelijking in het „dispositief" en dit is van normatieven aard; het heeft niet betrekking op wat *is,* maar op wat *moet gebeuren.* De oplossing nu van Eggens voor deze tegenstrijdigheid in een soort „eenheid der tegendeelen" bevredigt m.i. niet volledig. Hoe aldus — genetisch —

[1]) Zie hiertegen Wijers, l.c., bl. 635.

langs den weg van „ontwikkeling" uit een „Sein" een „Sollen" kan voortkomen, is mij niet duidelijk. Het komt mij dan ook voor, dat het Eggens niet ten volle gelukt is, deze kloof te overbruggen, en dat zijn beschouwingswijze iets hybridisch blijft behouden doordat hij het „reëele" en het „normatieve" standpunt tracht te combineeren.

De vraag is bij mij opgekomen, of voor de tegenstelling niet tòch een oplossing kan worden gevonden — ik moge haar hieronder in grove trekken in overweging geven, voor een nadere uitwerking is dit niet de geschikte plaats — in een *uitsluitend normatieve* beschouwingswijze. Indien wij spreken over rechten en over rechtsbetrekkingen, bevinden wij ons immers reeds automatisch op normatief terrein; want rechten en rechtsbetrekkingen zijn geen realiteiten, maken geen deel uit van het in ruimte en tijd bestaande, doch zijn slechts begripsomschrijvingen in ruste van hetgeen in de toekomst *moet* (soll) geschieden. Zou nu de rechterlijke werkzaamheid, bestaande in het „bewezen" verklaren, „bepalen" van rechtsbetrekkingen, niet kunnen worden gezien *uitsluitend* als een scheppen, als een opstellen van normen voor de toekomst — zij het dan naar aanleiding van ter kennis van den rechter gekomen „waar" gebleken, „bewezen" *feiten*?

Hiermede wordt de mogelijkheid van „bewijs" van *rechten* geenszins uitgesloten. Want al is het m.i. onmogelijk in strict natuurwetenschappelijken zin, gelijk men van „bewijzen", „waar" zijn, „bestaan" van feiten en andere realia kan spreken, diezelfde begrippen op „rechten" en „rechtsbetrekkingen" toe te passen, [1]) dan moet hierbij toch worden in het oog gehouden, dat wij ons thans niet bevinden op natuurwetenschappelijk, doch op juridisch gebied. En het komt wel meer voor, dat het recht aan eenigen term, aan eenig begrip, een andere beteekenis toekent, dan daaraan in strict natuurwetenschappelijken zin toekomt. Eggens toont dit geheel zuiver te zien, door op bl. 22, nt. 2, te betoogen dat de juridische wil heel iets anders is dan de psychologische wil (hij wil hier niet van fictie doch van fixatie spreken). Evenzoo behoeft een rechtspersoon in physieken of natuurwetenschappelijken zin geen persoon op te leveren, geen „realiteit" te zijn, gelijk Gierke ons wil doen gelooven, zoo is een juridische zaak natuurwetenschappelijk

[1]) Anders Meijers, l.c. (W.P.N.R. 2290), bl. 547.

wellicht geen afzonderlijke zaak, een juridische oorzaak geen oorzaak, duiven, konijnen en visschen kunnen „onroerend" zijn, nasciturus pro jam nato habetur, enz., enz. Zoo moet m.i. ook aan de begrippen „bewijzen", „bestaan" van rechten, „waarheid", in juridicis een specifieke beteekenis worden toegekend, welke afwijkt van hun natuurwetenschappelijke beteekenis — men moet ze nl. zien als *normatief gekleurde* begrippen.

Het declaratief krijgt dan de beteekenis van een omschrijving, in ruste gezien, van hetgeen de rechter (normatief) schept. Verklaart de rechter, dat A geacht wordt op een zeker tijdstip in het verleden schuldenaar uit een overeenkomst van geldleening te zijn geworden, dan is dit slechts een eenvoudige, statische, omschrijving van alles, wat in de toekomst uit kracht van het vonnis (eventueel) zal moeten gebeuren. Zonder de geheimtaal van de „rechtstoestanden in ruste" (als „eigendom", „erfgenaamschap") zouden wij, juristen, ons nu eenmaal niet naar behooren kunnen uitdrukken.

Op sommige plaatsen krijgt men den indruk, dat dit ook de richting geweest is, welke E g g e n s heeft willen inslaan. Zoo kan men op bl. 6 lezen, dat „het „bestaan" van rechtsbetrekkingen (en rechten) niet anders beteekent dan het „gelden" ervan, als bepalingen van het (geldende) recht in objectieven zin". Soms twijfelt men weer, of E g g e n s onder het „gelden" van een rechtsbetrekking verstaat eenig normatief begrip, dan wel een *geacht worden waar* (aanwezig) te zijn, of (in zinnen, waar het woord „gelden" een tiental malen herhaald wordt, zooals op bl. 7) beide door elkaar. Elders wordt echter „bewijzen" zonder eenige toelichting gedefinieerd als „waar maken" van iets, gelijk op bl. 18 waar de toewijzing door den rechter van een vordering wordt voorgesteld als resultaat van des rechters conclusie „dat het door eischer gestelde *waar* is, dat wil dus zeggen dat de rechtsbetrekking te gelden heeft gelijk eischer haar wil doen gelden" (curs. v. mij. W. [1]) Bewijzen zou hier dus weer neerkomen op het aantoonen van het al dan niet aanwezig zijn van iets in het verleden.

In het licht van het vorenstaande krijgt ook het vraagstuk van den „waarheidsplicht" van partijen een gewijzigd aspect. Want indien het eerst de rechter is, die de rechtsbetrekking

[1]) Zie ook bl. 39 nt. 1: „want bewezen wordt altijd eene waarheid".

„schept", zij het in den *vorm* van een „waarheids"oordeel, van een „bewezen"verklaring, dan kan van partijen moeilijk verlangd worden, dat zij „naar waarheid" een verklaring afleggen omtrent het „bestaan" of „niet bestaan" van een rechtsbetrekking. Hoogstens kan van hen geëischt worden, dat zij zich „naar waarheid" uitlaten omtrent plaats gehad hebbende *feiten*. Men zou, in verband met het voorgaande, licht geneigd zijn de conclusie te trekken, dat partijen zich ook omtrent niets anders dan *„feiten" behoeven* uit te laten en dat andere uitlatingen geen processueele beteekenis hebben. Immers, als het de rechter is, die de rechtsbetrekking der partijen als het ware *schept,* dan kan, zoo schijnt het, aan de rechtsopvatting van partijen, aan hun oordeel omtrent de juridische beteekenis der voorgevallen feiten ook geenerlei bewijskracht toekomen, zoodat een „onjuist" oordeel van hen — indien men daarvan mag spreken — geenerlei invloed zou kunnen uitoefenen. Doch de practijk wijst uit, dat dit niet zoo is. Want E g g e n s heeft overtuigend aangetoond, dat aan het rechtsoordeel der partijen volgens geldend recht wel degelijk *bewijskracht* toekomt, niet alleen in dien zin, dat de rechter er feitelijk door beïnvloed kan worden, om in vrijheid *zijn* oordeel te vormen, doch zelfs in dien zin dat de rechter in sommige gevallen *verplicht* wordt met dit rechtsoordeel van partijen rekening te houden. Want de schrijver heeft ons duidelijk laten zien, dat waar de *verplichte* ten deele zelfs *beslissende* bewijskracht geregeld wordt van de bewijsacte, van de bekentenis, en van den gerechtelijken eed, daarbij *in de eerste plaats* valt te denken aan de bewijsrechtelijke dispositie, bekentenis en eedsopdracht omtrent *rechten* en *rechtsbetrekkingen,* [1]) althans omtrent *rechts*feiten in dien zin, dat op de *juridische* zijde dier feiten de nadruk valt (vergl. de onderscheiding in *rechts*feiten en rechts*feiten* in de nt. op bl. 16).

In dit verband moet m.i. ook worden gezien het vraagstuk van de „autonomie van den partijwil". Op verschillende plaatsen, zoo op bl. 9 en bl. 41, schijnt de schrijver van die „autonomie van den partijwil, die ook in het proces primeert", uit te gaan als van een onomstootelijke waarheid, die als een natuurrechtelijke regel overal en ten allen tijde geldigheid bezit.

Laten wij voorloopig volstaan met de vraag te stellen, of de autonomie van den partijwil geldt als beginsel in ons *positief*

[1]) Vergl. bv. bl. 49; bl. 275—276.

procesrecht. En dan zien wij, dat deze autonomie gewoonlijk wordt in verband gebracht in de eerste plaats met de bevoegdheid van partijen om het onderwerp van haar proces zelf af te grenzen, en voorts met den plicht van den rechter om rekening te houden met de *processueele houding* van partijen, waarbij dan een beroep kan worden gedaan op de rechtsgevolgen van het niet-verschijnen, niet of onvoldoende antwoorden, geen bewijs aanbieden van een partij (Eggens bl. 8, Wijers bl. 634). En dan gaat men er verder over strijden, of men bv. uit de processueele beteekenis — Vigelius, l.c. bl. 13 spreekt van „verplichte bewijskracht" — van het verstek en van het niet-betwisten een algemeen beginsel van een autonomie van den partijwil kan afleiden, dan wel of wij hier te maken hebben met uitzonderingen, feitelijk inbreuken op de beginselen van ons procesrecht.

Deze vragen kunnen echter geen vragen zijn, indien men inziet, dat een procesrecht, dat bewijzende kracht verleent aan het rechtsoordeel van partijen, daarmee *noodzakelijk* de autonomie van den partijwil erkent. Want als het afleggen van een bekentenis, of van een eed, het disponeeren in een bewijsacte, *over rechten,* verplichte bewijskracht heeft, is daarmee *noodzakelijk* aan partijen de bevoegdheid gegeven ook in het proces vrijelijk over hun rechten te beschikken. En zij kunnen ook niet gezegd worden de wet te ontduiken door haar wilsverklaringen in te kleeden in den vorm van waarheidsverklaringen. Want een z.g. „waarheids"-verklaring t.a.v. een recht *is* mijns inziens in wezen niet anders dan een wilsverklaring, nl. voor zoover aan haar eenige waarde wordt gehecht. Kan zij niet als wilsverklaring beschouwd worden, dan is zij juridisch heelemaal niets — hoogstens een raadgeving aan den rechter. [1])

Sta ik dus in positiefrechtelijk opzicht hier naast Eggens en tegenover Wijers, een andere vraag is, of men handhaving van de bewijzende kracht van het rechtsoordeel der partijen en tevens van de daarmede onverbrekelijk samenhangende auto-

---

[1]) Ik kan mij dan ook niet vereenigen met de uitspraak van mr. Wijers (l.c. bl. 6), dat, „indien men partijen toestaat de materieele rechtsverhouding mede te deelen, zooals zij die *willen* doen gelden en niet zooals deze naar haar oordeel *is*, hiermee de leugen principieel in de procedure wordt toegelaten". Dit is slechts juist voor waarheidsverklaringen t.a.v. *feiten*.

KON. BAT. GENOOTSCHAP VAN K. EN W.

nomie van den partijwil, van rechtspolitiek standpunt *gewenscht* acht. Dit is een vraag, die Eggens in het geheel niet stelt, en die voor Wijers de hoofdvraag is. Om deze vraag te beantwoorden zal men eerst moeten nagaan, of het in het geheel wel *mogelijk* is persoonlijke waarnemingen zuiver *feitelijk* met terzijdelating van de juridische beteekenis der feiten, weer te geven. [1]) Slechts als men deze vraag zonder voorbehoud bevestigend beantwoordt, kan men er aan denken het rechtsoordeel van partijen volledig uit te schakelen. Anders blijft het steeds een vraag van meer of minder.

Overigens ben ik geneigd aan te nemen, dat er zeer goed rechtsstelsels denkbaar zijn waarbij aan waarheidsverklaringen van partijen t.a.v. *rechten* principieel alle juridische beteekenis wordt ontzegd, ook al wordt de autonomie van den partijwil *buiten* proces ten volle erkend. [2]) Want men kan zich zeer wel *voorstellen* een procesrecht, dat aan den partijwil in het proces slechts in zoover kracht toekent, als deze uitdrukkelijk in rechtshandelingen (dading, vergelijk) tot uiting komt. Het ligt voor de hand, dat de toekenning van bewijskracht aan *waarheids*verklaringen t.a.v. *rechten* in het algemeen zal voorkomen in processtelsels, waar juridische bijstand verplicht of gebruikelijk is en daar gewoonlijk hand in hand zal gaan met het vereischte, dat bij het indienen van een vordering het „onderwerp" van den eisch wordt omschreven. Immers de omgrenzing van het proces tot een bepaald onderwerp veronderstelt gemeenlijk uitgebreide juridische kennis. De taak van den rechter kan alsdan zeer worden vergemakkelijkt. Doch dit neemt niet weg, dat dit stelsel ook vele gevaren heeft, en in de practijk schadelijk kan werken. Deze bezwaren zijn reeds dikwijls, ook door mr. Wijers, breedvoerig uitgemeten en behoeven niet herhaald te worden. En in ieder geval lijkt mij voor een rechtsstelsel als dat van ons inlandsch proces, waarbij men aan het juridisch oordeel van partijen in het algemeen niet de minste waarde mag hechten, een procesvoering *zonder* autonomie van den partijwil in den bovenbedoelden zin en *zonder* den

---

[1]) Zie de belangwekkende beschouwing van Eggens op bl. 30 over getuigenverklaringen inzake het afsluiten van een koopcontract, waar hij terecht opmerkt: „Een koop kan men dan ook nooit hooren of zien, maar alleen *denken*". Vgl. ook bl. 275—276.

[2]) Hetgeen evenmin een alom en steeds geldende regel is!

eisch, dat in de dagvaarding een rechtsbetrekking wordt gesteld, aangewezen. [1])

Wij zien dus, dat al verdienen Wijers' denkbeelden over procesrechtherziening nauwgezette overweging, zij om eenig effect te sorteeren, zullen moeten worden voorafgegaan door een principieele herziening van ons bewijsrecht.

Over al zulke rechtspolitieke overwegingen bewaart Eggens het stilzwijgen. En hiermee kom ik aan een ander principieel verschil van opvatting met den schrijver.

Het wil mij namelijk voorkomen, dat de schrijver in het algemeen niet voldoende recht doet wedervaren aan het rechtspolitieke standpunt ten aanzien van de problemen, die hij behandelt. Met eenige zeer sprekende voorbeelden wil ik dit verduidelijken.

Mr. Eggens ziet zich in het geheele privaatrecht een ontwikkeling voltrekken, die hij „concretiseering" noemt (bl. 22 e.vv.). Met deze concretiseering, die zich volgens schrijver ook in het procesrecht en in het bewijsrecht afteekent, bedoelt hij dat men niet meer blijft vasthouden aan abstracte voorstellingen, „dat men zich de gedragingen van partijen niet meer denkt los van de bepaalde, en in ieder concreet geval verschillende, omstandigheden waaronder zij geschiedden, doch dat men al die omstandigheden, voor zoover van belang ..... laat gelden, laat mede spreken ter bepaling van de beteekenis van de gedragingen der partijen, en dus ter bepaling van hare rechtsbetrekking" (bl. 23). Deze concretiseering is ook van belang voor de verhouding tusschen rechter en wetgever. Immers, uitgaande van een abstracte rechtsbeschouwing, heeft de wetgever van 1838 getracht *zèlf* alles wat met bewijs samenhing, zoo nauwkeurig en zoo volledig mogelijk, te regelen en den rechter — wiens zelfstandig oordeel hij wantrouwde — in allerlei voorschriften de handen — positief en negatief — te binden, terwijl hij hem daar, waar hij hem wel vrij *moest* laten, nog allerlei vermaningen tot voorzichtigheid heeft medegegeven. Doch de rechter, die „voor zichzelf de vrijheid verlangde" om

[1]) Hiermede schijnt mij een antwoord gegeven op de vraag van prof. Hoetink op het laatste juristencongres (T. 138 bl. 1051—1052) waarom voor het inlandsch proces beginselen behoeven te gelden, afwijkend van die van ons burgerlijk proces, in het bijzonder *juist* t.a.v. de autonomie van den partijwil.

het bewijsmateriaal zelf te beoordeelen, heeft langs allerlei wegen die vrijheid gezocht en haar ook voor een groot deel gevonden door toepassing ver buiten het terrein dat de wetgever van 1838 overzag van ruim geredigeerde bepalingen als die van art. 1959 (1922 Ind.) B.W. En ook de wetgever heeft op verschillende punten banden, die te knellend waren gebleken, geslaakt; zie bv. de schrapping van art. 1933 (1896 Ind.) B.W. en, kort geleden, wat Nederland betreft, ook van art. 1934 (1897 Ind.) B.W. (bl. 35—36).

Met deze geschiedkundige interpretatie gaat men gaarne accoord, hoewel men zich toch niet mag ontveinzen, dat ons bewijsrecht nog veel, zeer veel, *abstracte* elementen bevat; o.a. overal, waar aan een bewijsmiddel *verplichte* bewijskracht wordt toegekend, zooals aan de bewijsacte, de bekentenis, den gerechtelijken eed, het verstek laten gaan [1]) — of alle bewijskracht wordt ontzegd, zooals bv. het „unus testis nullus testis" (art. 1942 Ned., 1905 Ind. B.W.), de onsplitsbare bekentenis (waarover hieronder nader).

Anders wordt het echter, waar Eggens, wederom den sprong makende van het „Seiende" naar het „Sollende", die concretiseering ook als iets begeerenswaards gaat voorstellen. Het sterkst doet hij dit op bl. 155, waar hij het volgende schrijft: „Elke belemmering aan den rechter en partijen in den weg gelegd om de waarheid te doen blijken, is echter — als eene abstracte regeling, welke in concreto telkens onjuist zal blijken te werken — uit den booze". Want hier spreekt de schrijver een rechtspolitiek oordeel uit, zonder de rechtspolitieke vragen, die aan deze kwestie verbonden zijn, in haar vollen omvang te beschouwen. De schrijver ziet slechts één zijde van het vraagstuk: voor hem gaat de rechtspolitieke beteekenis van elk proces geheel op in den afloop van dit eene proces. Van belang is voor hem blijkbaar slechts deze eene concrete rechtsstrijd, die zoo billijk en zoo rechtvaardig mogelijk moet worden opgelost. En dit kan natuurlijk slechts geschieden door den rechter zooveel als maar mogelijk vrij te laten, opdat hij met alle bijzondere

---

[1]) Zie Vigelius, l.c. bl. 14, die m.i. meer vernuftig dan juist, als bewijsmiddel met verplichte bewijskracht ook nog noemt het *niet-bewezen zijn*, aangezien als eischer zijn posita niet kan bewijzen, of gedaagde zijn ontkenning niet kan waar maken, de rechter den eisch *moet* toe-(of af-)wijzen.

omstandigheden van het concrete geval ten volle rekening kan houden.

Doch, als gezegd, dit is slechts één zijde van het vraagstuk — al is het de zijde, waaraan tegenwoordig helaas al te vaak *uitsluitend* aandacht wordt geschonken. Want elk rechtsvoorschrift heeft ook gevolgen *buiten* de concrete rechtsconflicten, welke het bestemd is op te lossen. Die gevolgen zijn van psychologischen aard en zijn dikwijls van zeer groot belang niet slechts voor het rechtsverkeer, doch voor het geheele maatschappelijke leven. [1]) En een gefundeerd rechtspolitiek oordeel is slechts mogelijk, indien men met deze psychologische werkingen ten volle rekening houdt.

Indien men nu de gevallen nagaat, waarin de rechter door den wetgever aan banden is gelegd, dan zal men bemerken dat dit steeds juist gevallen zijn, waarin een belangrijke psychologische werking buiten het proces om op het spel staat. Zoo is het voor een bevordering van een ruim maatschappelijk verkeer van groot belang, dat personen, die gezamenlijk contracteeren, in de gelegenheid zijn voor de toekomst elke mogelijkheid van strijd uit te sluiten. Dit kunnen zij bereiken door een bewijsacte op te maken — doch slechts wanneer zij nagenoeg 100% zekerheid hebben dat hetgeen in die bewijsacte wordt vastgelegd later geloof zal vinden. Deze waarborg wordt hun — psychologisch — gegeven door een wetsvoorschrift, dat den rechter *dwingt* aan hun bewijsacte *verplichte* bewijskracht toe te kennen (al brengt de mogelijkheid van tegenbewijs een element van onzekerheid). De verplichte bewijskracht der dispositieve bewijsacte heeft dus denzelfden „rechtsgrond", als de bepalingen die aan overeenkomsten bindende kracht verleenen: de stimuleerende werking van de psychologische *zekerheid*, dat de rechter het contract als bindend zal erkennen voor de wederpartij en zich daarnaar zal gedragen.

Nu kan men hiertegenover, gelijk E g g e n s doet, aanvoeren, dat deze aan den rechter opgelegde *dwang* er toe kan leiden, dat omstandigheden van het bijzondere geval, die tot een andere concrete beslissing zouden moeten leiden, buiten beschouwing moeten worden gelaten. Dit is ontegenzeggelijk juist — elke wettelijke regeling kan slechts werken op de groote

[1]) Binnenkort zal ik op dit vraagstuk elders veel uitvoeriger ingaan, dan in het bestek van deze bespreking mogelijk is.

lijn, moet details verwaarloozen — maar daarom is deze dwang nog niet „uit den booze". Dit zou slechts het geval zijn, indien het zeker was, dat de *rechter* aan dit psychologische moment evenveel aandacht zou kunnen schenken als de wetgever. Nu zal stellig ook de rechter dikwijls, bewust of onbewust, dergelijke maatschappelijke overwegingen laten meespreken. Ware men er dus zeker van, dat de rechter dit postulaat van psychologische zekerheid voor de contracteerende partijen ten volle zou doen gelden (want een constante jurisprudentie kan psychologisch dezelfde werking uitoefenen als een wettelijk voorschrift), om slechts in zeer bijzondere gevallen op den regel uitzondering te maken — dàn behoefde de wetgever hem ook geen banden op te leggen, want dan zou hij erop kunnen rekenen, dat de rechter toch in *vrijwel* 100% der gevallen het gestelde in de dispositieve bewijsacte als bewezen zou aannemen, en in de gevallen waarin de rechter dit niet deed, zou dit een voordeel zijn. Maar het is juist de vraag, of de rechter wel door zijn taak en opleiding in staat is, alle rechtspolitieke factoren even zwaar te laten wegen als de wetgever zou wenschen, of hij niet veeleer door den aard van zijn beroep licht geneigd zou zijn, zich blind te staren op het „bijzondere geval" en de psychologische werking op ruime schaal uit het oog te verliezen. [1])

Wij zien dus, dat het wantrouwen van den wetgever in den rechter — niet in den rechter als rechter, maar in den rechter als wetgever — niet zoo ongerechtvaardigd is, als Mr. E g g e n s ons wil doen gelooven. Consequent doorgevoerd zou de stelling, door hem verdedigd op bl. 155, moeten leiden tot een afschaffen van vrijwel het geheele wettenrecht!

Op dezelfde wijze moet, naar mij voorkomt, het vraagstuk van de onsplitsbaarheid der bekentenis worden bezien. Zij, die

---

[1]) V i g e l i u s heeft dan ook m.i. ongelijk, als hij op bl. 42 de bewijskracht der acte wil laten voortkomen uit de groote mate van waarschijnlijkheid, dat de inhoud dier acte „waar" is, en in het algemeen, als hij op bl. 28 schrijft, dat alle verplicht bewijs is ingevoerd in gevallen, waar de aard der bewijsmiddelen sterk tot de conclusie van „waarheid" dringt, zulks *uit overwegingen van economie,* van vereenvoudiging, om den rechter werk uit handen te nemen. Deze overweging kan m.i. nooit sterk genoeg zijn om een rechter te *dwingen,* desnoods tegen zijn overtuiging, bepaalde conclusies te aanvaarden. De wilsverklaringstheorieën, zoowel t.o.v. de bekentenis als t.o.v. de eedsopdracht, hebben dan ook dezen grond van juistheid, dat hoewel wij hier stellig van „bewijsmiddelen" moeten spreken, de *rechtsgrond* van hun *verplichte* bewijskracht veel gelijkenis vertoont met dien, waarop in het algemeen de *verbindende* kracht van wilsverklaringen berust.

deze onsplitsbaarheid meedoogenloos becritiseeren, zijn meestal diegenen, die slechts oog hebben voor het „bijzondere geval", voor den concreten rechtsstrijd, die aan een rechterlijke beslissing wordt onderworpen. Bekeken vanuit het enkele proces, waarin de onsplitsbare bekentenis is afgelegd, is de bepaling van art. 1961 (1924 Ind.) lid 1, B.W., inderdaad van een paradoxale dwaasheid. [1]) Een verbod aan den rechter om den inhoud van een verklaring, over welks juistheid allen het eens zijn, als „waar", „bewezen" te beschouwen!

Den zin van genoemde bepaling kan men echter wederom slechts begrijpen door haar rechtspolitieke beteekenis, haar psychologische werking op ruime schaal, kortom haar „rechtsgrond" aan te geven. Een poging daartoe hoef ik niet te wagen, aangezien nog kort geleden Vigelius in zijn reeds aangehaald proefschrift een krachtig pleidooi op rechtspolitieke basis voor de onsplitsbaarheid heeft gehouden (l.c. bl. 91 e.v.v.). Zonder daarmede zijn betoog in alle onderdeelen te onderschrijven moge ik dan ook volstaan met hiervoor naar zijn uiterst belangrijke en origineele beschouwingen daaromtrent te verwijzen, waarin hij, om de psychologische werking der onsplitsbaarheid te demonstreeren, naast elkaar zet de gevolgen van elk der denkbare systemen, en tot de conclusie komt, dat dit veel verguisde instituut als een soort „noodweer"-beroep voor het eerlijke aspirant-slachtoffer der wettelijke bewijslastverdeeling, een zeer nuttige werking heeft als middel tot bestrijding der chicane.

De critiek, door Eggens (bl. 260) op Vigelius' verdediging der onsplitsbaarheid uitgeoefend, hierop neerkomende, dat zij, hoewel scherpzinnig, dogmatisch niet geheel bevredigend is, lijkt mij daarom niet billijk, omdat die verdediging geen dogmatisch, maar een rechtspolitiek karakter draagt. Wel heeft Eggens m.i. beter dan Vigelius ingezien, dat de onsplitsbaarheid slechts een noodzakelijk correlaat is van de stringente verdeeling van den bewijslast, waarvan onze wet — althans naar algemeene opvatting — uitgaat (bl. 252) [2]). Zij heeft slechts

---

[1]) Vgl. laatstelijk nog Scheltema, „Nederlandsch burgerlijk bewijsrecht", dl. I (1934), bl. 182: „..... het voornaamste motief, dat zich tegen de onsplitsbaarheid verzet, te weten, dat het irrationeel en dwaas is bewijsvoering te doen plaats hebben omtrent feiten die re vera tusschen partijen vaststaan".

[2]) Vgl. evenzoo mijn betoog op het laatste Juristencongres, T. 138, bl. 1061.

zin, zoolang men aan deze strenge verdeeling, in verbinding met het wettelijke vermoeden van voortduring, blijft vasthouden. Want indien men niet aanneemt, dat op een gedaagde, die het totstandkomen van de geldleening bekent doch betaling stelt, de bewijslast van die betaling moet komen te rusten, vervalt ook het noodweer-argument van Vigelius.

Welnu, zegt Eggens, als wij de geheele — abstracte — wettelijke bewijslastverdeeling mèt het vermoeden van voortduring laten vallen (die in een concrete rechtsbeschouwing trouwens ook niet passen) en den rechter van geval tot geval den bewijslast laten verdeelen, waartoe de wet ons thans reeds vrijheid geeft (vgl. o.a. bl. 53), dan hebben wij de onsplitsbaarheid ook niet meer van noode. En om thans reeds aan de gevolgen van art. 1961 (1924 Ind.) lid 1 te ontsnappen geeft de schrijver in navolging van Suyling in overweging dit artikel zoo te interpreteeren, dat het slechts geacht wordt *verplicht* bewijs uit te sluiten, niet *vrij* bewijs (bl. 257) — bij welke opvatting het *tweede* lid van dat artikel feitelijk in de lucht komt te hangen, daar dit immers een zeer bijzonder geval noemt (bewijs van valschheid der toevoeging) waarin het den rechter *vrijstaat* te splitsen, en dus in vrij bewijs het „erkende" bewezen te verklaren (vgl. bl. 259—260).

Doch wederom heeft schrijver m.i. hierbij de rechtspolitieke zijde, thans van het vraagstuk der bewijslastverdeeling, niet voldoende recht doen wedervaren. Want ook bij dit vraagstuk zijn wederom maatschappelijke belangen langs psychologischen weg verbonden. Immers de regel van art. 1902 (1865 Ind.) B.W., dat iemand, die een *recht*(sfeit) stelt, dit ook moet bewijzen, bij gebreke waarvan de rechter *verplicht* is, het recht *niet* bewezen te verklaren (de z.g. „verplichte bewijskracht" van het niet-bewezen zijn volgens Vigelius), heeft de belangrijke psychologische werking, dat de prikkel, om zich bewijsmateriaal te verschaffen, in het algemeen wordt gelegd op dengeen, die het best daartoe in staat is, hetgeen een goede arbeidsverdeeling met zich mee brengt. Daarnaast kan men als ongewenscht psychologisch gevolg van een andere bewijsrisicoregeling, waarbij dus *niet* van te voren vaststaat dat hij die stelt moet bewijzen, aanvoeren, dat wellicht vorderingen zonder eenigen grond zouden worden ingesteld (of verweren zonder grond zouden worden gevoerd) uitsluitend in de hoop, dat het bewijsrisico op

de tegenpartij zal worden gelegd. Wederom mag men zich afvragen, of de rechter wel in staat is, alle maatschappelijke gevolgen van een bewijsrisico-verdeeling op de zelfde wijze te zien, als de wetgever dit in grooter verband zou kunnen. Ik wijs slechts op de moeilijkheden, zonder de pretentie te hebben, ze te willen oplossen.

Hiermede mogê ik volstaan. Ik hoop met het vorenstaande de overtuiging te doen veld winnen, dat alvorens aan het suggestieve pleidooi van den schrijver vóór concretiseering van het procesrecht gehoor wordt gegeven, een nadere bezinning niet overbodig is.

Deze bespreking heeft, tegen mijn oorspronkelijke bedoeling in, in sterke mate een polemisch karakter verkregen. Ik wil hier echter gaarne aan toevoegen, dat er in het voorliggend boek naast het weinige, dat ik gemeend heb te moeten bestrijden, ontzaglijk veel staat, waardoor men zich zonder voorbehoud laat winnen en overtuigen. En daarnaast wil ik grif erkennen, dat ook de stellingen, die ik bij deze bestrijding tegenover die van den schrijver meende te moeten stellen, voor een belangrijk deel door de gedachten van den schrijver zelf geïnspireerd zijn, en dus in zekeren zin vrucht zijn van des schrijvers denkbeelden.

10 Maart 1935. W. F. WERTHEIM.

PERPUSTAKAAN NASIONAL RI.
Tanggal : 27 Mei 2013
No. Induk : 60443/PN-MUSEUM/13
BIB - ID :
Beli / Hadiah : Ex. Museum