Kan de decisoire eed worden opgelegd, als tegenbewijs van hetgeen in eene notarieële akte vermeld staat?

Kan de decisoire eed worden opgelegd, als tegenbewijs van hetgeen in eene notarieële akte vermeld staat?

Kan de decisoire eed worden opgelegd, als tegenbewijs van hetgeen in eene notarieële akte vermeld staat?

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD

VAN

Doctor in de Rechtswetenschap,

AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT,

NA MACHTIGING VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS

MR. H. J. HAMAKER,

Hoogleeraar in de Faculteit der Rechtsgeleerdheid,

VOLGENS BESLUIT VAN DEN SENAAT DER UNIVERSITEIT

EN

OP VOORDRACHT DER RECHTSGELEERDE FACULTEIT,

TE VERDEDIGEN

op Woensdag 19 December 1883, des namiddags te 2 ure,

DOOR

AART VAN DE KOPPEL Gz.

Geboren te ALMKERK.

UTRECHT,

KEMINK & ZOON.

1883.

Het navolgende geval, dat zich in de praktijk voor deed, gaf mij aanleiding, om de behandeling der daarbij betrokken rechtsvraag tot onderwerp van mijn proefschrift te nemen.

Een vader van vier zoons, verkoopt kort vóór zijn overlijden, aan een dezer al zijne onroerende goederen. Van dit koopcontract is eene notarieële akte opgemaakt, waarin door den vader, onder meer, de verklaring is afgelegd, dat de geheele koopsom, door hem, van zijn zoon, is ontvangen. Toen nu na het overlijden van den vader, door den kooper van dit contract aan zijne drie broeders mededeeling werd gedaan, vermoedden deze dat dit slechts dienst deed als eene vermomde schenking; in dit vermoeden werden zij vooral gesterkt, doordat van de gansche koopsom, niets in de nalatenschap wordt gevonden. Zij zien zich, aangezien de verkochte goederen ongeveer het gansche vermogen van hunnen vader uitmaakten, verkort in hunne rechten van legitima-

rissen. Zij eischen derhalve van den kooper alsnog betaling der koopsom, voor zooverre hun wettelijk aandeel betreft. Deze weigert hieraan te voldoen, omdat volgens hem, de authentieke akte bewijst, dat de koopsom door hem reeds is betaald. Zijn de eischers in casu, gerechtigd om door middel van den decisoiren eed, het tegendeel te bewijzen der verklaring, die in de akte vermeld staat? M. a. w.: kunnen zij aan hunnen broeder den eed opdragen waarbij hij bevestigt aan hunnen vader te hebben voldaan? Zoodat bij diens weigering, het tegendeel van den inhoud der akte door hen zou zijn bewezen?

Om de hier gestelde vraag te kunnen beantwoorden, is het noodzakelijk vooraf te bespreken de beteekenis der artt. 1907 en 1908, waarin bepaald wordt, wat de authentieke akte bewijst, en ten aanzien van wien zij bewijs oplevert. Art. 1907 luidt: „eene authentieke akte levert tusschen partijen en derzelver erfgenamen of rechtverkrijgenden, een volledig bewijs op van hetgeen daarin vermeld staat."

De laatste woorden hebben tot niet geringe moeielijkheden aanleiding gegeven, en de meest uiteenloopende beteekenissen zijn er aan toegekend.

Zoo meent Prof. Opzoomer, dat men aan het woord „*vermeld*" geen andere beteekenis kan hechten, dan

die, waardoor het alleen met datgene in verband wordt gebracht, wat voor den openbaren ambtenaar zelven is voorgevallen en in den kring zijner bemoeiingen is gelegen. Hij neemt het woord *vermeld* in zeer beperkten zin; de authentieke akte *vermeldt* volgens hem alleen datgene, wat de openbare ambtenaar in de akte verklaart te hebben waargenomen. Dit wordt in de akte vermeld, en dus door de akte bewezen. Wat betreft datgene, wat partijen ten overstaan van den ambtenaar verklaren, hoewel deze verklaringen ook gezegd kunnen worden in de akte vermeld te zijn, de bewijskracht daarvan zou niet in art. 1907, maar in art. 1908 geregeld zijn en door de wet genoemd een bloot te kennen geven. Alleen van hetgeen hij zelf heeft waargenomen, kan de ambtenaar de zegsman zijn; van hetgeen in de akte als een bloot te kennen geven voorkomt, kan hij wel getuigen, dat het in zijne tegenwoordigheid is te kennen gegeven, maar niet dat het ook inderdaad zoo is. Hij kan hier het feit niet vermelden, wel de bewering van het feit, die voor hem is uitgesproken.

Als ik den heer Opzoomer goed versta *vermeldt* de akte 1° datgene wat de ambtenaar zelf heeft waargenomen, 2° dat partijen hem iets hebben te kennen gegeven, (het tweede is in het eerste begrepen, duidelijkheidshalve onderscheid ik echter).

Dat het sub 1 bedoelde feit en het sub 2 bedoelde te kennen geven hebben plaats gehad, bewijst de acte, volgens art. 1907. De waarheid van den inhoud van het sub 2 bedoelde te kennengeven zal slechts bewezen zijn, zoo het in een dadelijk verband staat met den inhoud der akte, volgens art. 1908.

Ik kan mij met deze uitspraak geenszins vereenigen. Volgens deze leer toch zou er, bij afgelegde verklaringen, alleen bewezen zijn dat die aflegging voor den ambtenaar zelven heeft plaats gehad, niet meer. De waarheid der verklaring zou er geenszins door bewezen zijn. Wat zou men nu aan dergelijke bewijskracht hebben?

Gaat men met het doel naar den openbaren ambtenaar, om later slechts bewezen te hebben, dat men voor hem is verschenen, om deze of gene verklaring af te leggen? Men tracht zich hiertegen te verdedigen met de bewering, dat het voldoende voor ons wezen zal, zoo de wilsverklaring wordt bewezen, omdat door de gewone rechtsregelen aan die wilsverklaring immers verbindende kracht wordt toegekend.

Oogenschijnlijk zou men aan 't bewijs dezer wilsuiting genoeg hebben, doch bij nader inzien blijkt, dat die wilsverklaring dan steeds in den vorm van den tegenwoordigen tijd zou moeten plaats hebben ge-

had. Men zou voor den ambtenaar altijd moeten verklaren te willen, nimmer gewild te hebben. Zegt A. met B. voor den ambtenaar verschenen zijnde, het huis van dezen voor *f* 5000.— te koopen, en B. datzelfde huis aan A. voor dien prijs te verkoopen, dan worden door den ambtenaar de wilsverklaringen geconstateerd, die het koopcontract zullen doen ontstaan. Doch zegt A., met B. voor den ambtenaar verschenen zijnde, het huis van dezen voor *f* 5000.— gekocht en B. aan A. datzelfde huis voor genoemden prijs verkocht te hebben, dan worden door den ambtenaar geen wilsverklaringen geconstateerd, die het koopcontract vormen.

De akte bewijst dan wel twee verklaringen, namelijk twee verklaringen waarbij erkend wordt dat er vroeger een koopcontract is gesloten, maar geen wilsverklaringen tot het doen ontstaan van dat koopcontract zelf; en dit laatste is dus geenszins bewezen.

Zal dat nu het doel zijn, waarmeê partijen, de akte hebben doen opmaken?

Hetzelfde zal het geval zijn bij eene akte van kwijting; A verklaart in eene notariële akte de *f* 200, die B hem schuldig was te hebben ontvangen. Deze akte zou dus slechts bewijzen, dat A *verklaard* heeft te zijn gekweten, geenzins de kwijting zelve. De akte bewijst nu ook eene verklaring, namelijk de

bekentenis van te hebben ontvangen, maar wat zal B aan dit bewijs hebben, daar het immers aan A vrijstaat te zeggen, dat deze zijne bekentenis, als zijnde buiten rechten gedaan, van nul en geener waarde is? Ook hier ziet men, dat het niet de bewijskracht zou zijn, die partijen bedoelden.

Maar zal men zeggen, de verklaring der partijen, dat zij elkaar een huis verkocht hebben, of dat eene schuld is voldaan, is een te kennen geven, en zoo nu zulks met het onderwerp der akte in dadelijk verband staat, wordt dit volgens art. 1908 ook bewezen; wel niet tegenover derden volgens Prof. Opzoomer, maar toch tegenover de partijen en hunne erfgenamen en rechtverkrijgenden.

Wat echter zal men in dit geval, waar de akte alleen een te kennen geven inhoudt, onder het onderwerp der akte moeten verstaan?

De verklaring der partijen dat zij een koopcontract gesloten hebben?

Dit is niet mogelijk, dit is juist het te kennen geven zelf; de verklaring dan door den ambtenaar in de akte neergelegd van hetgeen door hem is waargenomen?

Maar hij heeft in ons geval slechts waargenomen eene tekennengeving (dat zij een koopcontract gesloten hebben); en die tekennengeving zal wel steeds in hetzelfde dadelijke verband staan met de daarvan

opgemaakte akte, zoo men hier al van een verband kan spreken.

Ik meen dat Prof. Opzoomer zich weder voorstelt het geval, dat de partijen de wilsverklaringen zelve voor den ambtenaar afleggen; b.v. een koopcontract ten zijnen overstaan sluiten; geeft nu de eene of andere partij een feit te kennen, dat in onmiddelijk verband staat met dien koop, zoo zijn niet alleen de wilsverklaringen die den koop uitmaken, want deze heeft de ambtenaar zelf waargenomen, maar is ook dat te kennen gegeven feit bewezen.

Een bloot te kennen geven dus bij gelegenheid eener voor den ambtenaar afgelegde wilsverklaring zou dan bewijs opleveren; maar wanneer het door den ambtenaar waargenomene niet in eene wilsverklaring, maar slechts in een te kennen geven bestaat, zie ik niet in hoe volgens de leer van Prof. Opzoomer daaraan eenige andere bewijskracht zou zijn toe te kennen, dan als eene bekentenis buiten rechten afgelegd; terwijl dan aan een te kennen geven bij gelegenheid eener wilsverklaring, door dit art. 1908 eene bijzondere bewijskracht zou worden toegekend, gelijkstaande met eene bekentenis in rechten.

Wanneer nu echter Prof. Opzoomer, dat, wat partijen aan den ambtenaar mededeelen, een bloot te kennen geven, noemt, stelt hij waarschijnlijk dit

mededeelen als een te kennen geven in tegenstelling van het afleggen der wilsverklaring; dit zou juist kunnen zijn als art. 1908 aldus ware geredigeerd: „eene authentieke akte levert echter geen voldoend bewijs op omtrent hetgeen daarin als bloot *door partijen* te kennen gegeven voorkomt." De tegenstelling is echter anders. Het „bloot te kennen geven" staat niet tegenover de door partijen voor den ambtenaar afgelegde wilsverklaring, en evenmin het te kennen geven door partijen tegenover het vermelden door den ambtenaar; bloot te kennen geven staat tegenover het door partijen met volle bewustheid verklaren van al datgene, wat zij wenschen door den ambtenaar geconstateerd te zien, en wat het eigenlijke onderwerp der akte zal moeten uitmaken.

En eindelijk zal ook de bepaling, dat het vermelde bewijs oplevert tusschen partijen of derzelver erfgenamen of rechtverkrijgenden, bezwaar opleveren tegen deze opvatting; want was slechts het voor den ambtenaar voorgevallene door de akte bewezen, waarom zou dit dan slechts beperkt zijn tot dezen?

Waarom zou wat de ambtenaar ex officio constateert slechts bewijs opleveren tusschen partijen en derzelver erfgenamen of rechtverkrijgenden en niet tegen derden? Daarvoor zou geen enkele reden te vinden zijn.

Dit bezwaar ontkent Prof. Opzoomer echter,

daar hij aanneemt, dat de vermelding door den ambtenaar van hetgeen hij heeft waargenomen, tegenover een ieder bewijskracht heeft, en men hier niet het argumentum a contrario mag toepassen.

Hierover later. Maar ook in verband met het art. 1912, dat de bewijskracht van onderhandsche akten regelt, schijnt mij deze opvatting van art. 1907 niet aannemelijk. Dit art. 1912 bepaalt dat onder zekere voorwaarden de onderhandsche akte *hetzelfde volledig bewijs oplevert* als eene authentieke akte, en de bepaling van art. 1908 op gelijke wijze daarop toepasselijk is. Maar de authentieke akte zou volgens art. 1907 alleen bewijzen wat daarin vermeld staat als voor den ambtenaar voorgevallen, en dat bewijs bedoelt art. 1912 initio, want het zegt dat art. 1908 op gelijke wijze van toepassing is; *hetzelfde volledig bewijs* moet dus slaan op de bewijskracht in art. 1907. In eene onderhandsche akte wordt echter niets vermeld in den zin, zooals de heer Opzoomer dat woord in art. 1907 opvat, namelijk door den ambtenaar vermeld; wil hij nu hier het woord vermelden, als een vermelden door de partijen opvatten, waar blijft men dan bij de toepassing van art. 1908 op onderhandsche akten met het woord te kennen geven, 't geen de heer Opzoomer in art 1908 als een te kennen geven door de partijen, voor den ambtenaar opvat? M. a. w. in eene onderhandsche akte wordt

evenzeer als in eene authentieke akte, volgens de terminologie der wet iets *vermeld*, want ook art. 1912 zegt, dat de onderhandsche hetzelfde bewijs oplevert als eene authentieke, d. i. een volledig bewijs van hetgeen daarin *vermeld* staat; ergo heeft de heer Opzoomer geen recht om dat woord, als door den ambtenaar vermeld, in dien engen zin op te vatten. Ook Mr. van Weel [1]) stemt met deze leer van Prof. Opzoomer in.

Het bewijs der authentieke akte bepaalt zich, zoo lezen we aldaar op pag. 112, tot de echtheid van het geschrift, en tot de daadzaken, waaromtrent de openbare ambtenaar op grond der waarnemingen door hem met zijne zintuigen gedaan, in de akte eene getuigenis afgelegd heeft. Elke ontkentenis van deze echtheid of van die daadzaken kan alleen langs den weg van betichting van valschheid geschieden; elke tegenspraak van al het andere, dat in de authentieke akte vermeld staat en dat door den openbaren ambtenaar niet met zijne zintuigen is waargenomen, hetzij omdat in het algemeen, hetzij omdat in casu omtrent het vermelde door de waarneming met de zintuigen geene genoegzame zekerheid kan verkreken worden, kan door elk geoorloofd bewijsmiddel geschieden. Wij gevoelen ons evenwel verplicht,

1) Mr. van Weel, eenige aanteekeningen over schriftelijk bewijs naar aanleiding van art. 1909 B. W. (academisch proefschrift. Leiden 1863).

zoo gaat hij voort, dit nog eenigzins op te helderen, niet omdat er duisterheid zou bestaan, maar omdat het laatste oogenschijnlijk in strijd is met hetgeen wij betoogden; men zou mij namelijk kunnen tegenwerpen, gij zegt: 1° „de authentieke akte bewijst alleen de daadzaken of feiten, welke door het getuigenis van den openbaren ambtenaar geconstateerd worden en 2° tegen deze daadzaken is geene tegenspraak geoorloofd, dan door middel van eene betichting van valschheid; nu spreekt gij daarbij van tegenspraak tegen andere zaken, derhalve neemt gij aan, dat de authentieke akte nog meer kan bewijzen dan daadzaken, die door het getuigenis van den openbaren ambtenaar geconstateerd worden." Mij dunkt dat in deze tegenwerping niets vreemds zou zijn gelegen. Mr. v. Weel tracht echter haar onjuistheid door het navolgende voorbeeld aan te toonen: A en B gaan tot een Notaris en leggen de navolgende verklaringen af, te weten:

A. 1° dat hij het huis door hem bewoond, verkoopt aan B; 2° dat die verkoop geschiedt voor *f* 1000, welke hij reeds van B ontvangen heeft; 3° dat hij verkoopt onder de navolgende voorwaarden, etc.; B verklaart: 1° dat hij het huis door A bewoond, koopt van A; 2° dat die koop geschiedt voor *f* 1000 welke hij reeds aan A voldaan heeft; 3° dat die koop geschiedt onder dezelfde voorwaar-

den als door A reeds genoemd. Hiervan wordt eene behoorlijke akte verleden. Nu bewijst die authentieke akte al de afgelegde verklaringen, omdat zij als zoo vele daadzaken door den openbaren ambtenaar, die ze met zijn gehoor heeft waargenomen, getuigd worden; zij worden ten aanzien van allen bewezen, en geene van haar kan tegengesproken worden, zonder de akte van valschheid te betichten. Meer dan die verklaringen bewijst de authentieke akte echter niet, het overige heeft de ambtenaar slechts hooren zeggen, hij kan niet getuigen dat hetgeen die verklaringen in zich sluiten werkelijk zoo is. Maar, zal men zeggen, de authentieke akte bewijst toch, dat er eene overeenkomst van koop en verkoop enz. tusschen A en B bestaat. Neen dat bewijst ze niet; ze bewijst alleen dat A en B gemelde verklaringen afgelegd hebben, en uit die verklaringen moet het bestaan der overeenkomst volgen; het juridisch bestaan van die overeenkomst en de verdere bedingen, moet noodzakelijk voortvloeien uit hetgeen door de akte bewezen wordt.

Het is dus in casu niet door de authentieke akte bewezen dat B de *f* 1000 aan A betaald heeft. Zonder de akte van valschheid te betichten kan A derhalve later B aanspreken om die *f* 1000, zeggende: Wij hebben bij het opmaken der akte gemelde verklaring afgelegd, dat erken ik volkomen, dat was

volgens onze afspraak, waarbij wij tegelijkertijd overeen gekomen zijn, dat de betaling zou plaats hebben zes maanden na het verlijden der akte. Nu mag A met alle geoorloofde bewijsmiddelen aantoonen dat werkelijk die afspraak tusschen hen gemaakt is; schiet hij in het bewijs te kort, dan is B niet gehouden die *f* 1000 te voldoen, al heeft hij ze nog niet betaald, en dat niet op grond, dat door deze verklaringen de betaling bewezen wordt, maar omdat A de gevolgen, de uitwerking van de wilsverklaringen moet dragen.

Tegen deze redeneering heb ik bezwaren en wel 1e. dat het voorbeeld mij toeschijnt slecht te zijn gesteld. Zoo reeds vroeger de koopprijs betaald is, hoe kan dan eerst nu het koopcontract, waarbij men het omtrent den prijs immers eerst eens wordt, tot stand komen? Mij dunkt de verklaring had moeten luiden: dat A. aan B. verkocht *heeft* enz. Want zooals nu de woorden gesteld zijn, waarbij de verklaring van den wil tot verkoopen en koopen zelf geconstateerd wordt, daar zal het koopcontract volgen uit hetgeen voortvloeit uit het door de akte bewezene. Ten 2e heb ik hetzelfde bezwaar boven reeds aangetoond, namelijk, dat volgens deze leer het juridische bestaan slechts van die overeenkomst kan worden aangenomen, waarvan de wil tot haar tot standkoming noodzakelijk, ten overstaan van

den openbaren ambtenaar is geopenbaard, m. a. w. slechts daar, waar die wilsverklaring, het feit, het contract zelf vormt. Zoo A. en B. voor den ambtenaar verklaren zekere zaak voor zekeren prijs aan elkaar te verkoopen en koopen, dan vormt deze wilsverklaring het koopcontract. Niet echter is dit het geval met de verklaringen van A. den koopprijs te hebben ontvangen en van B. dien te hebben voldaan. Want hier constateert de ambtenaar slechts die verklaring, en deze vormt niet het feit van betaling. Hier wordt dus, volgens deze leer, niets anders bewezen dan eene mondelinge bekentenis van A. voor den ambtenaar afgelegd, namelijk te hebben ontvangen, en art. 1964 leert ons wat dergelijke bekentenis voor gevolgen zal hebben. Volgens deze theorie zal dus niet op A. de bewijslast rusten, dat de som niet is voldaan, maar B. zal moeten bewijzen wel te hebben voldaan, daar dit immers door de akte niet is bewezen.

Volgens de meening, voorgestaan door Prof. Diephuis, dienen de woorden „van hetgeen daarin vermeld staat" niet om te bewijzen hetgeen in de akte vermeld is als voor den ambtenaar zelven voorgevallen, maar wordt er juist de waarheid van het te kennen gegevene door bewezen. Prof. Diephuis wil onder die woorden verstaan al hetgeen behoort tot het feit of de handeling, die de akte moet consta-

teeren, en ziet er dus het eigenlijk onderwerp der akte in, zooals ook art. 1908 het uitdrukt; welke twee uitdrukkingen volgens hem volmaakt hetzelfde moeten aanduiden.

Ook deze opvatting levert echter bezwaren op; zoo toch door de artt. 1907 en 1908 de waarheid wordt bewezen der in de akte vermelde feiten en verklaringen, hoe wordt dan het feit of de verklaring zelve bewezen?

Dit zal volgens Prof. Diephuis ook wel door de akte worden bewezen, daar hij het *vermelden* in ruimen zin opvat en de akte ook vermeldt het voor den ambtenaar voorgevallene. De bewijskracht van het eene en van het andere moet echter uit den aard der zaak tegenover derden verschillend zijn; de bewijskracht van hetgeen de ambtenaar als publiek persoon ex officio verklaart, en die van hetgeen de partijen voor hem verklaren kan tegenover derden niet dezelfde zijn. Daar nu het bewijs van het door den ambtenaar waargenomene en door hem als zoodanig vermelde wel tegenover een iegelijk zal gelden, 't geen dan ook zoowel de heer Opzoomer als de heer Diephuis aannemen, moet de heer Diephuis er ook toe komen om, daar het artikel geen onderscheid maakt, dezelfde bewijskracht te geven aan de in de akte vermelde feiten, door de partijen medegedeeld, maar niet voor den ambtenaar voorgevallen,

en cijfert hij de uitdrukkingen: erfgenamen en rechtverkrijgenden eenvoudig weg, waartoe ook wel de heer Opzoomer genoodzaakt is.

Ik wil trachten dit bezwaar uit den weg te ruimen, en zoodoende tevens aan de artt. 1907 en 1908 de beteekenis geven, die ze m. i. moeten hebben, en waarbij ook tevens de woorden tot hun recht komen.

Bij eene behandeling van gelijke vraag, als welke ik mij ter beantwoording heb gesteld in dit proefschrift, maakt Mr. Tjaden Busman [1]) onderscheid tusschen de in de akte genoemde daadzaken, die zijn voorgevallen in tegenwoordigheïd van den ambtenaar, en die, welke buiten zijne tegenwoordigheid hebben plaats gegrepen. Volgens dezen schrijver levert de notarieële akte alleen volkomen bewijs op, omtrent de daadzaken, die de ambtenaar zelf met zijne zintuigen waarneemt. Al wat daarbuiten valt kan worden betwist. Iets verder licht hij toe, wat hij onder dit „kan worden betwist" verstaat, namelijk dat tegen hetgeen de ambtenaar niet zelf heeft waargenomen het tegenbewijs onverlet blijft. Hoe is nu deze conclusie met de praemisse te rijmen? Slechts datgene, wat door den ambtenaar zelven is waargenomen heet eerst bewezen, en direct daarop wordt geleerd dat tegen datgene, wat niet door den ambte-

---

1) N. R. B. Deel X, bl. 236.

naar is waargenomen, het tegenbewijs onverlet blijft, m. a. w. dat het bewijs er van toch geleverd is. Uit het door hem voorop gestelde toch zou men meenen, dat, indien de daadzaak niet voor den ambtenaar zelven is voorgevallen, alleen de daaromtrent afgelegde verklaring, geenszins, de waarheid daarvan is bewezen. Het is niet duidelijk door den Schrijver aangetoond, waarom het door den ambtenaar zelven geconstateerde is bewezen. Waarschijnlijk zoekt hij de bewijskracht ook in art. 1907. Ik meen deze gevolgtrekking te moeten maken uit hetgeen hij in eene noot verklaart, namelijk dat hij alleen de bewijskracht voor partijen op het oog heeft, en deze moet men zoeken in art. 1907.

Ik wil even als Mr. Tjaden Busman, ofschoon om andere redenen, onderscheid maken tusschen hetgeen in en hetgeen buiten de tegenwoordigheid van den ambtenaar is voorgevallen.

Het bewijs van hetgeen in eene authentieke akte is vermeld, als in tegenwoordigheid van den ambtenaar voorgevallen, wil ik zoeken in het publiek karakter van hem, die dit constateert.

En het bewijs van hetgeen overigens daarin is vermeld en niet in tegenwoordigheid van den ambtenaar is voorgevallen, zoek ik in de bepalingen der artt. 1907 en 1908.

Dat hetgeen de ambtenaar constateert als zelf

waargenomen, als bewezen moet worden aangenomen, volgt m. i. duidelijk uit zijn karakter.

Openbare ambtenaren toch, kan men zeggen, zijn personen door het bevoegde gezag aangesteld, om zekere feitan te getuigen. Derhalve zullen allen die aan dat gezag onderworpen zijn, zijne getuigenis moeten eerbiedigen.

Ware dit niet het geval, dan toch zou de openbare ambtenaar geheel en al zijn karakter verliezen; hij kan niet bestaan, indien zijne handelingen in de uitoefening van zijn ambt slechts behoeven geëerbiedigd te worden, door hem, wien zulks goeddunkt. Welke zou de waarde zijn van de authentieke akte, indien een derde het recht had te zeggen: bij die akte was ik geen partij, ergo kan ik de feiten door den openbaren ambtenaar in die akte als geschied geconstateerd, niet als zoodanig aannemen. Zou de derde dan niet op dezelfde gronden kunnen zeggen: bewijs mij dat de akte, die gij eene authentieke noemt, door eenen openbaren ambtenaar is opgemaakt. Of moet de derde het getuigenis van dien ambtenaar, nl. dat het geschrift door hem of ten zijnen overstaan is vervaardigd, aannemen, en mag hij het getuigenis van dien ambtenaar verwerpen, waar het geldt de feiten, welke deze geconstateerd heeft, als door hem te zijn waargenomen? Het zou ten eenenmale strijden met den aard van het open-

baar gezag, waarvan ook een deel op den ambtenaar is overgedragen; zijn getuigenis moet, evenals elke handeling van dat gezag uitgegaan, of namens hetzelve gedaan, door allen, die hieraan onderworpen zijn, geëerbiedigd worden [1]).

Staat dit vast, dan zal het voorts duidelijk zijn, dat de bewijskracht van hetgeen niet door den ambtenaar zelven is waargenomen, maar door hem opgeteekend als hem verklaard zijnde, door de bepalingen van artt. 1907 en 1908, als bewezen moeten worden beschouwd. Zoodoende komen al de woorden, in die artt. gebezigd, tot hun recht, en blijft bovendien de harmonie tusschen de artt. onderling bewaard.

De artt. zijn overgenomen uit den Code Napoleon. Onze artt. zijn nagenoeg gelijkluidend aan de artt. 1319 en 1320, welke men in den C. N. onder den titel: „de la preuve des obligations et de celle de payement" vindt. Het blijkt duidelijk uit het opschrift van den titel, dat men er juist de overeenkomsten door bewezen wilde hebben, en wel zooals het fransche art. het uitdrukt, de „convention qu'il renferme" de in de akte genoemde.

In overeenstemming met art. 1319 C. N. bepaalde het ontwerp van Oct. 1824, dat de akte volledig

---

1) Zie ook Dalloz in voce Notariat.

bewijs oplevert van de overeenkomst, welke daarin vermeld staat.

In ons art. nu vinden we de woorden „de overeenkomst welke" vervangen door „hetgeen".

Prof. Diephuis meent dat deze verandering blijkbaar heeft plaats gehad om de bepaling meer eene algemeene strekking te geven. In geen geval blijkt, dat men van den C. N. in beginsel wilde afwijken.

De bedoeling van ons art. is, dat al hetgeen de akte inhoudt, door partijen opgegeven als tusschen hen te zijn overeengekomen, door die akte zelf zal zijn bewezen.

Partijen, bevoegd om hunne rechten en verplichtingen te regelen, kunnen verklaren, dat zij iets als waar willen hebben aangemerkt. Deze verklaring zou in het algemeen nu niet anders zijn dan eene mondelinge bekentenis, en wel buiten rechten afgelegd. Die bekentenis zou geene andere rechtsgevolgen hebben, dan de wet aan eene bekentenis buiten rechten verleent, d. i. zij zou niet kunnen worden ingeroepen dan in de gevallen, waarin getuigenbewijs is toegelaten, en dan nog zou het aan het oordeel van den rechter zijn overgelaten welk gewicht hij aan dergelijke bekentenis meent te moeten hechten. Art. 1907 komt nu aan dergelijke verklaring grooter rechtsgevolg verbinden. De akte die opgemaakt is van de verklaringen, zal nu

niet slechts de daaruit bewezen bekentenis aantoonen, neen, zij zal datgene bewijzen wat partijen zich voorstelden, d. i. niet de verklaring van het contract, maar het contract zelf.

Art. 1908 vult art. 1907 aan, en bepaalt, dat niet alleen het eigenlijk onderwerp der akte zal zijn bewezen, maar ook hetgeen slechts bloot te kennen is gegeven, mits het in een dadelijk verband staat met het onderwerp der akte. Het art. maakt dus onderscheid tusschen het bloot te kennen gegevene, dat in een direct verband staat met het onderwerp der akte, en dat, waarbij een zoodanig verband niet bestaat.

De Franschen spreken van disposition en énonciation. Het eerste drukt het werkelijk onderwerp der akte uit, de regeling, die partijen zich ten doel stelden; terwijl de énonciation eene ondergeschikte verklaring is, zonder te behooren bij datgene, waarvoor de akte eigenlijk bestemd was. Art. 1908 maakt ten aanzien der bewijskracht dit onderscheid, dat hetgeen in verband staat met het onderwerp der akte, als zijnde eigenlijk een deel van hetgeen partijen voor oogen hadden, een deel van de dispositie, ook gelijke bewijskracht zal hebben; terwijl hetgeen daarmeê in zoodanig verband niet staat, slechts kan dienen als begin van schriftelijk bewijs. Dit vindt zijn voldoenden grond in den verschillenden aard

dier verklaringen. Hetgeen de akte inhoudt tot nadere verklaring van hetgeen zij ten doel heeft te constateeren, dient, wat het bewijs aangaat, daarmeê gelijk te worden gesteld en dus evenzeer door de akte te worden bewezen. Al wat niet tot nadere bepaling daarvan strekt, maar integendeel daaraan vreemd is, ligt buiten de bestemming der akte, en behoort dus ook niet dezelfde bewijskracht te hebben. Zoo zal in eene akte, waarbij A aan B eene schuldvordering ten laste van C, overdraagt, de verklaring dat de interessen reeds een jaar vooruit zijn voldaan, eene verklaring zijn die in verband staat met het eigenlijk onderwerp der akte, namelijk de overdracht; zij dient tot nadere omschrijving der rechten van den kooper.

Wordt echter in eene akte van koop en verkoop tusschen A en B verklaard, dat de koopsom gelijktijdig betaald zal worden met de *f* 2000, die A aan B reeds schuldig is, en waaraan de interessen tot op den dag der akte zijn betaald, dan is het duidelijk, dat deze laatste verklaring; dat de interessen dezer *f* 2000 zijn betaald, eene verklaring is, die hoegenaamd niet in verband staat met het koopcontract zelf, d. i. het eigenlijk onderwerp der akte. Deze tekennengeving zal dus geen bewijs opleveren.

Ik heb alzoo getracht aan te toonen, waaraan de bewijskracht der authentieke akte moet worden ont-

leend, en daarbij vooropgesteld de onderscheiding van het vermelde, dat in tegenwoordigheid en dat van hetgeen buiten tegenwoordigheid van den ambtenaar heeft plaats gehad.

Hetgeen in tegenwoordigheid van den ambtenaar heeft plaats gehad, ontleent zijne bewijskracht aan het publiek gezag van den ambtenaar die zulks geconstateerd heeft; en hetgeen buiten tegenwoordigheid van den ambtenaar is voorgevallen, maar door dezen, als hem meêgedeeld, in de akte vermeld is, vindt zijn bewijskracht door de bepalingen der artt. 1907 en 1908.

Houdt men zich aan deze onderscheiding en tevens aan deze voorstelling der bewijskracht, zoo zal in werkelijkheid aan alle mogelijke gevallen recht worden gedaan. Alles wat de akte vermeldt zal men onder een dezer rubrieken kunnen rangschikken. Men zal aan de woorden der wet alle recht doen wedervaren; en tot geene onrechtvaardige gevolgtrekkingen aanleiding geven.

Met eenige voorbeelden wil ik het onderscheid aantoonen tusschen de bewijskracht, die uit de akte volgt als zijnde een geschrift van een tot het vermelden van die feiten bevoegd persoon, en die welke volgt uit de artt. 1907 en 1908.

Zoo in de akte b. v. vermeld staat, dat de betaling eener verschuldigde som heeft plaats gehad in tegen-

woordigheid van den openbaren ambtenaar, zal deze betaling bewezen zijn, omdat zij door den ambtenaar zelven wordt geconstateerd.

Staat daarentegen in de akte, dat partijen slechts voor den ambtenaar verklaard hebben dat de betaling heeft plaats gehad, zoo zal ook voor partijen de bewijskracht niet van de verklaring, maar van de betaling, gelegen zijn in de bepalingen van de artt. 1907 en 1908.

Eveneens zal het koopcontract gesloten in tegenwoordigheid van den ambtenaar bewezen worden, omdat de feiten die het koopcontract vormen, door den openbaren ambtenaar zelven worden geconstateerd. Het koopcontract daarentegen buiten tegenwoordigheid van den ambtenaar tot stand gekomen, waarvan partijen dus slechts aan den ambtenaar verklaren, dat het gesloten is, zal zijn bewijskracht vinden in de artt. 1907 en 1908.

Bij deze opvatting komt ook de uitdrukking, „erfgenamen en rechtverkrijgenden" in ons art. 1907 tot haar volle recht.

Bij een koopcontract, gesloten ten overstaan van den ambtenaar, zal de akte, daarvan opgemaakt, ook tegenover derden, het koopcontract bewijzen, daar de ambtenaar in dit geval in de akte getuigt, dat ten zijnen overstaan de wilsverklaringen hebben plaats gehad, die het koopcontract vormen; dit volgt

uit de geloofwaardigheid van den openbaren ambtenaar. Evenzoo wanneer in eene akte de ambtenaar verklaart, dat A en B voor hem verschenen zijn en verklaard hebben een koopcontract te hebben gesloten, zal ook tegenover derden vast staan, dat A en B deze verklaring hebben afgelegd. Hiervoor hebben we artt. 1907 en 1908 niet noodig. Deze artt. bepalen, dat in het laatste geval ook het bestaan van het koopcontract zal worden bewezen, maar alleen ten opzichte van partijen en hunne erfgenamen en rechtverkrijgenden.

Bovendien krijgt de door ons voorgestane bewering nog meer zekerheid, zoo men genoemde artt. beschouwd in verband met de artt. 1912 en 1913, alwaar bepaald is dat een onderhandsch geschrift hetwelk erkend is, ten aanzien van de onderteekenaars, derzelver erfgenamen en rechtverkrijgenden, hetzelfde volledig bewijs zal opleveren als eene authentieke akte. Evenals in art. 1207 zal men zich ook hier aan de bewijskracht moeten houden alleen ten aanzien van partijen. Zoo besliste ook de H. R. bij een arrest van 30 Mei 1839: „dat de bepalingen van artt. 1912 en 1913 niet in aanmerking kunnen komen, wanneer in een geding een onderhandsch geschrift wordt overgelegd, niet afkomstig van de partij tegenover welke men zich daarvan bedient of van dengene van wien hij zijne rechten

ontleent." — Zoo toch, gelijk ten aanzien van de authentieke akte beweerd wordt, alleen bewezen werd dat men zoo geschreven en zoo erkend heeft, waarom zou dit niet tegenover iedereen moeten worden aangenomen?

We willen nog ten slotte wijzen op een voorbeeld omtrent de bewijskracht, bij de akten van den burgerlijken stand. Ook b. v. de geboorteakte zou stipt genomen alleen bewijzen, dat de aangifte bij den ambtenaar geschied is. De geboorte zou door den ambtenaar niet zijn geconstateerd, en daarom tegenover *derden* niet zijn bewezen. Daar het nu juist de bedoeling is, de geboorte tegenover ieder als bewezen te beschouwen, zoo heeft de wet in art. 316 uitdrukkelijk bepaald, dat niet alleen de aangifte d. i. wat voor den ambtenaar voorviel, zal zijn bewezen, maar ook de geboorte zelf. En deze bepaling is noodig, omdat men aan art. 1907 in dit geval niet genoeg zou hebben.

Maar, zal men ons tegenwerpen, gij beperkt te zeer het nut eener authentieke akte, door het bewijs ven het daarin voor den ambtenaar te kennen gegevene, alleen aan te nemen ten opzichte van partijen, erfgenamen en rechtverkrijgenden. Zoo zal, om een voorbeeld van den heer Diephuis aan te halen, wanneer een bestaande huur door verkoop van het verhuurde verbroken zou worden (art. 1612

B. W.), het feit van den verkoop door den kooper tegen den huurder door de koopakte niet bewezen kunnen worden. Dit bezwaar is slechts schijnbaar. De authentieke akte van dezen verkoop opgemaakt, zal wel degelijk ook tegenover derden den verkoop bewijzen, mits de partijen hunne wilsverklaringen, die den koop vormden, ten overstaan van den ambtenaar hebben afgelegd. Alsdan is immers door den openbaren ambtenaar het afleggen dier wilsverklaringen geconstateerd tegenover elk en een iegelijk. De ambtenaar getuigt hier, dat de bedoelde wilsverklaringen voor hem zijn afgelegd, (of de afgelegde wilsverklaringen een koop of eenig ander contract vormen, zal de akte, streng genomen, niet steeds bewijzen; dit zal volgens de algemeene rechtsbeginselen moeten worden beoordeeld).

Ook Bonnier wil de bewijskracht van de authentieke akte niet beperkt zien tot de erfgenamen en rechtverkrijgenden der partijen; zelfs noemt hij une pareille proposition insoutenable; men kan zich niet streng houden aan de woorden van art. 1319 C. N. (ons art. 1907). Een der groote voorrechten van het publiek karakter waarmeê zekere ambtenaren zijn bekleed, is deze dat hun getuigenis tegenover allen gezag heeft, en niet slechts ten opzichte van de contracteerende partijen en hunne rechtverkrijgenden.

Welnu, dat zijn we met hem volkomen eens, maar

volgt nu daaruit, dat ook wat de partijen tegenover dien ambtenaar verklaren, datzelfde gezag moet hebben?

Wat A en B voor den ambtenaar verklaren, dat tusschen hen *is* geschied, met welk recht zou zulks ook tegenover derden bewijzen, dat zulks werkelijk heeft plaats gehad?

Als voorbeeld weder van de ongerijmdheid om de bewijskracht tot de in het art. genoemde personen te beperken, vraagt Bonnier, of hij die zich tegen een vorigen eigenaar op verjaring beroept, hem niet zou mogen tegenwerpen eene authentieke akte waaruit de overgang bij verkoop van eenen vroegeren bezitter op hem blijken zou, als wettigen titel.

Zeker, antwoorden wij, mits maar weder uit de akte blijkt, dat die verkoop *ten overstaan van den openbaren ambtenaar* heeft plaats gehad; dan zal het getuigenis van dezen op grond van zijn publiek karakter, ook tegenover derden, in casu, den vroegeren eigenaar, den verkoop bewijzen.

Wanneer wij dus in art. 1904 de woorden „erfgenamen en rechtverkrijgenden" niet, zooals de heeren Opzoomer en Diephuis, willen wegcijferen, dienen we in het art. 1912, dat de bewijskracht van de onderhandsche akten regelt, ons consequent aan die woorden te houden, en zoo zal ook de onderhandsche akte dan alleen bewijs opleveren ten aanzien van

partijen, hunne erfgenamen en rechtverkrijgenden; maar niet ten aanzien van derden.

Zal nu, dit aangenomen, eene onderhandsche akte dus steeds ten aanzien van derden krachteloos zijn? Neen, men zal moeten onderscheiden. Evenals wij bij de authentieke akten onderscheid gemaakt hebben tusschen die akten, welke vermelden eene overeenkomst ten overstaan van den ambtenaar gesloten, en die dus tegenover derden werken, en tusschen diegene welke vermelden dat partijen ten overstaan van den ambtenaar te kennen gegeven hebben eene overeenkomst te hebben gesloten, welke niet tegenover derden bewijzen dat er werkelijk eene overeenkomst is aangegaan, zoo ook alhier.

Een onderhandsche akte, waarin partijen verklaren, dat zij eene overeenkomst hebben aangegaan, bewijst slechts de overeenkomst ten hunnen aanzien, en hunne erfgenamen en rechtverkrijgenden. Deze staat in dit opzicht gelijk met de laatstgenoemde authentieke akten; even als de partijen daar zulks aan den ambtenaar verklaren, zoo wordt dit in eene onderhandsche akte, schriftelijk door hen verklaard. Iets anders is het, wanneer de onderhandsche akte de wilsverklaringen zelve bevat. Wanneer eene akte in den volgenden vorm is opgemaakt: A. en B. verklaren bij deze, A. als contractant ter eene zijde, dat hij aanneemt een zeker werk te leveren, en B.

als contractant ter andere zijde, dat hij enz.; zoo zal deze akte tegenover een ieder bewijzen, dat A. en B. dit contract hebben aangegaan.

Wanneer ik hier het woord bewijs gebruik, is dit eigenlijk niet geheel juist [1]). De akte bewijst hier niet het contract; de akte is hier de op schrift gebrachte wilsverklaringen zelve. Stemmen nu deze overeen, blijkt uit dit schrift, dat er samenstemming bestaat, zoo kan ieder, en, het stuk in rechten overgelegd zijnde, ook de rechter, *zien* dat partijen elkaar hun wil verklaard hebben, en hun samen stemmende wil vormt een contract. Wilsverklaringen toch kunnen zoowel schriftelijk als mondeling geschieden. Zijn ze mondeling afgelegd, dan zullen zij door getuigen kunnen worden bewezen, of door verklaring van een openbaren ambtenaar, ten wiens overstaan zulks is geschied, en die hier als eenige, maar absoluut

---

1) Hier zou het geschrift, volgens Prof. Hamaker, niet eene bewijzende maar verbindende kracht hebben; (zie Aant. v. h. verhandelde in de sectie-vergadering, van Rechtsgel. en Staatsw. van het Prov. Utrechts Genootschap, in Juni 1882). De akte is hier niet de representant van eene andere buiten haar liggende verbindende handeling; de akte belichaamt hier het feit, waaraan het recht de kracht toekent rechtsbetrekkingen te doen ontstaan. — Toch geloof ik, dat men, volgens het algemeen spraakgebruik, ook hier van bewijzen zou kunnen spreken; bewijzen en verbinden sluiten elkaar niet onvoorwaardelijk uit. Wanneer ik een geschrift den rechter voorleg, waarin A. en B. verklaren zich jegens elkander tot iets te verbinden, dan heb ik bewezen, dat A. en B. een contract hebben gesloten, door middel van dit geschrift.

geloofwaardige getuige optreedt. Wanneer nu partijen echter, *na* het aangaan van eene overeenkomst, daarvan zoogenaamd eene onderhandsche akte opmaken, waarin zij schriftelijk te kennen geven, dat zulks *is* geschied, dan heeft het goede gronden, dat de wet in art. 1912 bepaalt, dat zulks ten hunnen opzichte en erfgenamen en rechtverkrijgenden bewijs oplevert; niet ten aanzien van derden. Hoe toch zou het feit, dat twee personen goed vinden schriftelijk iets als waar te kennen te geven, voor derden bewijs kunnen opleveren, dat dit werkelijk is geschied? Door eene akte echter, die de wilsverklaringen zelve bevat, zal, indien het blijkt, dat die wilsverklaringen van de twee personen overeenstemmen, een contract zijn tot stand gekomen, om zoo te zeggen, schriftelijk gesloten.

Van al of niet bewijskracht tegenover derden kan hier dus geen sprake zijn. Zoo zal men ook niet bij eene wissel van de al of niet bewijskracht van de acceptatie tegenover derden kunnen spreken. De acceptatie bewijst niet, dat de betrokkene den wil heeft verklaard te zullen betalen; de acceptatie is de schriftelijke wilsverklaring zelve.

Wanneer dus slechts partijen hunne wilsverklaringen zelve op schrift brengen, zal deze akte ten allen tijde het door hen gewenschte effect teweeg brengen.

Als eene bevestiging van het beweren, dat eene

onderhandsche akte ook tegenover derden bewijskracht heeft, beroept ook Diephuis zich op het art. 1917; ik houd dat argument niet voor zeer krachtig.

Wat zegt toch het artikel? dat het bestaan van de akte voor derden eerst vaststaat van de in het art. genoemde data af; als of de akte dus op de daar genoemde data was tot stand gekomen, en niet op den datum, die in de akte als zoodanig is opgegeven.

Derhalve in die gevallen, waarin eene onderhandsche akte tegenover derden *kracht* heeft, wordt de akte gerekend te zijn opgemaakt op de in dat artikel genoemde momenten.

Wanneer dus A en B in eene onderhandsche akte verklaren elkander hun huis te verkoopen, en zij dateeren 1 November, terwijl op den 10. November A sterft, dan zal tegenover derden vaststaan dat A op den 10. November aan B zijn huis verkocht heeft.

Deze akte houdt de afgelegde wilsverklaringen zelve in, heeft dus kracht tegenover derden; dat de wilsverklaringen werkelijk op den 1. November hebben plaats gehad, mag de akte tegenover derden niet bewijzen; dit is een te kennen geven, dat (art. 1908 is op onderhandsche akten toepasselijk) wel voor partijen bewijs oplevert, daar het in direct verband staat met het onderwerp der akte, maar niet ten aanzien van derden.

Nemen we nu als voorbeeld eene akte, waarin A

en B verklaren op 1 Augustus een huis aan elkander verkocht te hebben; zij dateeren de akte op 10 Augustus, terwijl A den 12. November sterft.

Wat bewijst nu volgens het tegen ons overstaand gevoelen deze akte? Dat A en B hun huis op den 1e Augustus aan elkaar verkocht hebben? Ja, want wat is hier de datum der akte? 10 Aug. Nu wordt de akte wel gerekend op den 12e Nov. te zijn opgemaakt (tegenover derden) maar de verdere inhoud en dus de koop op 1 Augustus staat tegenover derden vast.

Hoe daarentegen volgens onze opvatting?

Volgens deze, bewijst de akte niet ten aanzien van derden, dat er werkelijk een koopcontract heeft plaats gehad. Wat ze ten hunnen aanzien bewijzen kan, is dat A en B zulks verklaard hebben, (altijd als de akte erkend wordt, 't geen we steeds stilzwijgend hebben aangenomen); volgens art. 1917 nu, wordt ten aanzien van derden geacht deze verklaring op den 12e November te zijn afgelegd.

Ik geloof dus te hebben aangetoond, dat art. 1917 geen argument is tegen ons gevoelen, dat de onderhandsche akte ten aanzien van derden slechts kracht heeft ten opzichte van de verklaringen der partijen, in die akte neergelegd.

Na de bewijskracht der authentieke en onderhandsche akten te hebben nagegaan, dienen wij, vóórdat

we de vraag of de eed tegen den inhoud der akten kan worden opgelegd, behandelen, eerst deze vraag te beantwoorden: is tegenbewijs tegen de erkende bewijsmiddelen toegelaten?

Volgens Prof. Opzoomer kan er van een tegenbewijs geen sprake zijn. Een bewijs, zegt hij, maakt eene zaak voor goed uit; aantoonen dat iets, wat reeds bewezen is, niet waar is, zou zijn aantoonen, dat het niet bewezen is; eene bewezene zaak is waar; als zij niet waar is, kan zij niet bewezen zijn; wel tegen een vermoeden maar niet tegen een bewijs, laat zich iets inbrengen; waar de wet tegen een bewijs het tegenbewijs toelaat, daar bezigt zij het eerste woord in den oneigelijken zin van vermoeden of grond van waarschijnlijkheid; men heeft geen recht van tegenbewijs te spreken, het woord moet zijn: bewijs van het tegendeel.

Neemt men dit gevoelen van den Heer Opzoomer aan, zoo volgt daaruit nog niet, dat waar de wet tegenbewijs niet uitdrukkelijk toelaat, het daarom zou zijn uitgesloten. Dan ontstaat juist de moeilijke vraag of daar, waar de wet niet van tegenbewijs spreekt, het woord bewijs door de wet in den eigenlijken zin of slechts in den zin van een vermoeden, een grond van waarschijnlijkheid bezigt. Uit het argumentum a contrario zal de Heer Opzoomer niet willen besluiten, dat, waar van geen tegenbewijs

gesproken wordt, het daarom zou zijn uitgesloten, en dus het woord bewijs in den eigenlijken zin zou gebezigd zijn.

Er moet dan een grond zijn aan te wijzen waarom in dit bepaald geval aan het bewijsmiddel zulk eene kracht wordt toegekend, dat de wet bij het aanwezig zijn daarvan, een zeker feit als werkelijk bewezen (in den eigenlijken zin) beschouwd wil zien, en er dus van geen tegenbewijs sprake zou zijn.

Zonder de vraag of tegenbewijs is toegelaten, in den breede te behandelen, zal ik voor de eene of andere meening partij moeten kiezen, en meen mij te moeten aansluiten bij de meening door den heer Diephuis voorgestaan, om steeds in 't algemeen tegenbewijs toe te laten.

De meening van den heer Opzoomer is in den logischen zin stellig juist, want logisch is slechts datgeen bewezen wat waar is, en het is niet mogelijk het ware onwaar te maken. Maar in juridischen zin is het echter geheel anders, daar heeft men slechts te vragen of er zoodanige gronden zijn aangevoerd, waarop de rechter volgens de bepalingen der wet zijn oordeel zal moeten of mogen bouwen. Juist omdat de overtuiging des rechters niet altijd in aanmerking komt, en naar de waarheid niet altijd behoeft gevraagd te worden, is het duidelijk, dat tegenbewijs in den regel zal toegelaten zijn.

Beide partijen hebben gelijk recht, de eene zal dus gerechtigd zijn aan te toonen, dat hetgeen de andere beweert niet zoo is. Op sommige plaatsen spreekt de wet de bevoegdheid tot tegenbewijs uit, doch hierin ligt geen grond om haar te ontkennen waar de wet er niet van spreekt. Ook in art. 216 B. Rv. wordt de bevoegdheid tot tegenbewijs niet toegekend, maar als bestaande verondersteld.

In het algemeen zal dus tegenbewijs zijn toegelaten, behalve waar het is uitgesloten of aangevoerd zou worden niet tegen een geleverd bewijs, maar tegen eene bepaling der wet, die iets als waar wil hebben aangenomen. En soms ook wijst de wet zelve aan, van welk middel men zich tot tegenbewijs moet bedienen, zooals we later zullen zien.

Na alzoo te hebben aangenomen, dat in het algemeen tegen bewijs het tegenbewijs is toegelaten, komen we tot het punt in quaestie, namelijk is de decisoire eed toegelaten tegen hetgeen in eene authentieke akte staat vermeld? Het antwoord hierop zal dan zijn:

Tegen hetgeen in eene authentieke akte vermeld wordt, als voor den ambtenaar te zijn voorgevallen, zal de decisoire eed niet zijn toegelaten, omdat tegen dit exceptioneel bewijs, ook slechts een exceptioneel tegenbewijs zal zijn toegestaan, namelijk door het bewijs te leveren, dat het niet is zooals door de akte

wordt vermeld m. a. w. door de valschheid der akte te bewijzen. Wij vinden dit ook geleerd door: Delvincourt in zijn Cours de C. C. Tom II pag. 838, alwaar hij zegt: si le fait sur lequel le serment est déféré est contraire aux faits certifiés dans l'acte, il me semble que le serment ne pourrait être déféré, qu'autant que le défendeur se serait inscrit en faux.

Ook Duranton beweert in zijn Cours de droit français, n° 579, Tom. VII, dat de eed niet kan worden opgedragen, à légard des faits certifiés par le notaire comme s'etant passés sous ses yeux.

Mr. van der Brugghen (Ned. Jaarb. deel II), is van dezelfde meening. Zoo zoude men, zegt hij, geenen eed kunnen defereeren, om den inhoud eener authentieke akte te bevestigen, tenzij misschien de eed liep over het al of niet gesimuleerde van zoodanige akte.

En eindelijk willen we nog wijzen op een vonnis der arr. rechtb. te Tiel dd. 1 April 1842, waarin werd overwogen: „dat, wanneer men wil betwisten de waarheid van hetgeen de ambenaar in de authentieke akte verklaart, dat in zijne tegenwoordigheid is geschied, en alzoo tegensprekende de materiële daden, welke de ambtenaar verklaart gehoord en gezien te hebben, zulks niet anders dan bij eene inschrijving van valschheid kan geschieden."

Het tegendeel wordt geleerd door Prof. Diephuis; deze wil altijd den decisoiren eed als tegenbewijs hebben toegelaten, en wel omdat volgens hem valschheid niet anders is dan het misdrijf van falsum. Dit is echter niet wat artt. 176 en v. B. Rv. met valschheid op het oog hebben.

Ook zou men uit de beraadslagingen over ons B.W., te vinden bij Voorduin, deel V, bl. 547, kunnen opmaken, dat de regeering het gevoelen is toegedaan van altijd den decisoiren eed toe te laten. Immers zij gaf in antwoord op de bedenking van eenige leden der 5e afd., dat de decisoire eed niet behoort te pas te komen ten opzichte van zoodanige daadzaak, welke ook zonder dien eed, volkomen bewezen is, als haar gevoelen dit te verstaan: „indien eene partij de zaak kan bewijzen, zal zij in haar belang den eed niet aan hare wederpartij opdragen, en er zich aan blootstellen dat die door laatstgenoemde worde afgelegd; verkiest zij dit echter te doen, dan bestaat er geene denkbare reden, om haar dit vermogen te weigeren."

Het is echter duidelijk dat tusschen de opmerking der 5e afd. en het antwoord der regeering hoegenaamd geen verband bestaat.

Tegen hetgeen de akte daarentegen vermeldt als niet voor den ambtenaar voorgevallen, doch hem slechts

door partijen verklaard en zijn bewijskracht ontleenende aan de artt. 1907 en 1908, en alzoo bewezen door een gewoon, in art. 1908 als zoodanig genoemd, bewijsmiddel, zal ook gewoon tegenbewijs, ergo ook de beslissende eed, toegelaten zijn.

Wat nu de onderhandsche akten betreft, bij de vraag in hoeverre de eed hiertegen als bewijsmiddel zal zijn toegelaten, zullen we weder moeten onderscheiden die akten, die de wilsverklaringen zelve bevatten, van diegene waarin partijen slechts verklaren dat er eenig feit tusschen hen heeft plaats gehad; bij de eerste kan van tegenbewijs geen sprake zijn; de rechter verneemt hier door eigen bevinding de tusschen partijen afgelegde wilsverklaring. Wel zal natuurlijk wegens dwaling, bedrog enz. de geldigheid der afgelegde verklaring kunnen worden betwist, maar dat er de wilsverklaring zelve is afgelegd, hiertegen zal geen tegenbewijs, en dus ook niet de eed, kunnen worden opgedragen.

Wat de tweede soort akten aangaat, hier zal tegenbewijs mogelijk zijn (en dus ook de eed) tegen den inhoud der in de akte neergelegne verklaringen, niet tegen het feit dat er verklaard is; zoo zal, als A en B in eenige akte verklaard hebben elkaar op 1 November een huis verkocht te hebben, hier de eed tot bevestiging van het feit van den koop mogen worden opgelegd; dat zij het verklaard hebben, daar-

tegen echter is weer van geen tegenbewijs sprake, dit spreekt de akte zelve uit.

Wij hebben getracht aan te toonen, dat hetgeen de akte inhoudt als voor den ambtenaar voorgevallen, tegenover ieder is bewezen; terwijl hetgeen de akte inhoudt als hem slechts verklaart bewijskracht heeft tusschen partijen. — Het is noodig deze onderscheiding streng in het oog te houden, omdat in het laatste geval de akte geene bewijskracht heeft tegenover derden.

Passen wij deze regelen toe op het door ons in den aanvang van dit proefschrift vermelde geval, zoo zullen, indien de akte vermeldt, dat de betaling voor den ambtenaar heeft plaats gehad, de broeders de betaling niet kunnen ontkennen, zonder de valschheid der akte te bewijzen. Zij hebben wel het recht met erkenning der plaats gehad hebbende betaling, te beweren dat de som naderhand door hunnen vader is teruggegeven, ergo geschonken; maar het bewijs hiervan, als betreffende een nieuw feit, staat buiten de akte.

Vermeldt de akte echter, slechts de verklaring der betaling door den verkooper, voor den ambtenaar afgelegd, zoodat deze niet door den ambtenaar zelven wordt geconstateerd, dan zullen de broeders van den kooper gerechtigd zijn het tegenbewijs te leve-

ren door middel van een gewoon bewijsmiddel, en zich dus ook van den decisoiren eed mogen bedienen.

Echter doet zich hier de niet gemakkelijke vraag voor of de broeders als erfgenamen der eene partij (hun vader, den verkooper) of als derden te beschouwen zijn. In het eerste geval zal hetgeen de akte inhoudt, tegenover hen wel, in het laatste geval niet zijn bewezen.

Als erfgenamen kunnen zij dus even als hij, die zelf partij was in de akte, het tegenbewijs leveren van hetgeen de akte bewijst. Als derden zullen zij die niet behoeven te doen, aangezien tegenover hen nog geen bewijs is geleverd. Het is nu slechts de vraag, wanneer men erfgenaam en wanneer men derde is. Ten aanzien hiervan zal men kunnen aannemen dat derden zijn allen, die niet hun recht ontleenen aan een ander, maar aan zich zelven.

Daarom zal het recht der broeders in het door ons gestelde geval afhangen van de hoedanigheid, waarin zij optreden.

Treden zij op als erfgenamen, zoo zullen zij, onverschillig of hunne legitieme is aangerand of niet, gerechtigd zijn het tegenbewijs der betaling te leveren, door middel van een gewoon bewijsmiddel, en alzoo den kooper den decisoiren eed kunnen opleggen. Komen zij echter als legitimarissen, zooals in casu, dan zijn zij derden, hun recht ontleenende

aan de wet, niet aan hun' vader; dan zal de betaling ten hunnen aanzien niet zijn bewezen, en door hen dus geen tegenbewijs behoeven te worden geleverd. De kooper daarentegen zal tegenover hen niet slechts de verklaring die de akte bewijst, maar den verkoop zelf moeten bewijzen.

STELLINGEN.

I.

De verjaring der actio hypothecaria, bewerkt niet de opheffing van het pandrecht.

II.

Ten onrechte beweert Gimmerthal (die publicianische Klage § 19), dat de actio publiciana, slechts gegeven wordt, wegens die zaken, welke tot de res mancipi behoorden.

III.

Onder verbruikbare zaken in art. 804 B. W. zijn fungibele niet begrepen.

IV.

Er bestaat strijd tusschen de artt. 880 en 1093

B. W.; en practisch is deze strijd niet onverschillig, zooals Prof. Opzoomer beweert.

V.

Natuurlijke, door de beide ouders wettig erkende kinderen, staan gedurende het leven van beiden, niet onder voogdij, maar onder ouderlijke macht.

VI.

De wettige afstammelingen van wettig erkende natuurlijke kinderen hebben aanspraak op de legitieme portie hunner ouders.

VII.

Een meerderjarige, heeft bij het leven zijner ouders, tot het aangaan van een huwelijk, slechts de toestemming noodig van den vader.

VIII.

Er bestaat geen strijd tusschen art. 451 B. W. en art. 1122 B. W. ten opzichte van de macht, tot wie men zich moet wenden voor den verkoop van onroerend goed, aan minderjarigen met meerderjarigen toebehoorende.

IX.

De aanstelling van een executeur bij testament, kan herroepen worden bij een onderhandsch stuk, als bedoeld is in art. 982 B. W.

X.

De aanvaarding onder het voorrecht van boedelbeschrijving, door een der erfgenamen, baat ook den medeerfgenaam, die reeds zuiver aanvaard heeft.

XI.

De bijzondere bestemming van een fonds tot betaling van een getrokken wissel, bedoeld bij art. 113 K. H. eischt toestemming van den debiteur.

XII.

De betrokkene is verplicht gedeeltelijk te accepteeren, als hij voor dat gedeelte fonds onder zich heeft.

XIII.

Door de acceptatie van een wisselbrief, wordt geen schuldvernieuwing bewerkt.

XIV.

De bepaling dat bij vorderingen beneden de Gl. 50

geen proces-verbaal van getuigenverhoor behoeft te worden opgemaakt, is af te keuren.

XV.

Aan den griffier, moet volgens art. 529 B. Rv. het bewijs worden vertoond, dat de koopprijs, van het bij executie verkocht onroerend goed, door den kooper is voldaan.

XVI.

Het recht om te kiezen en gekozen te worden, in een waterschapsbestuur, komt uitsluitend toe aan Nederlanders.

XVII.

Onder bezoldigd staatsambt, in de Grondwet, heeft men te verstaan, elk ambt door den staat opgedragen, onverschillig door wien de bezoldiging geschiedt.

XVIII.

Een stembureau is nooit bevoegd, eene stembus ongeopend te laten, zoo hare identiteit genoegzaam blijkt.

XIX.

De vereenigbaarheid, van het lidmaatschap der

Staten generaal met het ambt van minister, is goed te keuren.

XX.

Een lid van den gemeenteraad mag tot ambtenaar van den burgerlijken stand benoemd worden.

XXI.

Art. 321 C. P. is van toepassing wanneer de mishandelingen tegen een ander dan den dader gepleegd zijn.

XXII.

Te recht is in ons nieuw Strafwetboek, de deportatie niet opgenomen.

XXIII.

Tegen den beklaagde die op den dag in de dagvaarding uitgedrukt, ter terechtzitting verschenen is, doch op een lateren rechtsdag, op welke de behandeling zijner zaak is bepaald, afwezig blijft, moet verstek worden verleend.

XXIV.

De plaatsing van smaadwoorden op eene briefkaart, ten postkantore bezorgd, is naar omstandigheden, strafbaar volgens art. 376 C. P. of art. 367 C. P.

XXV.

Een dubbele standaard, in een algemeen gelijkvormig muntstelsel voor alle beschaafde volkeren, òf ook maar voor een groot deel der beschaafde wereld, is verkieslijk boven den enkelen standaard.

XXVI.

Het verdwijnen van de zoogenaamde tweede hand en het toenemen der handelsagenten werkt niet nadeelig.
