



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Ter vrije bepaling van partijen

Verheul, J.P.

Citation

Verheul, J. P. (1989). Ter vrije bepaling van partijen. *Bw-Krant Jaarboek*, 141-149. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36854>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36854>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Ter vrije bepaling van partijen

*J. P. Verheul**

Voor een echtscheiding of voor de ontkenning van de wettigheid van een kind moet je, zoals voor de meeste familierechtelijke zaken, bij de gewone rechter zijn. Je kan niet je toevlucht nemen tot arbitrage, want dat kan alleen voor onderwerpen die „ter vrije bepaling van partijen staan” (art. 1020 lid 3 Rv). En echtscheiding en wettigheid staan niet ter vrije bepaling van partijen. Maar is dat laatste wel helemaal waar? Wanneer er geen echt geschil is, dus wanneer partijen het eens zijn dat ze uit elkaar willen of dat het kind niet van de wettig vader is, dan hebben ze het wel degelijk in eigen hand er iets aan te doen; tenminste in de praktijk. De wet is daarover niet zo duidelijk, maar de praktijk behelpt zich met de bewijsrechtelijke truc: wat niet betwist wordt staat vast, of in de woorden van art. 1962 *oud* BW: „de gerechtelijke bekentenis levert een volledig bewijs op”.

Nu is er veel over getwist of dat artikel ook voor het familierecht gold. Het luidde weliswaar algemeen, en leek door zijn plaatsing in het BW ook algemeen bedoeld, maar het was ontleend aan art. 1356 van de Code civil, en dat stond in Boek III Titel III (Contrats ou obligations). Niettemin besliste de HR in 1883 dat het artikel ook op echtscheiding sloeg. Dat had tot gevolg dat echtscheiding door onderling goedvinden in feite mogelijk werd, hoewel uitdrukkelijk verboden in art. 263 *oud* BW. Tegen dat arrest van 1883 is nogal wat gesputterd. Religieus-hiërarchisch denkende juristen zat het niet lekker dat echtgenoten zomaar uit elkaar konden gaan zonder eerst overspel te hebben gepleegd. Anderen vonden dat dit moest kunnen, en ergerden zich eraan dat partijen door de

* Prof. mr. J.P. Verheul is hoogleraar in het internationaal privaatrecht aan de Rijksuniversiteit te Leiden.

wetgever gedwongen werden de rechter wijs te maken dat er overspel was gepleegd. De wetgever heeft in de arrenmoede de zaak willen laten zoals hij was. In art. 176 van het Ontwerp Nieuw Bewijsrecht van 1969 stond:

„Feiten of rechten die door de ene partij zijn gesteld en door de wederpartij niet of niet voldoende betwist, moet de rechter als vaststaand beschouwen, behoudens zijn bevoegdheid bewijs te verlangen, zo vaak aanvaarding van de stellingen zou leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat. Deze bevoegdheid komt de rechter niet toe bij gedingen van echtscheiding of scheiding van tafel en bed ...”

Hieruit zou je kunnen afleiden: 1) dat voor de vraag, of bekentenis bewijs oplevert, in het algemeen hetzelfde criterium geldt als voor de vraag of een zaak arbitabel is, nl. of de materie ter vrije bepaling van partijen staat; 2) dat echtscheiding weliswaar niet ter vrije bepaling van partijen staat, maar 3) dat voor echtscheiding een uitzondering wordt gemaakt voor wat betreft de bewijsrechtelijke consequentie. Evenwel, de laatste zin van het citaat is uit het onderwerp geschrapt. Art. 176 Rv is zonder die zin per 1 april 1988 in de plaats gekomen van art. 1962 BW. Waarom werd die zin geschrapt? Omdat het nieuwe echtscheidingsrecht van 1971 de kwestie inmiddels geregeld had. Dus wenden wij ons tot het BW om een antwoord te vinden op de vraag of in echtscheidingszaken de bekentenis bewijs oplevert. We lezen dan in art. 154 dat de echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek van de echtgenoten wordt uitgesproken indien het verzoek gegrond is op hun beider oordeel dat het huwelijk duurzaam is ontworcht. Een buitenlander zal hier enige moeite mee hebben. Bergmann, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, vermeldt dat in Nederland dauerhafte Zerrüttung de enige echtscheidingsgrond is. Als je goed leest wordt echter de echtscheiding niet uitgesproken op grond van ontworcht, maar op grond van het oordeel van partijen dat het huwelijk is ontworcht, van welk oordeel de juistheid niet nader door de rechter mag wor-

den onderzocht. Dumusc¹ aarzelt dan ook niet Nederland te rangschikken onder de landen die de echtscheiding door onderling goedvinden kennen. Wat hij niet weet is dat de Nederlandse rechtspraak een duidelijke voorkeur toont voor de contentieuze procedure van art. 151: de eiser stelt dat het huwelijk duurzaam is ontworcht, de gedaagde betwist dit niet, en zo is het feit bewezen. Er is dus eigenlijk niets veranderd, behalve dan het woord „overspel” in de dagvaarding is vervangen door „duurzame ontwrichting”. Men kan zich nog afvragen of het nieuwe art. 176 Rv, nu immers de uitzondering voor echtscheiding uit het ontwerp geschrapt is, thans in de weg staat aan deze gemoderniseerde grote leugen. Dat was zeker niet de bedoeling van de wetgever, en al was het dan wel zo dan zou de rechter zich er in elk geval niet aan storten. Art. 176 Rv brengt naar de letter mee dat de rechter in contentieuze echtscheidingsprocedures aanvullend bewijs van de gestelde ontwrichting *kan* verlangen. Maar hij zal dit niet doen, want diezelfde discretionaire bevoegdheid heeft hij altijd al gehad ingeval de gedaagde *verstek* laat gaan, en hij heeft er sinds 1883 nooit gebruik van gemaakt². Waarom zou hij dat nu ineens gaan doen, terwijl bovendien het probandum tegenwoordig bestaat in zoiets vaags als „ontwrichting”? Dat het huwelijk ontworcht is blijkt eigenlijk al uit de wens van beide partijen om uit elkaar te gaan. Maar pas nu op! Met die laatste opmerking wordt de grens tussen onderwerpen die *niét* en die *wèl* ter vrije beschikking van partijen staan overschreden. Partijen hebben het helemaal zelf in de hand; ergo staat echtscheiding in het Nederlandse recht der werkelijkheid ter vrije bepaling van partijen. Hoewel dit al sinds 1883 zo is, vindt de wetgever het nog steeds nodig deze werkelijkheid te verpakken in een voor alle gezindten aanvaardbaar papier. Het zou duidelijker en eerlijker zijn als de wet bepaalde dat de echtscheiding wordt uitgesproken een-

1. Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes, Genève 1980.
2. Art. 76 Rv.: de conclusiën van den eischer zullen toegewezen worden, ten ware zij den regter onregmatig of ongegrond voorkomen. De HR 26 augustus 1949, NJ 1950, 55 heeft nogmaals bevestigd dat dit artikel ook op zaken betreffende de staat van personen toepasselijk is, maar erbij gezegd dat uit de tekst van het artikel blijkt dat de rechter in alle rechtsgedingen nader bewijs mag eisen. Het ging i.c. om een ontkenning van wettigheid.

voudig omdat partijen dat wensen, zonder dat de rechter er zijn wassen neus in hoeft te steken met de vraag: maar waarom wilt U eigenlijk scheiden? (antwoord, gesouffleerd door de advocaat: ont-wrichting, Edelachtbare).

De halfslachtigheid van ons echtscheidingsrecht is in het verle-den op een merkwaardige manier geprojecteerd op het internatio-naal privaatrecht. Als buitenlanders in Nederland willen scheiden had normaliter hun nationale recht moeten worden toegepast door de Nederlandse rechter, op grond van art. 6 van de Wet Algemene Bepalingen (het personeel statuut). De HR 13 december 1907, W 8636 besliste echter dat echtscheiding een scheiding van t. en b. de openbare orde en goede zeden raken, en dat daarom de Neder-landse rechter altijd Nederlands recht moet toepassen. Kusters geeft daar 10 jaar later op blz. 447 van zijn gezaghebbend handboek de volgende toelichting op: „het zou in strijd zijn met onze openbare orde als wij in onze samenleving echtscheidingen verdunnen aan vreemdelingen b.v. op grond van onderling goedvinden (...) terwijl deze aan de landskinderen om opvoedkundige redenen en overwegin-gen van zedelijken aard geweigerd wordt”. Daarbij wrijf je je toch de ogen uit. Wist Kusters, raadsheer in de HR, dan niet dat ons recht de echtscheiding door onderling goedvinden kent? De advoca-ten wisten het wel, ook de Belgische, die soms hun cliënten naar Nederland stuurden om daar een vlotte verstek- of echtscheiding te halen³.

Dezelfde hardnekkige weigering om door het papier heen te kijken naar de achterliggende werkelijkheid is waar te nemen in de rechtspraak over buitenlandse echtscheidingen tussen Nederlanders. De HR leidde uit art. 6 AB af dat de buitenlandse rechter Neder-lands recht moet toepassen, althans een echtscheidingsgrond die ook in aanmerking komen voor erkenning in Nederland (deze leer is thans verlaten, maar dit terzijde). Welnu, in sommige landen, waar-onder Frankrijk en Z-Afrika, heeft men niet overspel gebruikt om tot echtscheiding met onderling goedvinden te komen, maar kwaad-

3. Zo'n vonnis werd in België weer niet erkend. Zie Van Houtte, De openbare orde als beletsel voor de erkenning of tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen, 37 RW noot 72 op blz. 757, alwaar rechtspraak uit 1969.

willige verlating, omdat die daar niet - zoals bij ons - 5 jaar hoefde te duren. De man verliet eenvoudig in onderling overleg de echtelijke woning. In Z-Afrika ging het dan zo dat de rechter de man beval de huwelijksrechten te herstellen, m.a.w. naar de echtelijke woning terug te keren; de man voldeed daaraan niet en deswege werd vervolgens de echtscheiding uitgesproken. In feite dus een echtscheiding op een grond die ook het Nederlandse recht kent, nl. onderling goedvinden. Toch werd zo'n echtscheiding in Nederland niet erkend, omdat de officiële echtscheidingsgrond, verlating korter dan 5 jaar, in ons recht niet voorkwam (laatstelijk HR 26 september 1969, NJ 1970, 195). Ook een Noorse echtscheiding, n.b. op gemeenschappelijk verzoek, uitgesproken na een scheiding van t. en b. die nog geen 5 jaar oud was, kon tussen Nederlanders niet worden erkend (HR 9 december 1965, NJ 1966, 378). Na 1971 nog een laatste stuiptrekking van de rechtspraak: Rb. Rotterdam 21 maart 1977, NJ 1977, 595. Twee Portugezen verzochten de rechter de echtscheiding door onderling goedvinden uit te spreken met toepassing van Portugees recht. De Rb. vroeg zich af: is een echtscheiding door onderling goedvinden niet in strijd met de Nederlandse openbare orde? Net als Kusters dus. Maar nu was inmiddels het nieuwe echtscheidingsrecht van kracht. De Rb. kon uit de processtukken destilleren dat partijen van mening waren dat het huwelijk duurzaam was ontworicht, dus geen strijd met de openbare orde. Ik zou zeggen, als er iets van openbare orde is, dan is het dat mensen vrij zijn om te trouwen maar ook om te scheiden, en dat de staat zich er niet mee heeft te bemoeien en zich heeft te beperken tot het registreren van het resultaat, en eventueel het beslechten van meningsverschillen over de kinderen en de financiën. Het zou dus eerder zo moeten zijn dat een vreemde wet die echtscheiding door onderling goedvinden *niet* toestaat in strijd met de Nederlandse openbare orde verklaard wordt.

Zo is het nu ook, min of meer. De Wet Conflictenrecht Echtscheiding van 1981 staat vreemdelingen toe desgewenst naar Nederlands recht te scheiden. Dat is bedoeld voor onderdanen van landen die de echtscheiding niet kennen. De Wet erkent dus a.h.w. een recht op echtscheiding dat sterker is dan de nationale wet van

partijen, die volgens de conflictregel toepasselijk is. Ook op het punt van erkenning van vreemde echtscheidingen heeft deze Wet een wending gebracht. *Elke* buitenlandse echtscheiding, ook tussen Nederlanders, waarmee beide partijen akkoord zijn gegaan wordt in Nederland erkend, ongeacht welk recht of welke echtscheidingsgrond is toegepast door de vreemde rechter.

We kunnen thans konstateren dat de echtscheiding door onderling goedvinden helemaal gemeengoed is, in het interne recht al door het ingrijpen van de rechter in 1883, in het i.p.r. daarentegen vooral doordat de wetgever de knoop heeft doorgehakt in 1981. Maar nog steeds heeft noch de rechter, noch de wetgever ooit *ronduit* gezegd dat in Nederland iedereen kan scheiden op de enkele grond van wederzijdse instemming. Er blijft nog iets hangen van een rookgordijn, van sluiptwegen, een verbaal tegenstribbelen. Het gevolg is dat, als de advocaat zijn eis onzorgvuldig formuleert en de sacrale formule mist, de vordering op puur formele gronden wordt afgewezen. Bijvoorbeeld een vordering wordt bij uitstek niet-ontvankelijk verklaard omdat de gestelde ontwrichting op zich geen echtscheidingsgrond naar Marokkaans recht is, en eiser niet duidelijk genoeg een keuze voor Nederlands recht heeft uitgebracht (Rb. Den Haag 24 november 1987, NIPR 1988, nr. 293).

Zouden wij uit deze absurde echtscheidingsgeschiedenis lering kunnen trekken voor andere onderdelen van het familierecht? Ik denk vooral aan de ontkenningen van wettigheid die, evenals echtscheidingen, in overgrote meerderheid verstek- of refertezaken zijn, en zich eveneens lenen voor „collusie”, het om de tuin leiden van de rechter met feiten die wel tussen partijen vaststaan maar niet met de realiteit overeenkomen.

De vordering tot ontkenning van de wettigheid van een kind betreft op het eerste gezicht een onderwerp dat niet ter vrije bepaling van partijen staat. Krachtens art. 176 Rv kan de rechter dan aanvullend bewijs vragen van de stellingen, ook al zijn zij niet betwist door de gedaagden (de vraag en de door de Ktr. benoemde bijzondere curator over het kind). Laten zij verstek gaan dan geldt art. 76 Rv met hetzelfde resultaat (zie noot 2). Het is kennelijk de bedoeling van de wetgever dat de rechter zich niet lichtvaardig

van deze discretionaire bevoegdheid afmaakt. In de MvT bij het Ontwerp Nieuw Bewijsrecht staat (10377, nr. 3, blz. 9):

„Voor het huidige recht maakt de rechtspraak geen onderscheid, al naar gelang het wel of niet feiten betreft, waaraan het recht gevolgen verbindt die niet ter vrije bepaling van partijen staan. Op deze wijze kunnen door middel van een rechterlijk vonnis rechtsgevolgen in het leven worden geroepen in strijd met de wil van de wetgever. Evenals in het ontwerp van de Staatscommissie wordt in het ontwerp daarom zulk een onderscheid wel gemaakt; ten aanzien van feiten, waaraan het recht gevolgen verbindt die niet ter vrije bepaling van partijen staan, blijft de rechter bevoegd bewijs te verlangen ondanks de niet-betwisting ervan”.

De A-G Franx, vooruitlopend op het in werking treden van art. 176 Rv, betoogt met klem dat de wettigheid van een kind een onderwerp is dat niet ter vrije bepaling van partijen staat, zodat de rechter de dussen partijen vaststaande feiten aan een nader onderzoek mag onderwerpen en eventueel de niet-betwiste vordering afwijzen, zoals het Hof gedaan had (HR 25 september 1987, NJ 1988, 152). Het klinkt aannemelijk, maar wat betekent dit nu in de praktijk? Er zijn drie mogelijkheden: A. Voor ontkenning van wettigheid moet vaststaan dat de echtgenoot niet de echte vader is. Dan is steeds een microbiologisch onderzoek onvermijdelijk. B. Het belang van het kind geeft de doorslag, zoals bij voogdijvoorziening en adoptie. Dat zou een onderzoek door de RvdK in alle gevallen nodig maken, en bovendien het instituut volledig uithollen. C. Men rekent erop dat in de meeste gevallen de wettige vader inderdaad niet de verwekker is, gezien het eensluidend bescheid of gedrag van alle betrokkenen. Eventueel misbruik van het instituut (ontduiken van alimentatieplicht, verkapte adoptie, of wat verder te bedenken valt) moet dan maar op de koop toe genomen worden; in zeldzame gevallen misschien door derdenverzet te redresseren? Mogelijke verwaarlozing van het kind door de moeder en haar eventuele nieuwe partner kan op de normale manier worden aangepakt door ondertoezichtstelling, ontheffing en ontzetting.

Kiest men voor alternatief C, wat de meesten zullen doen, dan

valt niet in te zien hoe de rechter op enigszins effectieve wijze de niet-betwiste feiten zou kunnen controleren. Hij vangt dan in zijn net enkele vorderingen die verdacht voorkomen omdat onhandig (of waarheidsgetrouw!) zijn geformuleerd, terwijl hij juist de slimmere laat passeren. De verleiding om de stand van zaken wat te versieren, b.v. om aannemelijker te maken dat de echtgenoten gedurende het konseptietijdvak gescheiden hebben geleefd, wordt dan onweersaanbaar. Waarom zou trouwens de man tot nader bewijs moeten kunnen worden genoopt, terwijl de vrouw met een verklaring voor de ambtenaar van de burgerlijke stand kan volstaan (art. 198 BW)? Het is eerlijker en eenvoudiger, de materie te beschouwen als een onderwerp dat ter vrije bepaling van partijen staat, althans als een onderwerp waarbij bekentenis of verstek volledig bewijs oplevert. De rechtspraktijk is al in die zin gevestigd. De wetgever zou ook hier een steentje kunnen bijdragen door eenvoudig te bepalen dat de ontkenning wordt toegelaten wanneer de echtgenoot niet de verwekker is. De vermoedens van art. 200 BW zijn dan alleen van belang voor betwiste vorderingen. In verstek en refertezaken kan dan met een simpele korte dagvaarding worden volstaan, en niet-ontvankelijkverklaring wegens een onzorgvuldige of te waarheidsgetrouwe formulering die de sacrale formule mist (vgl. HR 1987 bovengenoemd) zal niet meer voorkomen.

Evenals bij echtscheiding kan ook hier de vraag rijzen of wij deze „autonomie van partijen” als van openbare orde moeten beschouwen, als een fundamenteel beginsel dat zich ook dan doorzet als de vordering door vreemd recht wordt beheerst. Bij echtscheiding is de vraag nu (indirekt) opgelost doordat partijen Nederlands recht mogen kiezen. Vóór de Wet van 1981 vonden veel rechters de oplossing in het toepassen van Nederlands *bewijsrecht* ook op vorderingen die overigens door vreemd recht werden beheerst⁴. Bijvoorbeeld een echtscheidingsvordering tussen Belgen wegens overspel werd bij verstek of referte zonder meer toegewezen, hoewel Belgisch recht aanvullend bewijs eist. Deze laatste methode zou ook

4. Het arrest van de HR van 1907 is omstreeks 1965 door de lagere rechtspraak verlaten. Sindsdien paste men de gemeenschappelijke nationale wet van partijen toe, tenzij zij in de Nederlandse samenleving waren ingeburgerd.

te overwegen zijn bij ontkenning van wettigheid. De (schaarse) rechtspraak wijst echter niet in die richting. De Rb. Utrecht 14 april 1982, NJ 1983, 147 had een vordering tot ontkenning van wettigheid te behandelen, ingesteld door de moeder, waarop Italiaans recht toepasselijk was. Art. 235 van de Italiaanse Cc bepaalt dat de enkele verklaring van de moeder geen voldoende bewijs oplevert. De Rb. paste dit artikel toe (en dus niet Nederlands bewijsrecht) en legde dan ook aanvullend bewijs op hoewel de vordering niet betwist werd. De rechtspraak heeft echter een andere uitweg gevonden, nl. algehele toepassingen van Nederlands recht, zo nodig door aan te knopen niet bij de nationaliteit van de man, zoals de traditionele conflictregel wil, maar bij de woonplaats van moeder en kind. De conflictregel wordt dus gemanipuleerd teneinde Nederlands recht te kunnen toepassen. Zie b.v. Rb. Haarlem 8 juni 1971, NJ 1972, 15; Rb. Amsterdam 2 mei 1984, NIPR 1984, nr. 275. Ook hier dus een onuitgesproken sympathie voor de autonomie van partijen, die in een versluierde vorm aan de oppervlakte komt.

Kortom, het antwoord op de in het begin gestelde vraag luidt: het is niet helemaal waar dat echtscheiding en ontkenning van wettigheid niet ter vrije bepaling van partijen staan. De betekenis van deze uitdrukking verschilt naar gelang van het doel waarvoor hij gebruikt wordt. Arbitrage, nee. Bekentenis = bewijs, ja.