



lets over den aard der gerechtelijke bekentenis

<https://hdl.handle.net/1874/241905>

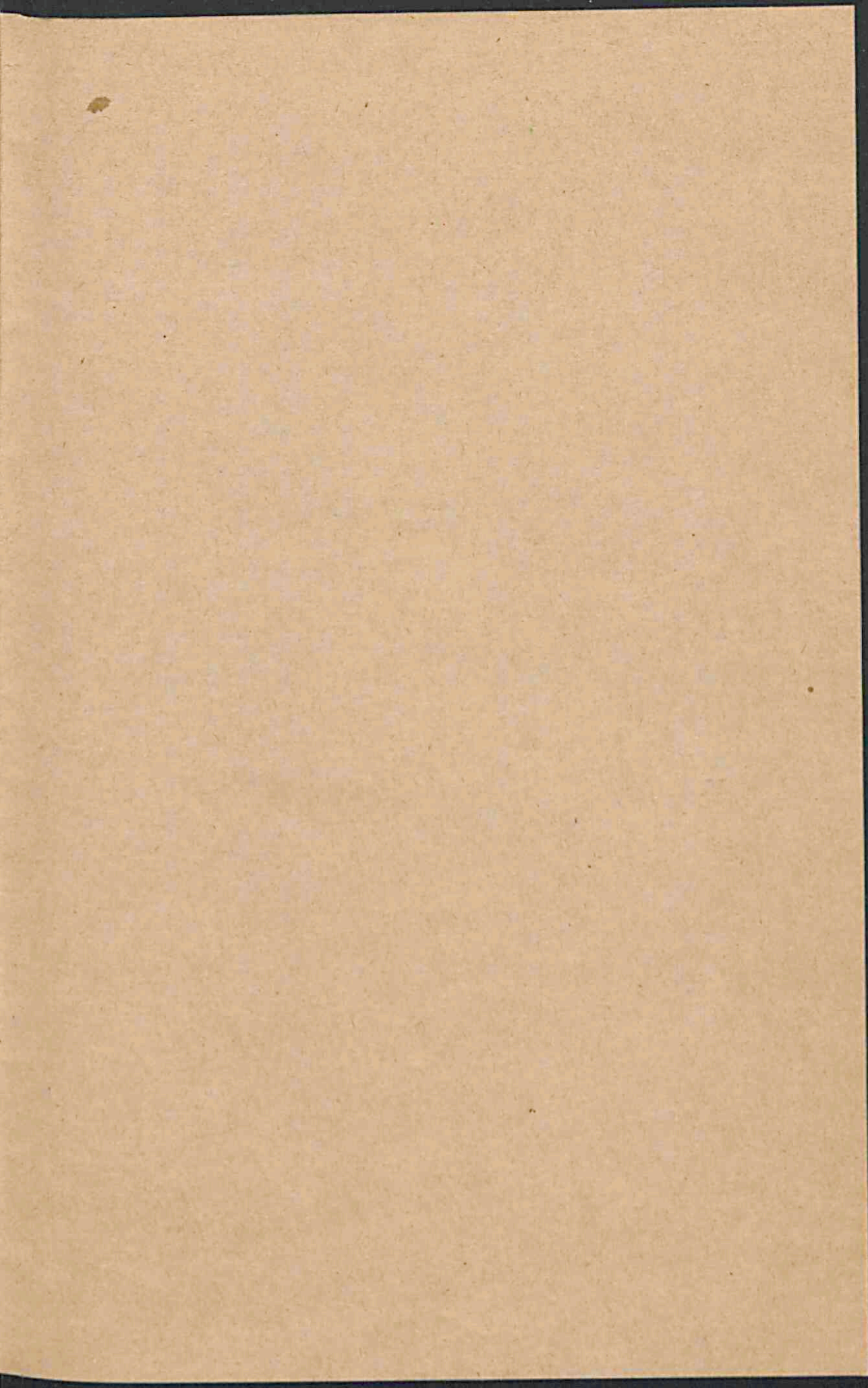
IETS OVER DEN AARD
DER
GERECHTELIJKE BEKENTENIS.

Proefschrift

VAN

SS.
recht

2



IETS OVER DEN AARD

DER

GERECHTELIJKE BEKENTENIS.

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY

ASTOR LENOX TILDEN FOUNDATION

500 N. 5TH ST. NEW YORK, N. Y.

Diss. 1141 1882.

IETS OVER DEN AARD
DER
GERECHTELIJKE BEKENTENIS.

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD

VAN

DOCTOR IN DE RECHTSWETENSCHAP,
AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT,

NA MACHTIGING VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS

DR. J. J. P. VALETON JR.,

HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER GODGELEERDHEID,

VOLGENS BESLUIT VAN DEN SENAAT DER UNIVERSITEIT,

EN

OP VOORDRACHT DER RECHTSGELEERDE FACULTEIT;

TE VERDEDIGEN

op DINSDAG, den 19den DECEMBER 1882, des namiddags ten 3 ure,

DOOR

JACOB JAN LODEWIJK d'HANGEST d'YVOY,

GEBOREN TE ARNHEM.



UTRECHT,
J. DE KRUYFF,
1882.

IN 'T OVER DEN AARD

GERECHTELIJKE BEKENNIS

PROFESSOR

DE RECHTSWETENSCHAP

DOCTOR IN DE RECHTSWETENSCHAP

AN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT

DE RECHTSWETENSCHAP

D. J. P. VALLETON

DE RECHTSWETENSCHAP

DE RECHTSWETENSCHAP

DE RECHTSWETENSCHAP

DE RECHTSWETENSCHAP

DE RECHTSWETENSCHAP

JACOB VAN LODERWIJK AANKOMST 1790

DE RECHTSWETENSCHAP

DE RECHTSWETENSCHAP

DE RECHTSWETENSCHAP

Aan mijne Ouders.

INNOV

THE INNOVATION

OF THE INNOVATION

18

18

INHOUD.

I. Algemeene beschouwingen.	1
II. Historisch overzicht der gerechtelijke bekentenis	11
III. De verschillende theoriën der gerechtelijke be- kentenis	32
IV. De gerechtelijke bekentenis volgens onze wet.	72

Stellingen	85
----------------------	----

INHALT

- I. Allgemeine Beschreibung
- II. Historische Übersicht der geographischen Lage
- III. Die verschiedenen Theile des Reiches
- IV. Die geographische Lage des Reiches

Stuttgart, 1811

Algemeene beschouwingen.

Eene gerechtelijke bekentenis is de door eene partij in het geding afgelegde verklaring, waarbij zij, of het recht der wederpartij erkent, of de feiten bekent, waarop de tegenpartij haren eisch of hare verdediging grondt; dit meen ik als volledige definitie, die tevens niets te veel omvat te kunnen vooropstellen.

Zij wijkt in zoover af van die door Pothier ¹⁾ gegeven „La confession judiciaire est l'aveu qu'une des parties fait devant le juge d'un fait sur lequel elle est interrogée, et dont le juge donne acte”, 1°. dat zij onderscheid maakt tusschen het erkennen van een recht en het bekennen van een feit, 2°. dat

¹⁾ Traité des obligations n°. 831.

het moet zijn een feit of recht, waarop de tegenpartij haren eisch of verdediging grondt.

Tot beide aanvullingen meen ik gerechtigd te zijn, want 1° tusschen de erkenning van een recht en het bekennen van een feit ligt een hemelsbreed verschil, zooals wij later bij de verdere ontwikkeling hopen aan te toonen; 2°. de erkenning van een recht, of de bekentenis van een feit, waarop de tegenpartij zich niet beroept tot staving van haren eisch, of van hare verdediging, heeft met de gerechtelijke bekentenis niets te maken.

Erger dan Pothier in zijne definitie maakt het de Code Civil in art. 1356 al. 1 „L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie, ou son fondé de pouvoir special”, want volgens deze definitie zoude zelfs de ontkentenis van het recht of van de feiten, waarop de tegenpartij zich beroept een aveu moeten heeten.

Zeer nabij onze definitie komt die van Savigny ¹⁾ „Bekentnisz ist nicht so wie jedes wahre Beweismittel ein Motiv für den Richter so oder anders zu sprechen, sondern eine Feststellung der Gegenständen, worüber er sich des eigenen Urtheils zu enthalten hat

¹⁾ Savigny System VII. 41 bladz. 16.

De Pothier'sche

weil sie nicht zu dem unten den Parteien streitigen Gebiet von Behauptungen gehören."

Brackenhöfts ¹⁾ definitie, "Das Geständnisz besteht in der uebereinstimmender Erklärung beider par-teien" is wel in zooverre beter als de definitie van den Code, dat daaronder niet valt de ontkenning door een der partijen gedaan, doch ook zij lijdt aan het gebrek, dat iedere overeenstemmende verklaring van partijen, al was het maar om uitstel te vragen b. v. eene gerechtelijke bekentenis zijn zoude.

Aubry en Rau ²⁾ (Zachariae) geven de volgende definitie „L'aveu est la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai et comme devant être tenu pour avéré a son égard, un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques”.

Hiertegen geldt dunkt mij deze aanmerking, dat het niet noodzakelijk is, dat het zij „un fait de nature à produire contre elle, d. i. la partie qui fait l'aveu, des conséquences juridiques”, want dat zelfs al zoude de bekentenis of de erkenning ook tegen haar hoegenaamd geen gevolg hebben, b. v. de

¹⁾ Te vinden in het Archiv für die civilistische Praxis, dl. 22, blad. 126, Ueber das qualificirte Geständnisz.

²⁾ Cours de Droit civil Français, § 751, de la Preuve édit. 1858, tom. VI, pag. 835.

erkenning van den eigendom des eischers bij een actie tot revindicatie tegen een niet houder, het daarom niet minder is en blijft eene bekentenis.

Voor het overige stemmen met de definitie van Aubry en Rau die van Marcadé ¹⁾ „L'aveu doit se définir la déclaration par laquelle une personne reconnaît positivement un fait comme devant être tenu pour avéré vis à vis d'elle”, en die van Bonnier ²⁾ „Pour qu'il y ait aveu il faut qu'une partie reconnaisse comme vrai et comme devant être tenu pour avéré à son égard un fait, allégué par la partie adverse” vrij wel overeen.

Tegen alle drie is mijns inziens het grootste bezwaar, het „devant être tenu pour avéré”; dit is eene uitbreiding voor de vereischten der bekentenis, die op hoegenaamd niets steunt.

De bekentenis van de erkennende partij bepaalt zich tot het bekennen of erkennen, maar laat zich niet met de gevolgen daarvan niet in; die zijn door de wet geregeld, en de rechter zal dezelve toepassen.

Het zoude de bekennende partij al zeer weinig baten, ook al verklaarde zij na hare bekentenis, „que les faits ne devaient pas être tenus pour avérés

¹⁾ Ad art. 1356, al. 2 c. c. Cours de Droit Civil.

²⁾ Traité des Preuves n°. 347. Édit. 1862, bladz. 444.

à son égard. Dit beweerd vereischte moge dengenen te pas komen, die tot systeem hebben dat de bekentenis is „afstand doen van het recht om van de tegenpartij een bewijs te vorderen”, met het wezen der bekentenis heeft het niets te maken.

Nader met onze definitie van bekentenis komt overeen die van Voet ¹⁾ „Confessio est qualiscunque contra se pronuntiatio, seu judicatio”, die van Mr. van Assen ²⁾ „Bekentenis is erkenning of bevestiging dat de zaak of daad, waarop de tegenpartij hare aanspraak of beweeringen grondt waar is”; die van Weber ³⁾. „Das Geständnisz ist eine aussage, wodurch jemand etwas das gegen ihn gelten soll als wahr anerkannt hat”, en eindelijk die van art. 3371 ontwerp 1820. „Erkenten is eene vrije en duidelijke verklaring van de waarheid van zoodanige zaak of daad, waarop de tegenpartij een aanspraak of bewering grondt”, welke laatste, wanneer men de woorden „vrij en duidelijk” weglaat, die zooals Mr. Kist te recht aanmerkt er niet in te huis behooren, en in de tegenstelling van zaak of daad,

¹⁾ Digestorum de confessis.

²⁾ Leiddraad bladzijde 531, § 486.

³⁾ Beweisführung im civilprocesz, bldz. 41. Ueber das geständnisz, und dessen rechtliche wirkung.

een onderscheid ziet tusschen het erkennen van een recht en het bekennen van een feit, geheel met de onze overeenstemt; behalve het vereischte dat de gerechtelijke bekentenis moet afgelegd zijn in hetzelfde geding, een vereischte dat bij geen der schrijvers gevonden wordt, al geven de meesten toe dat wanneer dit het geval niet is, er ook geen sprake van gerechtelijke bekentenis zijn kan.

Wat wij nog tegen deze verschillende definities hebben in het midden te brengen, zal het best blijken, wanneer wij onze definitie nader zullen hebben toegelicht.

Bekentenis veronderstelt altijd iets dat voorafgaat, waarop zij terug slaat; hetzij dit het recht is, of de feiten, waarop de tegen partij zich beroept, en recht of feiten kunnen dus ook alleen het object der bekentenis in rechten zijn; het eerste noemen de Duitschers „anerkennung,” het tweede „Geständnisz.”

Het eerste sluit in zich het toegeven der vordering des eischers of der verdediging des gedaagden, het tweede daarentegen bepaalt zich tot het bekennen van feiten, zonder dat men daarom nog de gevolgtrekkingen behoeft toe te geven, die door de tegen partij daaruit worden afgeleid.

Welke de gevolgen zijn van dat onderscheid zullen wij nader zien. Dat de gerechtelijke bekentenis, met

de buitengerechtelijke houden wij ons hier niet bezig, alleen hare kracht heeft in hetzelfde geding waarin zij is afgelegd, kan noch voor de Romeinsche confessio in jure, noch voor de confessio in judicio betwist worden; en wat het Fransche recht betreft, blijkt dit duidelijk uit de opmerking, dat zoo dit niet het geval was, ook een dergelijke bekentenis ten voordeele van derden zoude moeten gelden als gerechtelijk, wat toch zeker niemand zal beweren. Daarenboven is voor ons recht, voor de eenige gerechtelijke bekentenis die daar uitdrukkelijk behandeld wordt, nl: die bij verhoor op feiten en vraagpunten, speciaal voorgeschreven dat de daar gegeven antwoorden in een ander proces niet als gerechtelijke bekentenis kunnen gelden ¹⁾.

Wat het laatste door ons in onze definitie gestelde vereischte betreft, nl.: dat de bekentenis alleen betrekking kan hebben op dat recht, of op die feiten, waarop een der partijen haren eisch baseert of hare verdediging grondt; dit volgt reeds uit datgene, wat wij zooeven hier boven gezegd hebben, dat iedere bekentenis noodzakelijk moet

¹⁾ Art. 246, B. R. V. De antwoorden, door de partij op de vraagpunten gegeven, zullen slechts in het aanhangig geding mogen dienen, en in geen geval als eene erkenning mogen worden beschouwd ten opzichte van andere zaken.

terug slaan op iets voorafgaands, en dat dit voorafgaande moeilijk iets anders kan zijn dan datgene, waarop de eisch of de verdediging der tegenpartij berust, is duidelijk.

Het woord bekentenis „aveu” zoo op te vatten, dat zij niet behoeft terug te slaan op eene vorige verklaring, is volgens ons beweren dus onjuist; en een woord te gebruiken in eene onjuiste beteekenis, heeft reeds menig wetsverklaarder, die zich niet al te gemakkelijk van de zaak wilde afmaken, vele nuttelooze moeite gekost.

Zonder twijfel kent men de scherpe woorden, door Prof. Opzoomer geschreven, naar aanleiding van ons art. 1953 n°. 4 B. W., slecht vertaald uit art. 1350 n°. 4 C. C. Prof. Opzoomer toch maakt de aanmerking dat onze wetgever die in art. 1903 B. W. onder de bewijsmiddelen opneemt 4° vermoedens, 5° bekentenis, 6° de eed, later in art. 1953 B. W. diezelfde zoogenaamde bewijsmiddelen rangschikt onder ééne rubriek „vermoedens,” om daarna de bekentenis en de eed nog eens in eene speciale titel te behandelen. Verontwaardigd breekt hij den staf over zooveel in consequentie; had hij echter in art. 1953 n°. 4 „verklaring” gelezen in plaats van bekentenis, iets wat voor hem, die toch ook in art. 50 n°. 1 B. W. waar staat „getuigen”, wil hebben gelezen „aangevers,

geen onoverkomelijk bezwaar wezen kan, de moeilijkheid zoude zijn opgelost; minstens met evenveel recht had hij daartoe mogen besluiten als tot zijne andere emendatie, want het staat toch vast, dat bij ons de verklaring van de eene partij. b. v. de verklaring van den meester bij huur van dienstboden (des noods met eede gesterkt), wat het loon betreft en het daarop afbetaalde, geldt als een vermoeden; eveneens de verklaring van den verhuurder over den huurprijs van huizen en landerijen, en nergens is dit anders onder de leer van het bewijs te brengen dan onder art. 1953 n^o. 4 B. W.

Daarenboven luidt de Fransche text, waarvan het niet blijkt dat men bij ons heeft willen afwijken „*La Force* que la loi attache á l'aveu de la partie, ou á son serment;” hoe gemakkelijk ware het hem met zijne logische betoogtrant niet geweest aan te toonen, dat „force” altijd beduidt iets actifs, wat dus eene werking heeft naar buiten, en hier wordt dit vermogen toegescheven aan „l'aveu de la partie ou á son serment, dus van de partij die haar aflegt tegen de partie adverse; en wat kan dit anders zijn dan de kracht van bewijs, die de verklaringen van de eene partij tegenover de tegenpartij hebben, zoo als b. v. bij meesters en verhuurders in bovengenoemde gevallen.

Dit in verband beschouwd met onze vorige argumenten, laat dunkt mij geen redelijken twijfel toe, of „aveu” beteekent hier verklaring.

Dat de gewone beteekenis van „aveu” is iets tegengestaan die het aveu aflegt, dunkt mij doet er al zeer weinig toe af, want aveu beteekent toch ook wel eens toestemmende verklaring, b. v. „je l'ai fait de l'aveu de mon Père,” ik heb het gedaan met toestemming van mijnen vader enz. Ik haalde dit alleen aan, om aan te toonen hoe soms een enkel woord, in een vreemde beteekenis gebruikt, aanleiding kan geven tot tal van moeielijkheden, en meen hiermede volkomen mijn lang stilstaan bij de definitie van bekentenis te hebben gerechtvaardigd.

Wij behandelen nu:

II.

Historisch overzicht der gerechtelijke bekentenis.

III.

De verschillende theorien over de gerechtelijke bekentenis.

III.

De gerechtelijke bekentenis volgens onze wet.

II.

HISTORISCH OVERZICHT DER GERECHTELIJKE BEKENTENIS.

A. Romeinsch recht.

Bij de Romeinen was de gerechtelijke bekentenis in twee soorten onderscheiden, te weten de confessio in jure, en de confessio in judicio, naar gelang van het processtadium, waarin zij werd afgelegd. Hier aan, zooals wij later hopen aan te toonen, waren verschillende gevolgen verbonden.

Men denke wel om van deze beide soorten te onderscheiden de zoogenaamde confessio op interrogationes in jure gedaan; daar deze in den zin die wij aan confessio gaven, als moettende noodwendig terugslaan op iets, wat door de tegenpartij is vooropgesteld onmogelijk kan passen, want die confessio (nl. op de interrogationes in jure) diende alleen om van de tegenpartij als het ware ophelderingen te verkrij-

gen voor een te voeren proces, b. v. of de geïnterrogeerde is erfgenaam van den schuldenaar, en voor het hoeveelste gedeelte; of bij de *actiones noxales* de aangesprokene was eigenaar van den slaaf of van het dier dat de schade had toegebracht etc.

Wij zullen dus als in ons bestek niet te pas komend deze *interrogationes in jure* stilzwijgend voorbijgaan, en ons bepalen bij de bespreking van de *confessio in jure* gedurende het proces door middel van *legis actiones*, gedurende het formulierproces en gedurende het Justinianeisch proces, ieder afzonderlijk; en van de *confessio in judicio* gedurende den tijd der drie voornoemde procesvormen in eens, omdat hierin gedurende die drie perioden geen verschil valt op te merken.

Als oudste procesvorm vinden wij in het Romeinse recht de *legisactiones* 1°. *sacramento*, 2°. *per judicis postulationem* 3°. *per conductionem*, 4°. *per manus injectionem*, 5°. *per pignorisceptionem*.

Het waren alle symbolische handelingen, gepaard aan sacramenteele woorden, zooals men dat bij de meeste volken in de eerste ontwikkelingsperiode van het recht aantreft.

Bethman--Hollweg heeft op treffend duidelijke

1) R. Civilprocesz seite 100.

wijze het karakter der legisactiones uiteengezet; hij toont aan, dat het „lege agere” eene rechtshandeling voor den magistraat was, volstrekt niet altijd eene rechtsstrijd. Alleen de handelingen van den actor had men voor den magistraat noodig, deze laatste had alleen toe te zien of deze rechtshandelingen van den actor in den voorgeschreven vorm geschiedden; dit te constateeren, en aan die rechtshandelingen in zekeren zin solemniteit bij te zetten, was zijne taak.

De actor was hij, die lege agendo zijn recht geldend maakte; dat bij de legisactiones een andere partij niet noodig is, blijkt duidelijk uit de oude pignoris capio, waarbij het zelfs geheel en al onnoodig is aan een rechtsstrijd te denken, terwijl ook bij de legesactio per manus iniectionem judicati, wel een vindex kan, doch niet behoeft op te treden, zonder dat door dit niet optreden van een vindex deze rechtshandelingen haar karakter van legisactio verliezen. ¹⁾

¹⁾ Demelius, bladzijde 40. Wohl aber entsteht die Frage, ob das Handeln beider Parteien beim *lege agere* auf gleicher Linie steht, als gleich wesentlich erscheint — oder ob nicht vielmehr der wesentliche Kern der *legis actio*, das, was ihr nicht fehlen, aber auch sie herzustellen allein genügen kann, das Handeln des Einen (*actor*) ist, der sein Recht *lege agendo* durchsetzen will.

Eerst nadat de tegenpartij van hare zijde, in den voorgeschreven vorm met sacramenteele woorden, ins-

Für letzteres wird man sich ohne Weiteres dann entscheiden müssen, falls man auch Rechtshandlungen, bei denen es zur gerichtlichen Verhandlung gar nicht zu kommen braucht, den Character der *legis actio* zuerkennt, so der alten *pignoris capio*, ferner der *operis novi nuntiatio* der Legisactionenzeit und ebenso der *actio damni infecti* derselben Periode. Aber auch, wer nicht anerkennen mag, dass „auch für das römische Recht der Process, das processualische Verfahren nicht mit dem Verfahren mit und vor dem Gericht zusammenfällt“ — würde davon überzeugt werden können, dass das *lege agere* vor dem Magistrate seinem wesentlichen Kerne nach ein Handeln des *actor* ist, zu welchem ein Handeln der andern Partei hinzutreten kann, aber damit *legis actio* existiere, nicht hinzutreten muss. Es braucht zu diesem Behufe blos erinnert zu werden an den Vorgang bei der in *iure cessio*, bei welcher sich Cedent vollständig passiv verhalten kann. Es lässt sich doch nicht entgegnen, dass auch Stillschweigen eine Handlung sei. *Lege agere* durch Stillschweigen wird schwerlich Jemand statuieren. So ist ferner bei der *legis actio per manus iniectionem indicati*, mag ein *vindex* auftreten oder nicht, jedenfalls *legis actio* vorhanden. Daraus geht nun auch hervor, dass der älteste Civilprocess, die *legis actio* keineswegs identisch ist mit Rechtstreit. Treffend ist mancherseits hervorgehoben, dass der *actor* wie im Legisactionen-, so auch im klassischen Process nicht klagt, d. h. sich über geschehenes Unrecht beschwert und um Abhilfe desselben bittet. Darin liegt aber auch schon, richtig verstanden, dass er nicht um gerichtliches Urtheil bittet. Er bittet überhaupt um gar Nichts, sondern handelt, bethätigt sein Recht oder versucht diese Bethätigung wenigstens. Er erstrebt dem Gegner gegenüber die Durchsetzung seines Rechtes (*intentio*). Die Einleitung des gerichtlichen Verfahrens (*in ius vocatio*) ist allerdings keine Selbsthilfe. Aber sie

gelijks „lege egit,” ontstaat rechtsstrijd, en kan van eene confessio in iudicio sprake zijn; terwijl met confessio in iure gelijk gesteld zal moeten worden,

ist auch keineswegs wesentlich Einleitung eines Rechtsstreites, obwohl sie zu solchem führen kann und in den meisten Fällen führen wird. Sie ist vielmehr Geltendmachung der jeden Bürger nach öffentlichem Rechte treffenden Verpflichtung zur Stellung vor Gericht.

Auf der unseres Erachtens nicht statthaften Identificierung von Process und Rechtsstreit beruht die Behauptung Ihering's. „dass man von einer *legis actio per manus iniunctionem* im Sinne einer Processart nur dann reden konnte, wenn der Beklagte mit oder ohne *vindex* die Rechtsbeständigkeit der *manus iniectio* bestritt; nur hier war der Präarthätig, nur hier kam es zu einem Rechtsstreite und zu einer Entscheidung. Im entgegengesetzten Falle hingegen geschah Nichts von dem, die *manus iniectio* characterisierte sich hier lediglich als ein solenner Act der Selbsthilfe.”

Allein Selbsthilfe enthält die Handanlegung schon deshalb nicht, weil sie ein *agere apud magistratum* ist, Durchsetzung eines Forderungsrechtes unter Aufsicht und Beihilfe des Magistrats. Aus mehr als Einem Grunde könnte letzterer seine Mitwirkung versagen. Man braucht nur an Unfähigkeit des Injicienten zur *legis actio* zu denken oder an mangelhafte Formulierung der solennen Worte. Ob ferner ein *vindex* sich fand, ob der als solcher Auftretende tauglich war, das ist Gegenstand magistratlicher Constatierung beziehungsweise Cognition gewesen. Ist bei der *legis actio per manus iniunctionem* ein *addicere* vorgekommen, so hat es zwar nicht die Bedeutung der Constituierung eines Rechtes an der Person des Schuldners gehabt, wohl aber diejenige der Constatierung, dass alle gesetzlichen Vorbedingungen des *domum duci ab actore et vinciri* vorlagen. Ohne solche magistratliche Constatierung wäre das *ducere* als ungesetzlicher Act erschienen.

het niet in den voorgeschreven vorm bestrijden van de legisactio van den actor.

Wat de legis actio per pignoris capionem betreft, daarbij was aan geen rechtsstrijd, en dus ook aan geen confessio in jure of in judicio te denken.

Bij de legis actio per iudicis postulationem, hetzij men deze beschouwt als alleen te pas komende bij zeer speciale gevallen, hetzij men aanneemt dat zij ook in andere gevallen te pas kan komen, men zal altijd moeten toegeven, dat daar geen sprake kan zijn van eene confessio in jure, doch alleen van eene confessio in judicio ¹⁾.

¹⁾ Demelius, bladz. 50. Zunächst ist unsere Beobachtung darauf zu richten, welche processualische Gestaltung das Widerspruchsrecht bei den einzelnen *modi lege agendi* annimmt. Damit hängt dann auf's Engste zusammen die Erkenntniss, dass es die in der *confessio* liegende Beseitigung des Widerspruchsrechtes ist, auf welcher die Executivwirkung jener beruht. Dass in der folgenden Erörterung, wie schon in der bisherigen, keine Rücksicht genommen wird auf die *legis actio per iudicis arbitriue postulationem*, dafür liegt der Grund nahe genug. Mag nun das Anwendungsgebiet dieses *modus lege agendi* ein ziemlich enges, nur auf Sachen, bei denen es sich um specielle Sachkenntniss handelte, beschränktes gewesen sein, was uns noch immer als das Wahrscheinlichere erscheint, oder mögen, wie neuerlich namentlich Karlowa und Huschke behaupten, sehr verschiedenartige Rechts-sachen in jener Legisactionenform ausgetragen worden sein, — so dürfen wir doch Eines für sicher halten. Sofortige Initiative zur Durchsetzung eines seinem Inhalte nach bestimmten Rechtsanspruches. wie bei der *legis actio per manus iniunctionem, sacra-*

Wat de legis actio per manus injectionem aangaat, evenals voor de beide anderen, de sacramento en de per conditionem legis actio, hier kwamen beide wel voor.

Hetzij men bij de eerste aanneemt dat deze het gevolg was van een voorafgaand vonnis, of dat het samenhang met het recht van nexus tegenover den schuldenaar, iets, wat met het oog op den toen beperkten omvang van den Romeinschen Staat, en op de openbaarheid, waarmede de schuld werd aangegaan en te niet gedaan niet onaannemelijk is; steeds staat het vast, dat niet degeen op wien de manus injectio had plaats gehad, doch alleen de vindex, d. i. de tusschenkomende persoon, door wiens tusschenkomst alléén de schuldenaar bevrijd wordt, en die bij niet betaling of niet voldoende verdediging de plaats van den schuldenaar inneemt, alléén de man was, die het proces in de eerste tijden voerde; terwijl eerst later, bij het manus depellere de schuldenaar zelf handelend kan optreden ¹⁾.

mento, per conditionem kann bei diesem Verfahren vor dem Magistrate nicht stattgefunden haben, also auch nicht darauf folgender Widerspruch, beziehungsweise *confessio*, sondern nur Bezeichnung der Sache und Erbittung des Richters. Es kann sich also bei diesem *modus lege agendi* nur um *confessio in iudicio* handeln.

¹⁾ Demelius, *confessio im legisactionis processe*, § 2, Widerspruchsrecht bei der legis actio per manus injectionem.

Had toen de *manus injectio*, en het *manus depellere* in den behoorlijken vorm plaats gehad, dan onstond er daarna rechtsstrijd, en kon er eene *confessio in iudicio* plaats hebben; het niet in acht nemen van den voorgeschreven vorm met het *manus depellere* stond met *confiteri in iure* gelijk, en de „*confessus pro iudicato habetur*”. Hetzelfde had plaats bij de *legis actio sacramento*, zoo wel bij de *in rem* als in *personam actiones* ¹⁾.

Uit al het vorige volgt, dat bij het *legis actio* nen proces, waar de actie is eene van den actor uitgaande geldend making van zijn recht, welke alleen door eene ontkenning in den voorgeschreven vorm van zijne kracht kan worden beroofd, en in zijn loop gestuit, dus alleen in dat geval eene rechterlijke beslissing noodig is; dat dus, als die ontkenning in dien wettelijken vorm geen plaats gehad heeft, en dit door den magistraat is geconstateerd, het recht van den eischer zonder rechtsstrijd, en zonder vonnis tot zijne verwezentlijking komt „*confessus pro iudicato habetur*.”

„*Confiteri*” beteekent dus hier erkennen, niet bestrijden, niet in den behoorlijken vorm bestrijden.

¹⁾ Demelius, *confessio im legis actionen processe*, § 4. Widerspruchsrecht bei der *legis actio sacramento in rem*. Wegfall durch *confessio*.

Dit nu wat betreft de *confessio in jure* onder het proces door middel van *legisactiones*; nu iets over de *confessio in jure* onder het formulierproces.

Het *legis actionen*proces begon altijd met eene symbolische handeling, welke een recht op de zaak of op den persoon voorstelde, eveneens moest uit eene symbolische handeling blijken, dat de tegenpartij strijd wilde voeren, daarna ontstond eerst rechtsstrijd.

In het formulierproces nu daarentegen stelt de eischer onmiddellijk eene vordering in (*postulatio actionis*), met het oog op den aanstaanden rechtsstrijd, en verlangt van den magistraat eene formule; deze *postulatio* nu is nog geene instructie voor den rechter, maar eene uitdrukking van hetgeen de eischer door den gedaagde als recht wil erkend zien; en door het „*edere actionem*” van den praetor, wordt de gedaagde nu in de gelegenheid gesteld om te oordeelen „*utrum cedere an contendere debeat*”; besluit hij tot het eerste en stemt hij in de vordering toe, dan geldt wederom de regel „*confessus pro judicato habetur*”, en van een rechtsstrijd is dan geen sprake, en wat de gevolgen betreft, staat hiermede gelijk het „*non respondere*” op de *interrogatio* van den magistraat „*an contendat*”, of het „*non uti oportet defendi*”.

Alleen was hier nog, wanneer het gold de terug-gave van een zekere zaak, evenals in het oude proces door middel van legis actiones soms noodig een „arbitrium litis aestimandae”, terwijl bij de formulen „quidquid paret dare, facere oportere ex fide bona”, en „quanta ea res-sit” de tusschenkomst van den judex noodzakelijk blijft, en eene confessio in jure alléén aan het proces geen einde kan maken.

De rechter zal alzoo bij een aantal vorderingen, b.v. bij de actio pro socio, al is deze en de daaruit voortvloeiende rekenplichtigheid erkend, vele zaken moeten beoordeelen, die in de formulen niet afzonderlijk zijn opgenomen ¹⁾.

Confessio in jure volgens Justinianeisch recht.

Nadat de ordo judiciorum privatorum vervallen was, en de geheele rechtspraak in handen van den magistraat gekomen was, ging volgens de meesten ook het onderscheid tusschen confessio in jure en confessio in judicio te niet; en bleef volgens sommigen alleen eene confessio in jure, volgens anderen alleen eene confessio in judicio over, evenwel met dien verstande, dat steeds eene rechterlijke beslissing noodig zoude zijn, en het confessus pro judicato

¹⁾ Demelius, confessio in jure im formular processe. § 8, bldz. 120 in fine. ♦

habetur'' voortaan alléén zoude beteekenen, dat de rechter formeel gebonden zoude zijn, zijne uitspraak naar de afgelegde bekentenis in te richten. Wat mij betreft, kan ik niet toegeven, dat door het in een persoon vereenigd zijn van functien, die vroeger de magistraat en de judex deelden, ook tevens zoude zijn opgeheven het verschil dat bestond tusschen datgene wat het *judicium* voor den magistraat moest voorbereiden zoolang er nog questie bestond of er rechtsstrijd zoude ontstaan, ja dan neen; en den rechtsstrijd zelven ¹⁾.

Want geheel iets anders is het constateren van het feit, of de gedaagde al of niet in een rechtsstrijd wil treden, of den strijd door eené gerechtelijke uitspraak beslissen.

In het eerste geval zijn het de partijen, wier handelingen den doorslag geven, in het tweede geval is het de rechter, wiens taak het is „*judicare cognoscere*”, die zonder aan de verklaringen van partijen gebonden te zijn, datgene wat hij voor recht houdt als recht moet uitspreken.

Dit onderscheid nu zoo in eens weg te cijferen, lag niet in den geest der aan oude vormen en begrippen vasthoudende Romeinen, en er is zelfs van

¹⁾ Demelius. Die *confessio in jure* im Justinianischen Prozesse. § 16, Fortdauer, bldz. 207.

de opheffing van dit verschil in het Romeinsche recht geen spoor te vinden ¹⁾).

Wanneer wij dus resumeren, kunnen wij constateren dat de *confessio in jure*, verschillend naar de drie procesvormen; bij de *legis actiones* was het niet behoorlijk *lege agere*, bij de formulen het *confiteri*, *non respondere*, het *non uti oportat defendi*, en in het latere proces het uitdrukkelijke *confiteri* (verklaren dat men geen rechtsstrijd wil, of wat daarmede gelijk staat het niet verschijnen), toch steeds deze werking had, dat de *confessus pro judicato habebatur*", en dat de gerechtelijke uitspraak niet werd beperkt, maar geheel uitgesloten.

Confessio in judicio gedurende de drie perioden.

Was nu eens de rechtsstrijd aangevangen, en de partijen in *judicio* verschenen, dan was de *judex* de persoon die *cognoscere*, *judicare* debebat; en hoewel bij de Romeinen de *judex* aan geen bepaalde bewijsmiddelen gebonden was, stond het hem toch niet vrij, de door eene partij vooropgestelde, door de andere partij erkende feiten in zijn vonnis als niet vaststaand te verwerpen.

¹⁾ Lex 7 de *confessis* Demelius. § 209.

Hieruit volgt dunkt mij duidelijk, dat de confessio niet was een bewijsmiddel. De grond, waarom de rechter er aan gebonden was, was eene geheel andere, nl. deze dat de rechter, wat de feiten aangaat, zoowel tegenover die door den eischer voor zijne vordering, als tegenover die door den gedaagde tot zijne verdediging aangevoerd, wanneer zij door de tegenpartij waren erkend, geheel passief staat; en hij dus in dit geval alleen op de door partijen aangevoerde feiten de wet heeft toe te passen.

Indien nu de partijen voor hem verklaarden, aan de vooropgestelde feiten een ander rechtsgevolg te willen verbinden als datgene, wat de wet er aan verbonden heeft, zal hij aan die verklaring niet gehouden zijn; want in dat geval zouden de partijen treden op het gebied van den rechter, namentlijk het toepassen der wet, en zoude diens ambt niet zijn „judicare,” maar „agnoscere” dat is erkennen en rechtskracht geven aan den wil van partijen, en daartoe is hij geensints geroepen. Niet den wil van partijen, immers de wet moet hij toepassen, en in den wil van partijen kan dus ook de kracht der confessio in judicio bij de Romeinen niet gelegen zijn.

B. Kanoniek recht.

Wat de bekentenis in het Germaansch recht betreft, haar zullen wij, daar dit recht op ons procesrecht van weinig invloed is geweest niet behandelen, en ons nu een oogenblik bezighouden met het Kanoniek recht.

Dit was van overwegenden invloed op het nieuwe procesrecht; de bekentenis speelde daar een hoofdrol, vooral in het strafrecht.

In Frankrijk werd reeds onder Lodewijk IX de Germaansche procesvorm door de Kanonieke vervangen, bij ons en in Duitschland had dit eerst later plaats; te verwonderen was het ook niet, dat de kerk een einde zocht te maken aan de zoogenaamde Godsoordeelen door tweegevecht etc., deze werden dan ook reeds door Paus Nicolaas I in 867, en Stephanus VI, 886 alsmede door Alexander II, 1070 veroordeeld.

Niet minder was het bezwaar der kerk tegen het lichtzinnig gebruik en misbruik van den eed, een misbruik dat, wat het Saksisch recht, een tak van het Germaansch recht aangaat, zeer verging; zooals blijkt uit den Sachsenspiegel boek 1. art. 7 § 18. Daar staat dat alles wat men niet voor het gerecht zelve verricht heeft, al stond het nog zoo vast, door het afleggen van een eed kon worden afgezworen; zoodat dan zelfs door geen legio van getuigen het tegendeel kon worden bewezen.

Paus Gregorius XI veroordeelde dan ook in 1374 de bepalingen van den Sachsenspiegel, wegens dezen inhoud. In het Kanoniek recht was nu volgens de meesten ook in civilibus, de confessio de summa, de maxima probatio; of dit wel waar is meen ik te mogen betwijfelen, want 1° gaat in het „decretum Gregorianum Liber II titel 18 „de confessis” vooraf aan den 19^{den} titel „de Probationibus”, en het is toch niet licht aan te nemen dat een onderdeel aan het geheel vooraf gaat; 2° blijkt uit caput 8 titel 18 „de confessis” ¹⁾, dat werkelijk de

¹⁾ Caput 3, titel 18. Liber II, Decreti Gregoriani. Confessio facta in iure per oeconomam ecclesiam, nocet ipsi ecclesiae potest tamen revocari, si ante finitum negotium doceatur per errorem facti emanasse; hoc dicit Gregorius IX. b. c. iudici Viterbiensi, anno 1232.

Ex parte abbatis et conventus monasterii sancti m. fuit

confessio iets meer was dan eene probatio, daar alleen door middel van het bewijs dat ten gevolge van een error facti de bekentenis afgelegd was, deze herroepen kon worden, en dat uit de confessio voor de bekennende partij een praejudicium kon ontstaan.

Als onderdeel van „de probationibus” komen verder alleen voor „de testibus et attestationibus”, „de fide instrumentorum”, „de praesumptionibus” en „de jure jurando”.

Sexti Decretalium Liber II titel IX stelt de confessio weder voorop, en in caput II bepaalt Bonifacius, anno 1298, dat wanneer na aflegging door de tegenpartij van de veritatis of calumniae eed, de gedaagde niet voldoet aan het bevel van den rechter om op zekere vragen te antwoorden, of niet verschijnt „pro confesso habebitur”; terwijl, wanneer nog geen bevel door den rechter was gegeven om te antwoorden, het niet verschijnen ten gevolge had,

propositum quod cum inter ipsos ex parte una nomina suae uxoris ex altera, coram te quaestio verteretur, Oeconomus monasterii memorati, quaedam per errorem facti fuit in jure confessus, ex quibus timet sibi praejudicium generari, cum, igitur negotio nondum finito nemini noceat error facti, mandamus, quatenus si de hujusmodi potuerit errore docere, provideas ut nullum sibi, super hoc praejudicium generetur.

dat hij niet *pro confesso habebatur*, maar tegen hem als tegen een *contumax* geprocedeerd werd ¹⁾.

Dit dunkt mij is wederom een bewijs dat de bekentenis eene speciale kracht had, want wij vinden hier eene plaats, waar bepaald wordt dat in zekere gevallen iemand *pro confesso habebitur*; de gevolgen van dat begrip worden hier als bekend verondersteld, en kunnen natuurlijk geen andere zijn dan de hierboven aangehaalde.

Welke en hoe groot die gevolgen nu buiten het even door ons vermelde waren, is uit het weinige, wat over de *confessio* in het *corpus juris canonici* geschreven staat niet gemakkelijk op te maken, toch

¹⁾ *Sexti decretalium Liber II, titel IX, caput 2.*

„Si reus” jussu positionibus, respondere recusat, vel si contumaciter recedit, habebuntur pro confessatis, secus si jussus esset, contumax fuerat, nam tunc procedetur contra eum tamquam contumacem, Joan : Andr : Bonifacius VIII, anno 1298.

Si post praestitum veritatis aut calumniae juramentum, reus vel procurator ipsius, positionibus ab adversario sibi factis, interrogatus, jussusque a iudice a respondere, absque rationabili causa recuset, aut nolit, seu contumaciter si absentet, haberi debet super iis, de quibus in iisdem positionibus interrogatus, extitit pro confesso.

Verum si antequam respondere sic jussus fuerit, cum contumaciter absentari contingat, tunc pro confesso non haberi debet, sed est alias contra eum, tamquam contra contumacem (prout ratio dictaverit) procedendum.

meen ik, wanneer men in aanmerking neemt dat het Kanoniek recht voor een groot gedeelte geput is uit het Romeinsch recht, na het voorgaande te mogen aannemen, dat de confessio in jure was eene beperking van de rechtsmacht van den rechter; zoodat, wanneer eene confessio in jure was afgelegd, de rechter niet daar buiten mocht gaan, maar er geheel aan gebonden was, behalve het geval dat hij die bekend had, bewees dat dit geschied was door eene dwaling in de feiten.

In het latere Fransche recht gold de confession judiciaire niet alleen als een bewijs, maar was tevens, waarschijnlijk op het voetspoor van het Kanoniek recht eene beperking van de rechtsmacht van den rechter; daarom konden ook alléén zij „qui habebant jus standi in judicio” en geen ander eene bekentenis afleggen, was ze eenmaal afgelegd, dan was de rechter er aan gebonden, en zelfs de partij die ze afgelegd had kon ze wederom alleen herroepen wegens dwaling in de feiten.

Men zie wat Pigeau in zijn „Procédure civile du chatelêt de Paris livre II part II titel II chapitre I art. 2 schrijft, waar hij onder de aveux rangschikt 1° aveux, 2° consentements, 3° contradictions; waar hij voor deze drie dezelfde vereischten stelt, namentlijk 1° que l'aveu ne porte pas atteinte à l'ordre public, 2° que l'aveu ne soit pas erronné, 3° que l'aveu ait

été fait par quelqu'un qui soit capable de disposer de ses biens, en ce cas de l'objet contentieux.

Wat het eerste betreft, dit ziet speciaal op de scheiding van goederen, van tafel en bed en echtscheiding, omdat het aan partijen niet mocht vrij staan dit met onderling goedvinden te doen, iets waartoe men hen in de gelegenheid zoude gesteld hebben, als men aan hunne bekentenis in die zaken dezelfde kracht toekende als in andere zaken.

Het zoude ons te ver leiden om verder over de verschillende vormen van aveux en hunne gevolgen uit te wijden, en ik wijs er daarom alleen nog op dat de „interrogations sur faits et articles,” altijd moesten worden voorafgegaan door een eed, en dat volgens de ordonnantie van 1667 zij het eenigste bewijs was (art. 6 titel X,) waarover partijen, en niet de rechter had te beslissen; bij de bepaling toch, wie daarvan de kosten zou dragen werd gezegd „qu'ils se feront au dépens de ceux qui les auront requis,” waaruit volgt dat zij alleen op verlangen van een der partijen kon plaats hebben.

Wij kunnen uit al het voorgaande besluiten dat het aveu in zijne algemeene beteekenis niet is een bewijsmiddel, waaronder Pothier ¹⁾ het rangschikt,

¹⁾ Traité des obligations, pag. 831—835.

maar eene beperking van de rechtsmacht van den rechter door partijen die hadden het jus standi in judicio, alleen hun niet toegestaan bij de hierboven gemelde gevallen, die op het familie leven betrekking hadden.

Niettegenstaande Pothier de bekentenis rang schikt onder de bewijsmiddelen, blijkt hij evenwel zelf van een tegenovergesteld gevoelen te zijn; hij erkent toch alleen de kracht van de bekentenis, afgelegd door diegenen, die het jus standi in judicio hadden, zoodat het alleen daarvan afhangt of die bekentenis al dan niet eenige waarde heeft; hieruit blijkt, mijn inziens ten duidelijkst, dat hij in de bekentenis niet zag een bewijsmiddel, want had hij er dat in gezien, waarom dan het vereischte dat men over zijne goederen mag beschikken? Niet minder dan van een persoon, die het jus standi in judicio had, moest dan gelden de verklaring van een ieder die *compos mentis* was b. v. de verklaring van de getrouwde vrouw, of van *impueres* boven de jaren der infantie.

In navolging van Pothier nu, is en in den Code en bij ons de bekentenis onder de bewijsmiddelen opgenomen, doch ook weder even als bij Pothier met geheel andere gevolgen als die van ieder ander bewijsmiddel; zoodat wij, om de plaatsing alleen,

niet mogen besluiten dat in den Code en bij ons de bekentenis werkelijk een bewijsmiddel is geworden. Waar men de vrije bewijstheorie heeft zoude daaromtrent zelfs geen twijfel kunnen bestaan, en bij die wetgevingen, waar een wettelijk bewijs is voorgeschreven, hangt het alleen af van de vraag: wat zijn de gevolgen van een bewijsmiddel, en wat zijn de gevolgen van bekentenis? Zijn deze dezelfde, dan alléén kan men besluiten tot de opname der bekentenis onder de bewijsmiddelen; wij hopen in de volgende afdeeling in het algemeen aan te toonen, dat dit niet het geval is, en in de laatste afdeeling, dat dit speciaal voor onze wetgeving niet kan worden aangenomen.

III.

Drie hoofdtheorien over de kracht der bekentenis staan tegenover elkander 1° de theorie die aanneemt dat de bekentenis is een bewijsmiddel 2° de theorie die in de bekentenis eene wilsverklaring ziet, 3° de onze, dat zij is eene beperking van de rechtsmacht van den rechter.

Wat het eerste betreft, reeds in de vorige afdeeling hebben wij er op gewezen dat bewijs is een woord van verschillende beteekenis, en het zal dus in de eerste plaats zaak zijn te onderzoeken wat de ware beteekenis er van is.

Bewijs beteekent niets anders dan het aantoonen dat datgene wat men beweert waarheid is. Objectieve waarheid nu is alleen daar aan te toonen waar wij met abstracte denkbeelden hebben te doen, b. v. dat ieder gedeelte van een zaak kleiner is dan het

geheel etc., en waar feiten bewezen moeten worden heeft men niet met abstracte denkbeelden te maken, en wij hebben daar dus ook alleen met subjectieve waarheid te doen, dat is dan datgene, wat door een zeker persoon als waar wordt aangenomen, zonder dat het daardoor uitgemaakt is of het al dan niet objectief waar zij. In de rechtspraak nu is de persoon, die de zaak als waar moet aannemen de rechter, doch dit is volgens de meeste wetgevingen, het moge in het oude Romeinsche recht waar geweest zijn, niet meer voldoende. De rechter is bij het aannemen van iets als waarheid gebonden aan zekere voorgeschreven vormen, waarop hij alleen zijne beslissing mag gronden; dit noemt men in tegenstelling van de vrije bewijstheorie, waar het voldoende is, dat de rechter op welke gronden ook, iets als waarheid aanneemt, de gemengd vrije bewijstheorie en de wettelijke bewijstheorie.

Beide theorien hebben dit gemeen dat de rechter, in het eerste geval als hij overtuigd is en de voorgeschreven vormen zijn in acht genomen, in het tweede geval als de voorgeschreven vormen zijn in acht genomen, en er geen ander vormelijk bewijs tegenover staat, als waarheid aanneemt, dat wat is vooropgesteld.

Bij bekentenis daarentegen, hetzij de rechter over-

tuigd zij of niet, hetzij al of niet een ander bewijs daartegenover staat, steeds is hij aan die bekentenis gebonden, en moet hij de erkende feiten aannemen, ook al ware hem de onwaarheid daarvan bewezen.

Hoe kan men nu spreken van eene gelijkstelling van bewijs en bekentenis of met andere woorden zeggen dat bekentenis een bewijs is.

De tweede theorie is die voornamentlijk door Zachariae (Aubry en Rau) en Wetzell aangehangen, dat de bekentenis is eene wilsverklaring van dengeen die ze aflegt, waardoor hij zijne tegenpartij ontslaat van de bewijslast, die op deze zoude rusten; volgens deze theorie zoude dus de kracht van de bekentenis gelegen zijn in de wilsverklaring, de rechter zoude dus aan den wil van partijen gebonden zijn; was dit nu het geval, dan zoude de rechter niet zijn de persoon, die over den strijd tusschen partijen had te oordeelen, judicare, maar de man die hunne wilsverklaringen had op te teekenen, en daaraan rechtskracht had toe te kennen, zoodat hij zodoende verlaagd zoude worden tot een werktuig van partijen. Dat dit niet het geval kan zijn, zal met een enkel voorbeeld duidelijk worden; stel b. v. dat twee personen verschijnen voor den rechter, de gedaagde verklaart dat hij de feiten ontkent, maar dat hij wil veroordeeld worden, wat zal nu de rechter doen?

Zal hij zich onderwerpen aan die wilsverklaring, en aan de tegenpartij haren eisch gewonnen geven, of zal hij dien ontzeggen? zeer zeker dit laatste, en toch ware de kracht der bekentenis in de wilsverklaring gelegen, dan zoude hij volgens gemelde theorie een veroordeelend vonnis hebben moeten uitspreken.

Hiedoor vervalt dunkt mij reeds de geheele theorie; doch laten wij haar verder in hare bijzonderheden nagaan. Wij zullen, zooals wij hierboven gezegd hebben, ons bepalen tot Zachariae en Wetzell en de dii minores als onder hun vaandel strijdende niet vermelden; trouwens voor de bestrijding der theorie zelve is dat dan ook volstrekt onnoodig.

Zachariae (Aubry en Rau) § 751, geeft eerst de definitie, die wij hiervoor hebben aangehaald en tot verduidelijking van zijn gevoelen zegt hij verder „il résulte de cette définition que toutes espèces de déclarations, faites par une personne relativement à ses affaires ne constituent pas des aveux, et qu'on ne doit considerer comme tels, que les déclarations, faites d'une manière sérieuse, et avec la pensée que celui au profit duquel ils ont lieu se trouvera en les invoquant dispensé de prouver les faits, qui en forment l'objet”.

Wetzell, systeem § 19 seite 171 derde druk zegt het volgende „Geständnisz ist eine, die disponiren

de parteien selbst bindende disposition, nämlich ein durch verzicht auf dem beweis bewerkte disposition ueber das streitige Recht"

Beide stellen dus de wilsverklaring, als het den rechter en de partij zelf bindend element van de bekentenis voorop. Onze vroegere opmerking die eigenlijk op zichzelfs reeds de geheele theorie omverwerpt voorbijgaande, zullen wij nog tot bestrijding van de theorie der wilsverklaring het volgende aanhalen.

Mogelijk is het, dat de door Aubry en Rau, en Wetzell vooropgestelde wil, aan de bekentenis ten grondslag ligt; maar dat het daarom altijd de grond er van moet zijn, ja zelfs in de meeste gevallen is zal wel niemand toegeven.

Kan hij die bekent dit niet doen ter wille van de waarheid, kan het niet zijn dat de bekentenis wordt afgelegd, juist met het idee omdat men meent dat de door hem, tegenover wien men de bekentenis aflegt, aangevoerde feiten niet dat rechtsgevolg hebben, wat hij er aan verbonden wil zien? Kan men niet iets bekennen, om zich te onttrekken aan een kostbaar bewijs, terwijl men toch de hoop heeft op andere gronden den eisch aan de tegenpartij te doen ontzeggen? stel een vader wordt aangesproken wegens beschadiging door zijne meerderjarige zoons,

beweerdelijk bij hem in dienst, aan den eigendom van een ander toegebracht, nu kan hij den eigendom van dien ander bestrijden of dien toeven. Bestrijdt hij dien ten onrechte, dan kan hij in de kosten, op die betwisting gevallen veroordeeld worden, en daar hij toch weet dat zijne zoons niet bij hem in dienst zijn, geeft hij, al weet hij beter, den eigendom van den ander toe; hoe veel te eerder zal hij daartoe overgaan als de ander is een onvermogen persoon. Kan het eindelijk niet zijn om andere onaangename zaken te voorkomen b. v. het zich belachelijk maken in de oogen van het publiek, of omdat men den schijn tegen zich hebbende, niet de verdenking op zich wil laden van te liegen, van al welke gevallen, ieder zich genoeg voorbeelden kan denken?

Von Canstein, die omtrent hetzelfde systeem als Wetzell is toegedaan in zijne „Anerkennung und Geständnis im allgemeinen und nach der Deutschen Civilproceszordnung“, geeft van de bekentenis deze omschrijving „es ist beweisvertrag in dem Sinne, das der gestehende durch einer dispositionsact seinen gegenwärtigen (so beim gerichtliche), oder künftigen (so beim äussergerichtliche) proceszgegner, in der regel blosz bis zum beweis der Unwahrheit des gestandenen von der ihn treffende beweispflicht befreit

etc. Buiten de argumenten tegen de theorie van Wetzell aangevoerd, moeten wij hier nog de opmerking maken, dat deze definitie geheel onjuist is; want niet de onwaarheid van het bekende, de dwaling van den bekennde moet bewezen worden. Ware de definitie van von Canstein juist geweest, het zoude een argument zijn voor hen, die in de bekentenis een bewijsmiddel zien, nooit voor de aanhangers der theorie der wilsverklaring.

Als wij nu overgaan tot de derde theorie, die ook de onze is, dan beschouwen wij de bekentenis als eene beperking van de rechtspraak van den rechter, zoodat hij over de waarheid der feiten die bekend zijn, niet heeft te oordeelen; reeds in het Romeinsche recht was dit algemeen aangenomen, ja door niemand ontkend. Zooals wij reeds vroeger hebben aangemerkt bestond bij de Romeinen de volstrekt vrije bewijstheorie, doch dit wil niet zeggen, dat de rechter daarom geheel vrij was in zijne feitelijke beslissingen; later in den keizertijd werden hem zelfs verschillende bepalingen voorgeschreven, waaraan hij zich te houden had bij het aannemen van bewijsmiddelen; doch ook buitendien bestonden er uit den aard der zaak beperkingen, die hem in zijne beslissing over de feiten niet geheel en al de vrije hand lieten; was hij gebonden aan de voorgeschreven formules, niet minder was

hij gebonden door rechtsregelen langzamerhand door de praktijk ontstaan, en als dusdanig door den wetgever erkend; niet minder had hij zich te houden aan datgene wat uit den aard der zaak voortvloeide. Zoo was o. a. uit het principe dat zijne rechtsmacht in civiele zaken geen inquisitoriale, maar eene judicieele was, (d. i. dat hij alleen moest oordeelen over datgene, wat door den eischer voor zijne vordering, wat de daadzaken betreft, was aangevoerd), de regel voortgevloeid, dat hij aan die daadzaken niets mocht bijvoegen of veranderen.

Als het waar is, dat dit het gevolg is van het boven aangehaalde principe, dat de rechter zich niet met de zaken van partijen mag inlaten, en dat hij alleen over het door partijen aangehaalde mocht oordeelen, dan volgt logisch uit dezelfde beginselen, dat wat hij niet mag doen ten voordeele van den eischer, hij dit evenmin mag doen ten voordeele van den gedaagde; had deze dus tegenover de feiten, door den eischer aangevoerd, hetzij niets tot zijne verdediging ingebracht, hetzij de aangevoerde feiten erkend, dan mocht hij ook daar niets aan veranderen, maar was er aan gebonden; zoodat hij in beide gevallen, wanneer uit de door den eischer aangevoerde en door den gedaagde erkende feiten de veroordeeling van den gedaagde moest voortvloeien,

die veroordeeling ook moest uitspreken, hetzij hij van de waarheid van al die feiten overtuigd was, ja dan neen.

En hoe zoude nu, indien men de bekentenis als een bewijsmiddel beschouwt, dit te rijmen zijn met de vrije bewijstheorie der Romeinen, waarvan toch het kenmerk is, dat de rechter alleen dan, wanneer hij overtuigd is van de waarheid der aangehaalde feiten, deze als bewezen behoeft aan te nemen.

Men zal mij tegenwerpen „ja wat gij zegt is een bewijs tegen de theorie dat de bekentenis bewijsmiddel is, wanneer de vrije bewijstheorie gehuldigd wordt, maar niet waar deze niet bestaat.

Daarop antwoord ik, dat wat in het eene geval de ware grond is voor de bindende kracht der bekentenis, in het andere geval ook de ware bindende grond moet wezen, zoolang men niet aantoonst dat het al of niet huldigen der vrije bewijstheorie eenigen invloed op de zaak kan hebben; en ik geloof dat dit bezwaarlijk zal zijn aan te toonen. Integendeel, ik meen uit de gevolgen die aan bekentenis gehecht worden, ook wanneer men de vrije bewijstheorie niet huldigt, en die dan toch identisch zijn, met die er aan gehecht zijn, wanneer men haar wel huldigt, en die geheel verschillen van de gevolgen van een gewoon bewijs, de conclusie te mogen trekken dat

bekentenis geene wilsverklaring, geen bewijsmiddel, maar beperking van de rechtsmacht van den rechter is.

Wat de theorie betreft, dat de bekentenis eene wilsverklaring zijn zoude, kan nog het volgende worden opgemerkt; eene wilsverklaring, den rechter bindend, is niet denkbaar, want in dat geval zoude de rechter worden de dienaar der partijen, iets wat met het karakter van rechter, die althans, wat het geschil betreft boven de partijen moet staan, niet vereenigbaar is, zoo als wij straks reeds getracht hebben aan te toonen.

De wilsverklaring als partijen bindend aan te nemen gaat evenmin, want nergens wordt aan de wilsverklaring van een persoon, tegenover een ander afgelegd, kracht toegekend, tenzij de ander verklare zich te vereenigen met den door de tegenpartij uitgesproken wil; en nu doe ik de vraag: Waar ergens, in welke wetgeving wordt die toestemming der tegenpartij vereischt om de bekentenis rechtsgeldig te maken? Het feit dat de bekentenis bestaat, ook al is zij niet aangenomen door de tegenpartij, is voldoende. Men zal mij misschien, wat het eerste bezwaar betreft, tegenwerpen, dat bij de overeenkomsten de verklaarde wilsovereenstemming rechtsgeldige betrekkingen schept, en dat dan toch de rechter aan die wils-

verklaring is gebonden, en zoo wordt gemaakt tot een dienaar der partijen; doch dan wijs ik er op, dat ook bij overeenkomsten de rechter niet altijd gebonden is door den wil van partijen, maar alleen daar, waar de wet aan partijen het recht heeft gelaten, om over hunne rechten te beschikken ¹⁾. Dit is b. v. niet het geval bij schenkingen, daar heeft de wet uitdrukkelijk het al of niet gevolg hebben der schenking afhankelijk gemaakt van het al of niet in acht nemen der bij de wet voorgeschreven vormen, terwijl daarenboven schenkingen tusschen echtgenooten verboden zijn, en in elk geval die schenkingen welke bij de wet, hetzij in fraudem creditorum worden geacht te zijn aangegaan, hetzij als verkortende het wettelijk erfdeel, door de wet als niet geldend worden verklaard; en hoe zoude men de theorie der wilsverklaring kunnen aannemen bij bekentenis, als men ziet dat de wil bij overeenkomsten zelfs, alleen kracht heeft omdat de wet er kracht aan toekent?

Neen: de bekentenis heeft alleen kracht omdat de wet kracht er aan toekent, en deze doet dit alleen, omdat de rechter in civiele zaken, geroepen tot toepassing der wet op de voorkomende gevallen,

¹⁾ Art. 1374 B. W.

met geen inquisitoriale maar met eene decisoire macht bekleed is, en de feitelijke sustenuen van partijen noch wat den eisch, noch wat de verdediging betreft, mag aanvullen.

Zooeven hebben wij gezien dat de overeenstemmende wilsverklaring niet voldoende is, om eene schenking van waarde te doen zijn, en dat de rechter, zelfs al bekennen partijen elkander geschonken te hebben, doch niet bij notarieele acte, die schenking van onwaarde moet verklaren.

Hoe zoude nu dit, als men zelfs bij overeenkomsten de theorie der wilsverklaring aanneemt, te rijmen zijn met het volgende:

Het onbetwistbaar en onbetwiste gevolg van eene bekentenis iets schuldig te zijn, wat men niet schuldig is, blijft steeds dat deze voor partijen een bindend rechtsgevolg heeft, en het bekennen iets schuldig te zijn, wat men niet schuldig is, komt wat de gevolgen hetreft toch overeen met de gevolgen eener schenking.

In het eene geval zoude volgens de theorie der wilsverklaring dus het gevolg daarvan zijn: een bindend rechtsgevolg, in het andere niets. Grootere tegenstrijdigheid is niet denkbaar, de stelling is dus niet gewaagd dat die theorie in eene materie, waar zij zooals bij bekentenis volstrekt niet door de wet

erkend is, ook niet de grond kan zijn van de bindende kracht der bekentenissen.

De Romeinsche Digesten plaatsen L 5 § 7 titel I boek 24 ¹⁾, „de donationibus inter virum et uxorem,” L 1 § 7 titel 5 boek 35 „si quid in fraudem creditorum, patronum,” en de L 3 § 1 titel 8 boek 42 „quae in fraudem creditorum,” wijzen er op dat tegen bekentenissen in die gevallen kan worden opgekomen door de belanghebbenden, doch dit kan alleen gebeuren in een volgend proces; terwijl in het proces zelve de rechter aan de bekentenis van partijen gebonden bleef.

¹⁾ L 5 § 7 titel 1 boek 24.

Si uxor vel maritus, exceptione quadam donationis causa, summo-
moveri voluerint, facta a iudice absolutione, valebit quidem sen-
tentia sed condicetur ei, cui donatum est.

L. 1, § 7, titel 5, boek 38.

Quid si in lite vinci voluit? Si quidem condemnatus est, data
opera, vel in jure confessus dicendum erit, Favianum locum
habere, quod si noluit obtinere quum peteret hic videndum. Et
puto hunc diminuisse de patrimonio; actionem enim de bonis
diminuit, quemadmodum si passus esset actionis diem adire.

L. 3, § 1, titel 8 boek 32.

Gesta fraudationis causa, accipere debemus non solum ea, quae
contrahens gesserit aliquis, verum etiam si forte, data opera ad
judicium non adfuit, vel litem mori patiat. vel a debitore non
petit ut tempore liberetur, aut usumfructum vel servitutem am-
mittit.

Dit alles is weder in volkomen overeenstemming met onze theorie, en in strijd met die der wils verklaring; daar toch, als de rechter gebonden was aan de wil der partij, hij daaraan ook in het volgende proces moest gebonden blijven, en dit was niet het geval. Volgens onze theorie kon hij in het eerste proces niet anders dan volgens de bekentenis recht spreken, omdat hij niet de feitelijke beweringen der partijen mocht aanvullen; in het tweede proces heeft die aanvulling plaats door de belanghebbende partij, en wordt zoo de rechter in staat gesteld, om tusschen de verschillende feitelijke beweringen uitspraak te doen.

Is de theorie der wils verklaring in strijd met al de gevolgen aan de bekentenis verbonden, niet minder is zij in strijd met het het wezen der zaak zelve; wanneer ik toch eene bekentenis afleg, dan kan dat wel geschieden omdat ik werkelijk de tegenpartij van den bewijslast wil bevrijd zien, of omdat ik wil veroordeeld worden, maar in verreweg de meeste gevallen zal eene andere grond voor mijne bekentenis aanwezig zijn; de verschillende motieven die er toe leiden kunnen, hebben wij hiervoor reeds gezien, in al die gevallen is geene wilsverklaring aanwezig, zelfs niet de wil om de tegenpartij te ontslaan van den bewijslast, of haar te zien triumpheeren in hare vordering,

maar integendeel het tegenovergestelde. Bij eene gequalificeerde bekentenis hoopt men meestal juist door de afgelegde bekentenis de vordering te doen ontzeggen, dat dan toch in dat laatste geval het gevolg van de bekentenis soms een ander kan zijn, dan dat, wat men gewild heeft, geeft nog geensints het recht om te beweren dat men die niet gewilde gevolgen toch gewild heeft. Onnoodig zal het zijn de verdere theorien der wilsverklaring, en de gevolgen daarvan uiteen te zetten, genoeg zij het te verwijzen naar het boven aangevoerde, want al die verschillende theoriën worden, wanneer wat wij tegen de theorie in het algemeen hebben aangevoerd waar is, evenzeer getroffen.

Wij kunnen nu overgaan tot de theorie, volgens welke de bekentenis als een bewijsmiddel is te beschouwen, en daar deze theorie in navolging van de meeste Fransche schrijvers, voor ons recht meesterlijk is verdedigd door Prof. Opzoomer, ons vergeeuen met diens leer te bestrijden; waaruit dan tevens blijken zal, de onhoudbaarheid van die theorie in het algemeen; daarna zullen wij overgaan tot de uiteenzetting en verdediging van ons systeem, reeds meermalen aangehaald, dat bekentenis is eene beperking van de rechtsmacht van den rechter.

De redeneering van Prof. Opzoomer nu is deze ¹⁾: „Onze wet heeft de bekentenis uitdrukkelijk onder de bewijsmiddelen opgenomen. Hetzelfde deed, of schoon sommige uitleggers het ontkennen de Fransche wet, al is hare verklaring niet zoo uitdrukkelijk als die van ons art. 1903 B. W. of staat art. 1350 en 1354 C. C. niet in één hoofdstuk, waarvan het opschrift is: *De la preuve des obligations, et de celle du paiement?* Het is waar, art. 1350 n°. 4. C. C. spreekt van „*la force que la loi attache á l'aveu de la partie,*” woorden die in ons art. 1953 n°. 4 getrouw vertaald zijn, en beschouwt dus de bekentenis als „einen richterlichen Entscheidungsgrund oder als eine Rechtsvermuthung ²⁾), maar is dan een gewoon, schriftelijk- of getuigenbewijs geen grond van rechterlijke beslissing, en is een wettelijk vermoeden zelf geen bewijsmiddel binnen de grenzen van bewijskracht, die door de wet zijn aangewezen? Daarenboven verdeelt art. 1354 C. C. evenals ons art. de bekentenis in extrajudiciaire en judiciaire, en gaat dus van de beschouwing uit, dat beiden als verschillende soorten, naar dat de verklaring in of buiten rechten wordt afgelegd tot hetzelfde geslacht behooren.

¹⁾ Opzoomer ad art. 1960, B. W.

²⁾ Zachariae t. a. p. IV. 472.

Dat nu de bekentenis buiten rechten als bewijsmiddel moet worden beschouwd, en niets anders wezen kan, wordt bijna door niemand betwijfeld ¹⁾. En hoe zoude dan het geslachtsbegrip, waaronder zij met gerechtelijke bekentenis behoort, een ander kunnen zijn als dat van een bewijsmiddel ²⁾.

Velen stemmen dan ook toe, dat de bekentenis in vrijheid en met kennis van zaken gedaan, een bewijs, zelfs het krachtigste bewijs is, dat tegen iemand kan worden aangevoerd. Zij noemen haar eene *probatio probatissima, omnium probationum maxima, plenissima, quae superat omne genus probationis, etiam per testes et instrumenta factae*.

Anderen daarentegen zien in de bekentenis, althans in de gerechtelijke, een soort van afstand of schenking, zoodat zij *instar donationis est* ³⁾. Zij beschouwen haar als eine verzichtleistung auf das Recht, einen beweis von der Gegenpartei zu fordern ⁴⁾, of vatten haar op als een „Feststellung der Grenzen zwischen dem streitigen und nicht streitigen Theil der gegenseitigen Behauptungen,” waar-

¹⁾ Zachariae ootzegt aan beide bekentenissen de natuur van een bewijsmiddel.

²⁾ Vgl. Savigny Syst. VII, 40.

³⁾ Toullier XI, n^o. 261.

⁴⁾ Savigny Syst. VII, 41.

door „die aufgabe des Richters ihrem Umfang nach bestimmt und begrenzt wird.”

De bekentenis is hun alzoo „niet, wie jedes wahre Beweismittel, ein Motiv für den Richter, so oder anders zu spreken, sondern eine Feststellung der Gegenständen, worüber er sich des eigenen urtheils zu enthalten hat, weil sie niet zu dem unter den partijen streitigen Gebiet von Behauptungen gehören ¹⁾.

De rechter zeggen zij, heeft alleen te oordeelen over hetgeen tusschen partijen betwist wordt; wat door de eene partij beweerd en door de andere bekend wordt, dat is geen betwist punt; daarover heeft dus de rechter geen oordeel te vellen, en de bekentenis kan derhalve niet als bewijsmiddel gelden, daar het juist de natuur van een bewijsmiddel is, tot eene gerechterlijke uitspraak te leiden, en er de grondslag van te zijn.

Hoe verblindend deze laatste redeneering ook moge zijn, ik kan hare juistheid niet toegeven. Zij geldt alleen voor het oude Romeinsche recht, waar de confessio in jure, niet in judicio, met een rechterlijk vonnis gelijk stond; en dit zelf dus onnoodig en onmogelijk maakte. Maar sedert den ondergang van den ordo judiciorum, waardoor het onderscheid der

¹⁾ Savigny, VII, bladz. 16.

confessio in jure en in judicio werd opgeheven, en de bekentenis dus het vonnis niet meer kan vervangen, maar alleen de Grundlage eines richterlichen Urtheils, welches an den Inhalt derselben gebunden ist, kan zijn, is zij onwaar.

Ook aan den inhoud eener authentieke akte is de rechter gebonden, en zijn oordeel wordt er volgens den wil der wet zelve door bepaald, zal men daarom ophouden in de authentieke akte een bewijsmiddel te zien? En evenals de inhoud eener authentieke akte kan en moet betwist zijn, om haar als bewijsmiddel te doen strekken (anders is er toch in het geheel geen rechtsgeding denkbaar, en men zal zich dan ook in den regel eerder op eene bekentenis beroepen, die in een ander rechtsgeding is gedaan, dan op een die in het thans aanhangige is afgelegd), evenzoo is het ook bij de bekentenis.

Haar inhoud kan door hem die ze aflegt worden betwist, zoodat er eene rechterlijke beslissing gevorderd wordt; waarbij dan, zooals ons art. het uitdrukt, de bekentenis hem wordt tegengeworpen, wier inhoud dan door den rechter, op grond der uitdrukkelijke wetsbepaling ten gevolge dier bekentenis als volledig bewezen wordt aangemerkt.

En nog veel minder kan de bekentenis als eene Verzichtleistung beschouwd worden.

Door zulk eene kwijtschelding, evenals door een dading, wordt ook wel hetzelfde doel bereikt als door de bekentenis, nl. de wegneming of opheffing van het geschil.

De bekentenis daarentegen leidt tot beslissing van het geschil. Ware zij als eene soort van kwijtschelding of schenking, donationis instar te beschouwen, hare plaats zoude ook niet in dit 4^{de} boek zijn, maar in het 3^{de} waar het recht der verbintenissen is behandeld.

Men heeft dan ook geen recht, bij bekentenis aan eene schuldvernieuwing te denken, en dientengevolge eene noodzakelijke novatie, eene novatio ex lege, naast die van art. 1449 aan te nemen.¹⁾ Geen nieuwe verbintenis treedt hier op in de plaats der oude, slechts het bestaan der oude verbintenis wordt door een wettig bewijsmiddel gestaafd.

Of zoude men met de opname der bekentenis onder de bewijsmiddelen een verstosz gegen die Regeln der logik gepleegd hebben²⁾? Ik kan het niet toegeven.

Die een recht tegen mij beweert, kan het bestaan er van door schriftelijke stukken staven, of door verklaringen van personen; waarom zou hij het niet

¹⁾ Zoals Zachariae doet t. a. p. II, 280.

²⁾ Dit beweert Zachariae IV, 432.

eveneens door de mijne doen kunnen? En kan hij het, waarom zal dan mijne verklaring niet even goed als die van een ander, een bewijsmiddel mogen heeten?

Het is waar, de bekentenis raakt niet altijd onmiddelijk een feit, zij kan juist die rechtsbetrekking raken, die het onderwerp is van het geding, waarover de rechter te beslissen heeft, maar wat zal dit tot haar karakter van bewijsmiddel afdoen? Ik kan niet inzien, waarom eene bekentenis alleen feiten kan betreffen, en niet ook rechtsbetrekkingen. Kan men een bewijs leveren dat men van iemand geld heeft ontvangen, waarom niet even goed dat men iemand geld schuldig is? Zou het bewijs der rechtsbetrekking ondenkbaar zijn, als de oorzaak van haar bestaan niet meer kon worden aangewezen?

En evenmin kan het in aanmerking komen dat hij die eene bekentenis aflegt, misschien een geheel ander doel er mede heeft dan de erkenning der waarheid; hetzij het doel om te schenken, hetzij om een geschil van langeren duur te voorkomen. Tot de natuur der bekentenis kan dit doel zeker weinig afdoen. Die, waar het een onderhandsch geschrift geldt, zijn schrift of handteekening erkent, kan het ook doen om van de zaak af te zijn, of om zijne partij te bevoordeelen; zal daarom, hetzij die erken-

ning van de echtheid, hetzij het onderhandsch geschrift zelf ophouden een bewijsmiddel te zijn?

Ook in de bepaling van art. 1963 heeft men een grond meenen te vinden, om aan de bekentenis haar karakter van bewijsmiddel te onzeggen. Als de bekentenis, zegt men, niets anders is dan een eenvoudig bewijsmiddel, moet men tot het bewijs harer onwaarheid worden toegelaten, zoo dikwijls men zich daartoe bereid verklaart, omdat een bewijsmiddel altijd door een tegenbewijs kan worden ontzenuwd. Is daarentegen de bekentenis eene vaststelling der rechtsbetrekking, dan moet zij voor geen herroeping vatbaar zijn, tenzij door middel dier rechtsmacht, die ook van de gevolgen van een vonnis kan ontslaan, en die hare hulp slechts verleent bij eene bewezen dwaling in feiten.

Maar ook dit kan alleen gelden voor het oude Romeinsche recht, dat aan den ondergang der *ordo-judiciorum* voorafging; niet, waarvoor het ook werd aangevoerd, voor het Romeisch of eenig ander heden-daagsch recht. Immers daar zulk eene buitengewone rechtsmacht niet meer aanwezig is, zoude bij ons, ging het stelsel op waartegen ik strijd, de bekentenis volstrekt, in ieder geval, ook bij bewezen dwaling in feiten onherroepelijk moeten zijn.

Vraagt men daarentegen waarom zij, terwijl ze

slechts bewijsmiddel is, bij dwaling in het recht niet kan worden herroepen, ik antwoord niet alleen met de opmerking der Fransche rechtsgeleerden ¹⁾ „qu'il est impossible de prouver que mon aveu n'était fondé que sur une erreur de droit”, maar voeg er bij dat in het algemeen, waar de wet niet om bijzondere redenen het tegendeel vaststelt, aan rechtsdwaling moeilijk enig gevolg kan worden toegekend.

Met niet meer recht heeft men zich op de bepaling van art. 1962 beroepen, die de bekentenis slechts tegen hem als bewijs laat gelden, die ze in persoon, of „bij een bijzonder daartoe gemachtigde” heeft afgelegd. Die beperking toch is ook met het andere stelsel uitnemend overeen te brengen. Of zou men daarin gedwongen zijn, het recht tot het afleggen eener bekentenis, als in eene algemeene volmacht opgesloten te beschouwen.

Dat de gevolgen, die door de rechtsgeleerde schrijvers uit de natuur van de bekentenis als afstand van recht zijn afgeleid, van hun kracht en waarde worden beroofd, waar die bekentenis geheel anders, en wel alleen als bewijsmiddel wordt opgevat behoeft nauwelijks vermeld te worden.”

¹⁾ Duranton t. a. p. XIII, n°. 359, Toullier t. a. p., XI n°. 310.

Voordat wij evenwel overgaan tot de bestrijding dier theorie, eenige voorafgaande abstracte beschouwingen te houden, duide men mij niet kwalijk.

Bewijs in den uitgebreidsten zin beteekent ieder middel om, hetzij middelijk, hetzij onmiddelijk, waarheid van feiten of zaken aan te toonen. Het spreekt van zelf dat in ieder proces feiten zijn kunnen, die zoo klaar en duidelijk zijn, dat zij geen bewijs behoeven; dat zijn namentlijk die, welke onmiddelijk onder de waarneming der zintuigen des rechters vallen, en tot wier kennis geen redeneering noodig is, b. v. het verschijnen van partijen voor den rechter; van dergelijke feiten is geen bewijs noodig, het tegenovergestelde aan te nemen zoude al te dwaas zijn, en aan deze wijze om de waarheid te leeren kennen zoude geen einde zijn; van deze feiten zijn wel te onderscheiden die, welker waarheid moet aangetoond worden uit gevolgtrekkingen op te maken uit feiten, vroeger door den rechter waargenomen, waartoe hij komt door redenering van het bekende tot het onbekende. Dit laatste noemt men in den gewonen zin bewijzen, maar altijd blijft het waar, dat bewijs is, iets wat ons de waarheid der quaestieuse feiten aantoont.

Is het nu onverschillig of zeker feit de waarheid van een ander feit aan den dag brengt, maar brengt

het op zich zelf zekere gevolgen voort, dan is dat feit geen bewijsmiddel b. v. het gevolg van regen na lange droogte is de als het ware herleving der planten, is nu regen een bewijs voor het herleven der planten? Volstrekt niet, het herleven der planten is een gevolg van den regen, de regen volstrekt geen bewijs voor de herleving der planten. Een huis brandt af ten gevolge van het aanleggen van vuur, is het aanleggen van vuur nu het bewijs voor het afbranden van een huis?

Men moet dus goed onderscheiden de oorzaak van iets, en het bewijs der waarheid van iets. Passen wij dit voor een oogenblik toe op rechtskundig gebied: „iemand bekent duizend gulden schuldig te zijn wegens geleend geld, het gevolg daarvan is, dat hij door den rechter veroordeeld wordt tot betaling; heeft hij daarom in werkelijkheid het geld van den ander geleend, het kan zeer goed zijn, dat hij nooit een cent van den ander heeft ontvangen.”

Men zal mij tegenwerpen „ja, maar bij een getuigenbewijs kan het eveneens zeer goed mogelijk zijn, dat datgene wat door de getuigen verklaard wordt onwaar is, en toch zal het gevolg daarvan zijn dat degeen tegen wien het getuigenis afgelegd is veroordeeld wordt; en volgens uwe redeneering zoude dus getuigenbewijs ook geen bewijs zijn, want

het doet er niets toe af of datgene, wat door getuigen verklaard is al of niet waarheid bevat, in alle geval is toch het gevolg dat de man veroordeeld wordt.

Voorloopig eene aanmerking om het onderscheid tusschen de twee bovengenoemde gevallen duidelijk in het licht te stellen, later zullen wij nog meer uitvoerig hierop terugkomen.

Bij het getuigenverhoor wordt het bestaan der schuld tegen de waarheid in door getuigen bevestigd, de gedaagde zoude dus moeten veroordeeld worden; maar later wordt door andere getuigen het tegenovergestelde verklaard, wat zal daarvan dan het gevolg zijn?

Dat de man niet zal worden veroordeeld.

Iemand legt eene bekentenis af, later herroept hij die bekentenis, wat zal hiervan het gevolg zijn? Dat hij toch veroordeeld wordt. Waarom dit onderscheid, zoo beide gelijk stonden zoo beide een bewijsmiddel waren?

Dit eene verschil is reeds voldoende om aan te toonen dat de aard der bekentenis iets anders is als een bewijsmiddel, en tevens volgt hier ook weder uit dat bekentenis geene wilsverklaring zijn kan, want eene wilsverklaring kan ik altijd herroepen zoolang zij niet door de tegenpartij is aangenomen,

zoolang geene overeenstemmende wilsverklaring tus-
schen beide partijen heeft plaats gehad, en dit is
nergens voor de rechtsgeldigheid der bekentenis
voorgeschreven.

Reeds is er op gewezen dat Pothier voor de
bekentenis veschillende eischen stelt, die met de
bekentenis als bewijsmiddel niet overeen te bren-
gen zijn; niemand heeft tot nog toe gewaagd die
vereischen te verwerpen, en toch is het, zoolang die
bestaan onmogelijk de bekentenis als waarheids
argument aan te nemen; waarom toch zoude
b. v. eene bekentenis, door een minderjarige, die
compos mentis is gedaan, niet evenzeer pleiten voor
de waarheid van het door hem bekende, als de ver-
klaring van een' meerderjarige? groeit de waarheids-
liefde met een of twee jaar, ja met een of twee
dagen zoo zeer aan, dat wat twee dagen voor de
meerderjarigheid niet waar *kan* zijn, twee dagen na
de meerderjarigheid waar *moet* zijn?

Niet waar, een ieder zoude toestemmen dat dit
de grootste dwaasheid was.

Is dus de waarheid van het erkende niet de grond
van het bindende der bekentenis, dan kan ook niet
beweerd worden dat bekentenis een bewijsmiddel is.
Een bewijs toch is, ik herhaal het nogmaals niets
anders dan het aantoonen der waarheid van een of

andere zaak, daarmede wil ik niet zeggen dat ieder bewijs noodzakelijk het objectief waar zijn, van hetgeen bewezen worden moet in zich sluit, want in het algemeen is het bewijs der objectieve waarheid onbereikbaar; de grond evenwel, waarom men iets als bewijs aanneemt, moet altijd zijn dat men meent dat daardoor de waarheid aan het licht gebracht wordt, en het gevolg is dan ook dat, zoodra de onwaarheid van het bewezene bij een geleverd bewijs blijkt, dit laatste alle kracht verliest.

Zelfs wanneer tegenover het bewijs slechts een even sterk tegenbewijs staat vervalt het in het algemeen; en nu vraag ik: is dit bovengenoemde ook bij de bekentenis het geval? Zeer zeker niet, de bekentenis eens afgelegd heeft een bindende kracht zoolang zij niet is herroepen, zoolang zij dus bestaat; want dat herroepen is het vernietigen der bekentenis, wat maar in één geval kan plaats hebben, namentlijk wanneer men in de feiten gedwaald heeft, let wel, niet reeds als de bekende feiten onwaar zijn; dit laatste is niet voldoende.

Gaarne geef ik toe dat dit eenigszins een bewijs is voor de theorie der wilsverklaring; men kan toch zoo redeneeren: Waarom is alleen in dit geval de herroeping toegelaten?

Omdat, wanneer men niet in de feiten gedwaald

had, men niet zoude gewild hebben; de wil is hier dus de grond waarom de bekentenis bindend is, het is toch precies hetzelfde als bij de contracten; heeft daar een dwaling plaats gehad, zoodanig, dat indien men niet gedwaald had, men niet gewild zoude hebben, dan kan men ook daar vernietiging der overeenkomst op grond van dwaling vragen; en hier vraagt men de herroeping op grond van dwaling, dat is de vernietiging van de afgelegde bekentenis.

Onjuist is die redeneering zeer zeker niet, maar zij is evenmin afdoende; want omdat op een punt overeenkomst bestaat tusschen de bekentenis en overeenkomsten, waar de wil op den voorgrond staat, is dit nog geen reden dat de wil bij bekentenis ook op den voorgrond moet staan; integendeel, de wil kan bij de bekentenis niet het hoofdbestanddeel uitmaken, zooals wij boven hebben aangetoond 1° omdat de rol van den rechter anders in die van dienaar der partijen zoude ontaarden 2° omdat eene wilsverklaring zonder bekentenis bij den rechter hoe genaamd geen verbindende kracht heeft. Het is dus evenmin eene steekhoudende redeneering als die der aanhangers der theorie dat de bekentenis een bewijs is namentlijk dat niemand iets zal bekennen tegen de waarheid in, en dat dus het waar zijn van

het bekende de grond is van de verbindbaarheid der bekentenis, dat derhalve bekentenis is een bewijs.

Om het karakter van iets op te sporen moet men niet de toevallig bijkomende omstandigheden nagaan, maar men moet tot het wezen der zaak doordringen, en dit kan niet anders als door het nagaan der verschijnselen in hunne algemeenheid.

Wij zullen dus moeten aantonen, dat wat wij gezien hebben dat bij de theorie der wilsverklaring en van het bewijsmiddel niet het geval is, de algemeenheid der gevolgen van de bekentenis te verklaren is door datgene wat door ons als het wezen der bekentenis is vooropgesteld, nl. het beperkt zijn van het arbitrium des rechters, wat de feiten betreft door de houding der partijen; en mocht hier of daar eene uitzondering bestaan, die volgens deze theorie niet te verklaren is, dan moeten wij aantonen dat voor die afwijking een degelijke grond bestaat; slagen wij daarin niet dan geven wij gaarne toe dat het bewijs, dat wij beloofd hebben niet is geleverd.

Ten einde een niet al te uitgebreid veld te hebben, zullen wij ons bepalen tot het nagaan der gevolgen van de bekentenis volgens de Nederlandsche wetgeving, wat wij ook zullen doen voor de verdere bestrijding der bewijstheorie, en daarom nu aanvangen met de refutatie van Prof. Opzoomer ad art.

1960 B. W. voor zoover dit nog noodig is na de voorgaande bladzijden.

In de eerste plaats deze opmerking: Prof. Opzoomer bespreekt onze theorie niet, want Savigny, die eigenlijk ons sijsteem is toegedaan, beantwoordt hij alsof deze ware een voorstander der theorie van de wilsverklaring; wij zullen dus voorloopig alleen hebben aan te vullen, niet te verdedigen. Dit vereenvoudigt onze taak zeer, en doet aan de zaak niets af, omdat wij toch in de laatste afdeeling ons systeem, zooals wij zoo even zeiden zullen moeten opbouwen.

Professor Opzoomers eerste argument is „onze wetgeving heeft uitdrukkelijk de bekentenis onder de bewijsmiddelen opgenomen,” dat dit geen afdoend argument is, zal hij zelf wel gaarne toegeven, want moest in ons wetboek alles afhangen van de plaats waar het staat, het zoude er wonderlijk uitzien, zedelijke lichamen in het derde boek behandeld, zouden geen rechtssubjecten zijn, pand- en hypotheekcontract in het tweede boek behandeld geen verbintenis zijn, beklemrecht onder verbintenissen behandeld geen zakelijk recht zijn etc. etc.

Reeds vroeger hebben wij gezien dat Pothier, die de bekentenis of „aveu” ook onder de „preuves” rangschikt, in werkelijkheid toch er iets anders onder

verstaat, hetzelfde nu is ook het geval bij onzen wetgever.

Wat Professor Opzoomers aanmerking op art. 1351 al. 4 betreft, zooals wij vroeger gezien hebben, is daar volgens onze zienswijze sprake van iets anders als bekentenis, en de bezwaren die hij uit dat art. tegen zijne eigene theorie put kunnen ons dus ook niet dienen. Zijn tweede argument, dat men over het algemeen de buitengerechtelijke bekentenis beschouwt als een bewijs, en dat dus daarom de gerechtelijke bekentenis ook een bewijs moet zijn, kunnen wij op de volgende wijze beantwoorden 1° dat de gevolgen van een gerechtelijke bekentenis en van eene buitengerechtelijke zoozeer verschillen, dat wij met veel meer recht zouden kunnen beweeran dat daaruit juist blijkt dat beide van een geheel verschillende natuur zijn, 2° dat al ware dit niet het geval uit de bepalingen van art. 1965 blijkt dat volgens onze wet de buitengerechtelijke bekentenis ook geen bewijsmiddel is; want het kenmerk van de wettelijke bewijstheorie, die ook in ons wetboek gehuldigd is, is dat wanneer tegenover een bewijs geen ander overstaat de rechter gebonden is aan het volgens de voorgeschreven vormen geleverd bewijs, en bij de buitengerechtelijke bekentenis is dit niet het geval; wel een teeken, dat onze wetgever ook de buiten-

*Orijenst;
denke aan de
waardige get.
den geest. Na
de bewijskr. te be-
dwingen is rechtstreeks*

gerechtelijke bekentenis niet voor een waar bewijs heeft gehouden. Dit is geheel overeenkomstig met het wezen der zaak daar toch, al kan eene bekentenis zijn afgelegd omdat men de waarheid wilde bekennen, ook geheel andere motieven daarvoor kunnen aanwezig zijn; of nu het eerste of tweede geval daar is, moet de rechter bij buitengerechtelijke bekentenis uitmaken, en alleen in het eerste geval zal hij ze als bewijs aannemen.

Waarom kan hij dit ook niet doen bij gerechtelijke bekentenis? Waren beide van eene natuur, dan moest dit noodzakelijk daar ook zoo zijn; misschien zal men ons antwoorden:

ja maar bij het bewijs door deskundigen is aan hun rapport de rechter ook niet gebonden, en toch zult gij wel toegeven dat dit een bewijs is; al gaven wij dat toe, dan toch heeft men daar niets bij gewonnen, want tegenover dat bewijs staat dan het bewijs dat de rechter put uit zijn eigen kennis van zaken, zooals hij doet bij gerechtelijke plaatsopneming; en dan blijft onze stelling dat bewijs alleen door een ander bewijs kan te niet gedaan worden ook voor bericht van deskundigen waar, terwijl bij bekentenis omgekeerd, de buitengerechtelijke door den rechter als bewijs verworpen kan worden, al staat er niets tegenover, en de gerechtelijke beken-

tenis, welk bewijs er tegenover staan moge, zoolang zij niet is herroepen, door geen ander tegenover staand bewijs van hare kracht kan worden beroofd.

Hieruit meen ik deze dubbele conclusie te mogen trekken, 1°. noch gerechtelijke, noch buitengerechtelijke bekentenis zijn volgens onze wet een waar bewijsmiddel, 2°. Daar de gerechtelijke bekentenis veel meer, de buitengerechtelijke bekentenis veel minder kracht heeft dan een bewijs moeten zij noodzakelijk ook onderling van nature verschillend zijn.

Wij zagen reeds te voren, dat ook volgens Kanoniek recht de bekentenis niet de „*probatio maxima*” genoemd kan worden, maar een geheel ander karakter schijnt gehad te hebben.

Ongelukkig schijnt mij Professor Opzoomer toe te zijn in de bestrijding der vervolgens aangehaalde plaats van Savigny¹⁾. Deze toch spreekt van het zich onthouden van den rechter van een eigen oordeel over de niet betwiste punten, dat is over het al of niet waar zijn daarvan, en in de Hollandsche vertaling daarvan gegeven doet de hooggeleerde

¹⁾ Die bekentnisz ist nicht so wie jedes wahre Beweismittel, ein Motiv für den Richter, so oder anders zu sprechen, sondern eine Feststellung der Gegenständen, worüber Er sich des eigenen Urtheils zu enthalten hat, weil sie nicht zu dem unter Parteien streitigen Gebiet von behauptungen gehören.

schrijver dien wij hier bestrijden het voorkomen, alsof het beteekende, het zich onthouden van het uitspreken van een oordeel, van het vellen van een vonnis; die onjuistheid springt dadelijk in het oog, en het is genoeg er hier op te wijzen om de geheele verdere argumentatie op dit punt te doen vervallen. En wat de gelijkstelling van de bewijskracht eener authentieke akte met die van eene bekentenis betreft, deze is volgens ons inzicht volkomen onjuist. Aan de authentieke akte heeft de wetgever volstrekt geen andere bewijskracht toegekend als aan de andere bewijsmiddelen; zij wordt door een daartegenoverstaand bewijsmiddel in den toegelaten vorm van hare bewijskracht beroofd b.v. door het bewijs harer valsheid, of wanneer er tegenover staat eene onderhandsche akte of eene decisoire eed. Ook tegenover de gerechtelijke bekentenis mist zij alle kracht wat meer is.

Getuigenbewijs is nog minder tegen eene onderhandsche akte, dan tegen eene authentieke akte toegelaten; tegen den inhoud der eerste in burgerlijke zaken nooit, tegen de inhoud der tweede altijd zoodra zij van valsheid beticht is. Dat de onderhandsche akte, wat haren inhoud betreft, meer kracht heeft dan eene authentieke is ook in zooverre natuurlijk, daar de eerste emaneert van partijen zelve, de tweede wordt opgemaakt door een openbaar ambtenaar.

Dit alleen heeft eene authentieke akte vóór boven eene onderhandsche, dat zij de praesumptie van echtheid voor zich heeft, wat bij deze niet het geval is.

Uit het woord „tegenwerpen,” zoekt Prof. Opzoomer aan te toonen dat de bekentenis toch het onderzoek naar de waarheid der zaak nog aan de rechterlijke beslissing onderworpen laat; dit is waar, wanneer hij bedoelt dat de rechter moet onderzoeken of er eene bekentenis aanwezig is, anders niet. Staat het eens vast dat er eene bekentenis aanwezig is, dan is de rechter steeds daaraan gebonden. Wanneer uit het woord „Tegenwerpen,” Fransch „opposé,” iets af te leiden valt, dan zoude ik veeleer denken dat door dat woord wordt aangetoond, dat de bekentenis een grootere kracht heeft dan alle bewijsmiddelen; dat het beduidt het in den weg stellen van een hinderpaal aan de bekennende partij, die zoolang ze niet weggeruimd is, voor haar een onoverkomelijk bezwaar is om in hare zaak te triumpheeren. Wij moeten hier nog even opmerken, dat wij niet aannemen dat eene gerechtelijke bekentenis, waarvan hier sprake is, ook in een ander geding als zoodanig gebruikt kan worden; de reden waarom hebben wij vroeger reeds meer breedvoerig uiteengezet.

De verdere redeneering van Z.H. Geleerde als verdediging van zijn systeem tegen eenige daarop gerichte aanvallen, kunnen wij, als onze bezwaren niet rakende, met stilzwijgen voorbij gaan.

Waar hij evenwel zegt dat het tot de natuur der bekentenis weinig afdoet, dat ook andere gronden als de waarheid van het bekende haar ten grondslag kunnen liggen, moeten wij zeggen: dit doet wel degelijk veel af; maar wat alles afdoet is dit, dat de gerechtelijke bekentenis niet geldt, omdat zij waarschijnlijk de waarheid bevat, maar alleen omdat de wet er die rechtsgevolgen aan verbonden heeft; zooals blijkt uit de omstandigheid, dat al was nog zoo duidelijk bewezen dat de bekentenis onwaarheid bevat, zij daarom toch niet minder hare volle kracht blijft behouden.

Waar Prof. Opzoomer verder zegt, dat dan ook de erkenning van een handschrift geen bewijs zoude zijn, omdat daaraan ook een andere grond als de waarheid van het feit ten grondslag kan liggen, staan wij in zooverre volkomen aan zijn zijde, dat ook wij die erkenning niet houden voor een bewijs, maar voor eene bekentenis dat het stuk waarop de tegenpartij zich beroept van ons is uitgegaan; dit bewijst dus niets tegen onze redeneering.

Volgens ons heeft Prof. Opzoomer hier twee zaken

verward, namentlijk de kracht van de erkenning en de kracht van het geschrift. Om iets te bewijzen had volgens onze zienswijze zijne redeneering deze moeten kunnen zijn:

Niet altijd ligt de waarheid ten grondslag aan datgene wat in een onderhandsch geschrift erkend wordt, bij bekentenis kan datzelfde het geval zijn; het onderhandsch geschrift geldt als bewijs, de bekentenis is dus ook een bewijs.

Die redeneering is gelijk aan deze: een huis is niet altijd gebouwd van steen, datzelfde kan ook bij een put het geval zijn, een huis is een woning, dus een put is eene woning. Deze redeneering gaat natuurlijk niet op, en dus ook evenmin de redeneering door ons hierboven gegeven wat betreft de stelling dat bekentenis zoude zijn een bewijs.

Wij hebben reeds gezien, dat om de natuur van iets na te gaan, het noodig is dat men de verschijnselen daarvan in hunne algemeenheid naga, niet dat men er een enkele neme, er uit de identiteit van dat eene verschijnsel besluite tot de identiteit der oorzaken.

Mij komt het argument, geput uit art. 1963 B. W. niet zooals het bij Prof. Opzoomer gerelateerd wordt maar in dezer voege onomstootelijk voor.

Als gerechtelijke bekentenis een bewijsmiddel was,

dan moest, wanneer hare onwaarheid is gebleken, zij vervallen; dit is niet het geval, want zelfs al bewijst men de onwaarheid ervan volkomen, toch blijft zij gelden. Dat zij bij dwaling in de feiten kan herroepen worden zoude iets kunnen bewijzen voor de theorie der wilsverklaring, nooit iets voor de theorie van het bewijs, want het is niet voldoende dat het bekende onwaar zij, maar het moet bewezen zijn dat de bekentenis is afgelegd tengevolge van dwaling in de feiten; geen dwaling in de feiten, dan ook geen herroeping mogelijk.

Heb ik dus tegen beter weten in bekend u iets schuldig te zijn, dan kan ik, zelfs om de bekentenis in te trekken, mij niet op de onwaarheid daarvan beroepen; hoe rijmt men dat met de opvatting der bekentenis als bewijsmiddel? Dat de bekentenis in onzen zin opgevat nooit herroepen zoude kunnen worden kan ik niet toegeven, want die herroeping is niets anders dan eene te niet doening der bekentenis, door de wet toegelaten; zoodat, nu het den rechter in zijne rechtspraak beperkend element wordt weggenomen, hij in staat gesteld wordt tusschen de beweringen van partijen te beslissen.

Het is ongeveer hetzelfde wat plaats vindt bij een vonnis bij verstek. Indien de gedaagde ofschoon behoorlijk gedagvaard niet verschijnt, moet hij bij

verstek veroordeeld worden, tenzij de wet den rechter hebbe toegestaan dit niet te doen; wordt echter door het later gevolgd verzet het verstek te niet gedaan, dan zal de rechter weer in de beoordeeling der zaak zijne volle vrijheid terug erlangen. Hiermede meen ik te mogen eindigen, en uit al dit voorgaande met gerustheid te mogen afleiden, dat ook bij ons bekentenis geen bewijs is.

III.

De gerechtelijke bekentenis, want dit is de eenige waarmede wij hier te doen hebben, heeft volgens onze wet dezelfde gevolgen, wat den gedaagde betreft, alsof hij geene verdediging gevoerd had; of zelfs geheel niet in rechten was verschenen. Volgt in al die gevallen uit de door den eischer voorop gestelde feiten, het daaraan door hem verbonden gevolg, dan wordt de gedaagde veroordeeld.

Het eenige onderscheid is dat de gedaagde in bovengenoemde twee gevallen de gevolgen van niet te antwoorden, wanneer de zaak nog voor hooger beroep vatbaar is, voorkomen kan door een later antwoord in hooger beroep, en in geval van niet verschijnen door een verzet tegen het vonnis bij verstek gewezen; terwijl de gevolgen van bekentenis alleen kunnen worden voorkomen door het bewijs te

leveren dat men in de feiten gedwaald heeft. Dat andere rechtsmiddelen moeten aangewend worden om op te komen tegen de vonnissen, in die gevallen gewezen als om op te komen tegen een afgelegde bekentenis is geen onderscheid in de gevolgen, maar vloeit voort uit den aard der zaak, d. w. z. dat natuurlijk niet verschijnen alleen door een later verschijnen, niet antwoorden alleen door een later antwoorden kan verholpen worden.

Uit de identiteit der algemeenheid van de gevolgen, meen ik dat men mag besluiten tot de identiteit der oorzaken.

Kunnen wij nu nagaan welke de oorzaken der veroordeeling in de beide eerste gevallen is, dan mogen wij besluiten, dat dezelfde oorzaak ook bestaat bij de bekentenis.

Waarom wordt een gedaagde bij niet antwoorden of niet verschijnen veroordeeld, als de eisch maar op de wet gegrond is, d. i. wanneer uit de door den eischer vooropgestelde feiten, het door hem daaraan verbonden rechtsgevolg voortvloeit, omdat hij het gewild heeft? Zeer zeker niet, want hij is niet in het proces en kan dus ook niets willen.

Omdat zijn niet verschijnen een bewijs is voor de gegrondheid van de vordering des eischers? Zeer zeker niet, want hier vervalt zelfs het voornaamste argu-

ment door de aanhangers der theorie van het bewijs aangehaald, namentlijk dat bekentenis in onze wet als bewijs is opgenomen; want met het niet verschijnen van den gedaagde is dit niet het geval.

Maar waarom dan zal men vragen? Nergens anders om, als omdat bij ons de rechter in civiele zaken geen inquisitoriale macht heeft, maar slechts eene decisoire, zoodat hij alleen heeft te beslissen tusschen datgene wat door partijen is aangevoerd, en op grond van wat door hen is bewezen of erkend.

In het geval nu dat eene partij niets heeft aangevoerd, valt aan geene beslissing tusschen het aangevoerde te denken, en moet dus de rechter het door de eene partij aangevoerde als vaststaand aannemen; dat hij toch nog in dit geval den eisch kan ontzeggen is een gevolg van zijne andere functie, te weten het toepassen der wet. In geval b.v. des eischers eisch niet op de wet gegrond is, d. w. z. wanneer de wet aan de door hem voor opgestelde feiten niet die rechtsgevolgen verbindt, die hij aan verbonden wil zien, moet de rechter hem dien eisch ontzeggen, al heeft de gedaagde bekend. Ik eisch b. v. de veroordeeling van den gedaagde wegens een onrechtmatige daad, op grond dat hij niet aan zijne verbintenis heeft voldaan. In dit geval nu zal de rechter overwegen, dat uit deze

overeenkomst geen actie wegens onrechtmatige daad kan ontstaan; en niettegenstaande het niet-verschijnen van den gedaagde, niettegenstaande het ontbreken van eene verdediging, niettegenstaande de bekentenis van den gedaagde, des eischers vordering ontzeggen.

Waarom? Omdat de rechter de wet moet toepassen, en de wet het niet nakomen eener verbintenis niet gelijkstelt met eene onrechtmatige daad, het fundamentum petendi is dus een ander, en daarom kan ook niet de toewijzing der vordering plaats hebben. Als wij dus recapituleren vinden wij, dat niet verschijnen, zich niet verdedigen en bekennen, wat de gevolgen betreft, hetzelfde is; de grond van dit alles is zooals wij zagen het niet mogen inwerken van den rechter op de processuële houding van partijen.

Onwillekeurig doet zich de vraag bij mij op: is dat systeem goed? zoude het niet beter zijn van den rechter evenals in strafzaken eene inquisitoriale macht toe te kennen.

Zoolang men in de rechtsgeschiedenis kan nagaan, heeft dit alleen plaats gehad in het Pruissisch Landrecht, tegen het eind der achttiende eeuw; en toch is men ook daar zeer spoedig van dit systeem teruggekomen, niet alleen om de vele daaraan verbonden bezwaren, maar ook om het onhoudbare der theorie zelve. Waarop kan men deze gronden? Alleen op

de zorg, die de staat ook zoude moeten uitoefenen voor de privaats belangen van ieder individu in den staat, en dus de absolute bevoegdheid van den staat om die belangen te regelen, afgescheiden van den wil van de personen zelf; met andere woorden, met geheele naar achter dringing en vernietiging van het individu. Eene dergelijke theorie wordt zelfs niet door de meest geavanceerde socialist en communisten volgehouden, omdat het toch tot de onmogelijkheden behoort, den wil, zonder welke een individu als subject van recht niet denkbaar is, juist waar het de belangen van dat individu als subject van recht geldt, door theorieën weg te cijferen.

Geheel iets anders is dit bij publiek recht, b.v. strafrecht, daar toch treedt op den voorgrond het algemeen belang.

Dat daar eene inquisitoriale rechtsmacht bestaat is natuurlijk, ook de vertegenwoordiger van het O. M. treedt dan alleen op in het algemeen belang, het privaatsbelang moet hier tegenover op den achtergrond; en toch vindt men nog altijd in ons recht uitzonderingen op den regel dat straf, als zij bij de strafwet bepaald is altijd in het algemeen belang kan geacht worden; zoo staat het aan het openbaar ministerie niet vrij, b.v. bij schending van huwelijkstrouw of belediging te ageren, zonder dat vooraf een klacht

van de beleedigde partij zij uitgegaan, en dat wel omdat in beide gevallen het privaatbelang tegenover het publiek belang wederom op den voorgrond treedt.

Met de bestrijding der inquisitoriale theorie zijn wij tegelijkertijd een goed eind gevorderd met de verdediging der decisoire theorie, wat de privaatbelangen van partijen betreft. Het individu, qualis bestaat, en als zoodanig ook heeft het rechten, al moge men er over verschillen, hoe uitgebreid die rechten zijn tegenover het publiek belang; doch daar het publiek belang niet denkbaar is zonder het bestaan van individuen, en zonder rechten wederom het bestaan van individuen ondenkbaar zijn zoude, zoo volgt daaruit noodzakelijk dat het algemeen belang zelve medebrengt dat de individuen bepaalde rechten hebben.

Bij ons nu is een der door de wet erkende rechten, het recht om over zijne vermogensrechten te mogen beschikken, althans voor zoover die beschikkingen niet in strijd zijn met het algemeen belang. Is dit waar, dan mogen ook zij die in het algemeen belang zijn aangesteld zich niet anders met de beschikking over de vermogensrechten inlaten als dit in het algemeen belang noodzakelijk is; en nu vraag ik, in hoe verre bij ons de rechters aangesteld zijn in het algemeen belang, en daarop antwoord ik: niet verder

als om geschillen tusschen partijen te beslissen, en de wet toe te passen; bestaat er dus geen geschil, en behoeft de wet niet toegepast te worden, dan is voor de rechtsmacht van den rechter geen rede van bestaan.

Het zal evenwel noodig zijn de wet toe te passen, zoo dikwijls men den rechter adieert; geschillen te beslissen zal alleen dan moeten plaats hebben als er werkelijk een geschil bestaat, zonder geschil dus geene beslissing, geen geschil zonder tegensprekende partij, waarbij het dan op hetzelfde neerkomt of de partij niet is verschenen, niet gelieft te antwoorden of bekend.

Men zal mij waarschijnlijk tegenwerpen, dat uit dit alles zou volgen dat het niet verschijnen, het zich niet verdedigen, of het bekennen dus altijd bij ons de toewijzing van de vordering des eischers zoude moeten ten gevolge hebben; en dat dit niet het geval is, zelfs daar, waar het iets anders geldt als de toepassing der wet, b.v. bij echtscheiding, scheiding van tafel en bed, en scheiding van goederen; daarop antwoord ik echter, dat wat de beide eersten betreft, nergens bij ons is voorgeschreven dat in die gevallen de vordering des eischers, mits op de wet gegrond zijnde, niet zoude moeten worden toegewezen, en wat het laatste betreft, dat dit is eene uit-

zondering, juist in het algemeen belang noodzakelijk, en dat men dus daaruit tegen ons niet mag redeneren, en tegen ons beweren niets kan bewijzen. Nu weet ik wel dat men, om aan te toonen dat ook bij echtscheiding de bekentenis niet geldt een beroep doet op art. 263 B. W., houdende dat echtscheiding bij onderling goedvinden verboden is; en dat het gevolg van echtscheiding en scheiding van tafel en bed ook ten gevolge heeft scheiding van goederen, dat men dus door bekentenis toe te laten als bewijs de echtscheiding door onderling goedvinden in de hand werkt, en het verbod van scheiding van goederen illusoir maakt.

Hiertegen valt evenwel aan te merken, dat wat de echtscheiding betreft bij onderlinge toestemming, deze toch bij ons, al is het dan ook langs een omweg, kan verkregen worden, namentlijk door de ontbinding des huwelijks na 5 jaar na scheiding van tafel en bed; en wat de scheiding van tafel en bed betreft, dat, daar deze kan plaats hebben bij onderlinge toestemming, zelfs zonder opgave van eenige reden, het onlogisch zoude zijn, hier een middel uit te sluiten, dat bij ieder andere zaak tot toewijzing der vordering moet leiden.

Afdoende argumenten buiten de wet heeft men er niet voor, om in beide gevallen de bekentenis buiten

te sluiten, en in de wet bestaat daar evenmin eenig argument voor; integendeel volgt uit art. 1962 B. W., dat men ten onrechte in deze gevallen het gevolg der bekentenis wil hebben uitgesloten.

Ons beweren nu dat de gerechtelijke bekentenis in het publiek belang bij scheiding van goederen is uitgesloten, zal na het voorgaande wel onhoudbaar schijnen; de redeneering is toch: echtscheiding, scheiding van tafel en bed hebben ook tengevolge scheiding van goederen; hoe kan nu scheiding van goederen alléén zijn in het publiek belang, de anderen niet?

Ik antwoord: 1°. De redenen door de wet vereischt voor scheiding van goederen zijn allen van dien aard, dat daardoor de schuldeischers van den man zullen beroofd worden van de kans om hunne vordering op hem te verhalen, zoodat de waarborg die zij vonden in de huwelijksgemeenschap van man en vrouw voor hen verloren is. 2°. Bestaat hier gegronde vrees voor collusie tusschen man en vrouw, die zich in de twee eerste gevallen niet licht zal voordoen, daar toch, al wordt ook bij scheiding van tafel en bed de huwelijksband niet verbroken, hij aanmerkelijk wordt verzwakt; iets waartoe echtgenooten die het met elkander eens zijn, niet licht zullen overgaan.

Bij scheiding van goederen daarentegen, bestaat zooals wij zeiden, voor collusie het grootste gevaar. Daar toch wordt de huwelijksband geensints verzwakt, en het is een zeer gemakkelijk middel om aan de schuldeischers al de waarborgen te onttrekken, die zij in de huwelijksche gemeenschap, met het oog waarop zij misschien alleen den man crediet gegeven hebben, hadden. En nu zal wel niemand ontkennen, dat waar dergelijk gevaar bestaat, het in het algemeen belang is, dat daartegen gewaakt worde.

Dat bij minderjarigen geen bekentenis te pas komt, is zooals wij reeds gezien hebben niet te verklaren met de bewijstheorie. In ons systeem evenwel past dit volkomen, daar de minderjarigen niet hebben het „jus standi in judicio”, ook daarin geen houding kunnen aannemen, en dus ook des rechters bevoegdheid niet door het afleggen eener bekentenis kunnen beperken. Getrouwde vrouwen daarentegen, mits behoorlijk bijgestaan door hun man, kunnen wel degelijk eene bekentenis afleggen met al de gevolgen van dien, juist weer omdat zij behoorlijk bijgestaan door hun man het „jus standi in judicio” hebben.

Wat is rechtens bij den failliet? Deze vraag vindt hare oplossing in het antwoord dat men geeft op de vraag: „heeft de failliet het jus standi in judicio niet, of verliest hij alleen de beschikking over zijn

vermogen, en behoudt hij in zekere gevallen het jus standi in judicio? Beslist men die vraag toestemmend, dan zal ook in die gevallen zijne bekentenis kracht hebben.

Wat de onder curatele stelling van personen betreft, moet men in aanmerking nemen dat het daar 1° niet zuiver vermogensrechten geldt, en dat het dus niet met onze theorie strijdt, dat niettegenstaande die bekentenis, toch bij onder curatele stelling de rechter getuigen kan hooren; daarenboven is dit een natuurlijk gevolg van het mogelijk ontbreken der verstandelijke vermogens bij den curandus, in dat geval kan hij geen geldige bekentenis afleggen; zijn niet verschijnen of niet verdedigen mogen evenmin om diezelfde reden den rechter binden.

De rechter die zooals wij straks gezien hebben, in het algemeen alléén tusschen de beweringen der litigeerende partijen moet *beslissen*, moet hier in het algemeen belang tusschen beide komen; en de uitzondering die wij hier hebben is dus niets anders dan eene toepassing van den regel, zooeven door ons vermeld, dat den rechters alleen in het algemeen belang in civilibus eene inquisitoriale macht is toegekend.

Hiermede meen ik de verschillende gevallen, waarin bekentenis bij ons den rechter niet bindt, te hebben nagegaan; in diezelfde gevallen wordt hij ook niet

gebonden door het niet verschijnen of niet antwoorden, anders altijd.

De gevolgen van het bekennen, van het niet verschijnen of het zich niet verdedigen van den gedaagde zijn dus altijd dezelfde, en daaruit meen ik de conclusie te mogen trekken dat de oorzaak waarom, zoowel in het eene als in het andere geval de rechter gebonden is, ook dezelfde moet zijn; en daar wij nu hebben aangetoond, dat bij het niet verschijnen of zich niet verdedigen deze geene andere zijn kan dan het missen der inquisitoriale macht van den rechter, meen ik te mogen besluiten, dat dit ook de grond is, waarom de rechter aan de bekentenis van partijen gebonden is; te meer meen ik tot die conclusie gerechtigd te zijn, daar hierboven mijns inziens voldoende is bewezen dat noch met de theorie der wilsverklaring, noch met die van het bewijs de grond waarom de rechter door de bekentenis gebonden wordt, is te verklaren.

STELLINGEN.

STELLINGMA

STELLINGEN.

I.

Ten onrechte beweert Windscheid dat een onschuldig later gevolgde insolventie den schuldenaar ook van de gevolgen der in mora stelling bevrijdt.

II.

In L. 153. D. d. R. J. en L. 8. D. de acquirenda vel ammittenda possessione Lib. 41 tit. 2, beteekent *utrumque alterutrum*.

III.

Hoeveel afkeuring art. 562 B. W. ook hebbe ondervonden, toch is het met het oog op de historische ontwikkeling volkomen gerechtvaardigd.

IV.

Terecht is bij arrest van den H. R. dd. 7 Januari 1859 (zie Wkbld. v. h. R. 2045) uitgemaakt, dat het bestaan van een raam met openslaand venster in een muur, onmiddelijk grenzend aan het naastgelegen erf, niet kan aangemerkt worden als het zichtbaar teeken van erfdienstbaarheid van licht, en dat de betimmering van dat licht door den nabuur niet kan gehouden worden voor stoornis in dat bezit.

V.

Ten onrechte wordt bij arresten van den H. R. dd. 20 Dec. 1850 en 6 Maart 1872 (zie Wkbld. v. h. R. 1203 en Wkbld. v. h. R. 3440) uitgemaakt dat partijen kunnen bepalen dat de ontbinding eener overeenkomst zal plaats hebben, zonder rechterlijke tusschenkomst.

VI.

Het staat den erflater vrij een' executeur testamentair te benoemen met recht van bezit ook voor langer dan een jaar.

VII.

Bodemarij is niet het *foenus nauticum* der Romeinen, maar dient alleen om het contract van geldleening te wijzigen.

VIII.

De failliet verliest door zijne faillietverklaring niet het *jus standi in judicio*.

IX.

Eene assignatie kan niet worden getrokken aan eigen order.

X.

Ten onrechte beweert Prof. Faure dat ook in eerste instantie de gedaagde het recht zoude hebben de termijn van verschijning te vervroegen.

XI.

Wanneer een der partijen vermeent dat door het uitgebracht rapport der deskundigen de rechter niet behoorlijk is voorgelicht, staat het haar vrij aan den rechter de benoeming van andere deskundigen te vragen.

XII.

De in 1879 voor de Nederlandsche krijgsmacht afgeschafte kruiwagenstraf was niet onteerend.

XIII.

Tot het misdrijf van bedelarij is altijd vereischt dat men het medelijden bij den aangesprokene heeft opgewekt.

XIV.

Bij klachtdelikten staat het den klager vrij, zelfs na de dagvaarding, door intrekking der klacht de vervolging te doen ophouden.

XV.

Het is wenschelijk dat in een strafvonnis ieder bewijsmiddel, door den rechter gebezigd voor de veroordeeling, afzonderlijk worde aangehaald; ten einde zoo den H. R. in de gelegenheid te stellen om te kunnen oordeelen of al dan niet op wettige bewijsmiddelen is recht gedaan.

XVI.

Eene constitutionneele monarchie mag niet zonder vertegenwoordiging zijn; hiermede strijdt art. 70 G. W.

XVII.

Art. 5 G. W. is overtollig.

XVIII.

Het eerste gedeelte der bepaling van art. 198 G. W. moet vervallen, terwijl het tweede gedeelte in hoofdstuk II, afdeeling 1, behoort geplaatst te worden.

XIX.

Om aan hare bestemming als volksvertegenwoordiging te voldoen, moet ook de Eerste Kamer der St.-Gen. het recht van amendement hebben.

XX.

Een staat die invoerrechten heft, met het doel een tak van industrie te bevorderen, of een kwijnende tak van industrie op te beuren, handelt verkeerd.

