Utrecht University Library
Partner in Science
Universiteit Utrecht

De oorzaak in het Fransche en Nederlandsche verbintenissenrecht

https://hdl.handle.net/1874/315152

Aqu. 92, 1903

DE OORZAAK IN HET FRANSCHE EN NEDERLANDSCHE VERBINTENISSENRECHT

J. v. d. KOLK

BIBLIOTHEEK DER
RIJKSUNIVERSITEIT
UTRECHT.

A. qu.
192

DE OORZAAK IN HET FRANSCHE EN NEDERLANDSCHE VERBINTENISSENRECHT

RIJKSUNIVERSITEIT UTRECHT
1172 3891

DE OORZAAK IN HET FRANSCHE EN NEDERLANDSCHE VERBINTENISSENRECHT

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN DOCTOR IN DE RECHTSGELEERDHEID AAN DE RIJKSUNIVERSITEIT TE UTRECHT, OP GEZAG VAN DEN RECTOR-MAGNIFICUS Dr. C. W. STAR BUSMANN, HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID, VOLGENS BESLUIT VAN DEN SENAAT DER UNIVERSITEIT TE VERDEDIGEN TEGEN DE BEDENKINGEN VAN DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID OP DONDERDAG 14 DECEMBER 1933, DES NAMIDDAGS TE 4 UUR

DOOR

JAN VAN DER KOLK,
Geboren te Utrecht.

KEMINK EN ZOON N.V. — OVER DEN DOM — UTRECHT

BIBLIOTHEEK DER
RIJKSUNIVERSITEIT
UTRECHT

AAN MIJNE OUDERS.

Bij de voltooiïng van dit proefschrift betuig ik mijnen dank aan hen die door hunne geschriften mij in staat hebben gesteld eene meening omtrent het vraagstuk der oorzaak in het verbintenissenrecht te vormen. In dit verband kan ik niet nalaten Uwen naam afzonderlijk te noemen, Hooggeleerde Verrijn Stuart. Door Uwe boekwerken hebt Gij, voortbouwend op de thans zoo eenvoudig lijkende, doch gelijk vele andere grondstellingen eerst na moeizamen arbeid gevonden subjectieve waardeleer, mij inzicht verschaft in den aard der economische handeling, welke aan de verbintenisscheppende rechtshandeling ten grondslag ligt.

Zeer in het bijzonder gevoel ik mij verplicht jegens U, Hooggeleerde Van Brakel, wijl ik steeds bij moeilijke punten op Uwe medewerking mocht rekenen, teneinde mijne meening ten volle tot haar recht te doen komen.

Voorts moge ik dankzeggen aan allen die mij bij de uitvoering van mijn voornemen tot het schrijven van dit proefschrift behulpzaam zijn geweest.

INHOUD.

I. Algemeene Beschouwingen.

Spraakgebruik doet oorzaak opvatten als motief, p.1. Eisch van geoorloofde oorzaak eenvoudig, p. 1. Evenals in het procesrecht aan den eischer wordt gevraagd *wat* en *waarom* hij eischt, evenzoo wordt in het materieele recht aan den individueelen contractant gevraagd *wat* en *waarom* (waartoe) hij belooft, p. 1. De heerschende leer denkt enkel bij het zgn. Hülfgeschäft, i.h.b. de uitreiking en aanneming eener schuldbekentenis, aan het motief van den debiteur, p. 2. Dit laat zich verklaren, doch de leer der oorzaak schrompelt daardoor ineen tot de leer der oorzaak van de schuldbekentenis, p. 2. Motief uitreiker schuldbekentenis omvat meer dan enkel voorstelling van zgn. Grundgeschäft, p. 2.

Contractenrecht voor de subjecten middel tot doel: bevrediging van bepaalde begeerte(n) door middel van een zoo noodig met overheidshulp (sanctie) af te dwingen prestatie, p. 2-3. Contractenrecht voor den Staat eveneens middel tot doel: behartiging algemeen welzijn door aan ieder subject zooveel mogelijk over te laten naar eigen inzicht zijn belangen te behartigen (individueele eigendom, particulier initiatief), p. 3. Wanneer individueele partijwil is gericht op aantasting algemeen welzijn, wordt hij niet geëerbiedigd, p. 3. Privaatrechtswil niet souverein doch autonoom, p. 3-4. Tweeërlei begrenzing privaatrechtswil, p. 4.

Ten eerste: verbod van ongeoorloofde motiveering als onderdeel van algemeen verbod van rechtsmisbruik, p. 4. Algemeen belang wordt daardoor *direct* beschermd; vandaar rigoureuze regeling; verband met strafrecht, p. 4-5. Weerlegging bezwaar aan rechtszekerheid ontleend, p. 4-6. Benadeeling wederpartij tengevolge van nietigheid eener met ongeoorloofd motief aanvaarde verbintenis wordt gecorrigeerd door verplichting tot schadevergoeding, p. 7.

Ten tweede: eisch van duidelijke kenbaarmaking, p. 7-8. Algemeen belang (rechtszekerheid) wordt daardoor indirect beschermd, p. 8. Vandaar dat met valsche oorzaak niet steeds gemis aan sanctie der in dwaling aanvaarde verbintenis wordt verbonden, p. 8. Juridische wil niet steeds gelijk aan psychologischen wil; psychologisch niet gewilde plichten worden niettemin juridisch als gewild aan een contractant toegeschreven, zoo zijn wederpartij mocht veronderstellen, dat deze plichten waren gewild, p. 8-9. Wilsleer, schuldleer en risicoleer, p. 10-13.

II. De oorzaak der overeenkomst in het stelsel van het positieve recht.

Zoowel de Ned. als de Fransche wet gewagen van een oorzaak enkel bij de regeling der conventioneele verbintenissen, p. 14. Onderscheiding tusschen

conventioneele en wettelijke verbintenissen is die tusschen vrijwillig aanvaarde en opgelegde verbintenissen, p. 15. Oorzaak der conventioneele verbintenis is het motief van den wil. Dit motief is aan keuring door den rechter onderworpen; bij de op den wil van den wetgever steunende wettelijke verbintenissen kan van keuring der oorzaak (ratio) geen sprake zijn, zoodat de wet terecht over de oorzaak der wettelijke verbintenis zwijgt, p. 16.

De Code spreekt van oorzaak der verbintenis, het Burgerlijk Wetboek van oorzaak der overeenkomst, p. 16-17. Overeenkomst is volgens de wet synoniem met debiteursbelofte, zoodat er geen verschil is tusschen oorzaak der verbintenis en oorzaak der belofte (overeenkomst); de Code gebruikt beide uitdrukkingen dan ook dooreen, p. 18-19.

Begrip overeenkomst in de doctrine, p. 20-21. Overeenkomst op te vatten als voorwaardelijk aaneengekoppelde beloften, p. 21-23.

Oorzaak is niet de onmiddellijke maar ook de meer verwijderde beweegreden; parallelie tusschen de artt. 1371-1373 en artt. 937-938 B.W., p. 23-24.

De wetgever heeft niet uit beduchtheid voor de rechtszekerheid het individueele debiteursmotief irrelevant geacht; art. 3 W.v.K. maakt dit motief tot criterium of een verbintenis zal gelden als civielrechtelijke (in engen zin) dan wel als handelsrechtelijke verbintenis, p. 24-25.

Art. 1372 B.W. is slechts leesbaar, wanneer oorzaak als beweegreden wordt opgevat, p. 25-27.

III. Enkele grepen uit de geschiedenis van het leerstuk van de oorzaak in het verbintenissenrecht.

Historische interpretatie dient ter aanvulling van teleologische en systematische, p. 28-29.

A. De causaleer in Frankrijk sinds Domat.

D o m a t is de grondlegger van de causaleer; eenerzijds geprezen als „le restaurateur de la raison dans la jurisprudence", anderzijds verwijt, dat hij door misverstand van het R.R. verwarring zou hebben doen ontstaan. D o m a t slechts vaag, p. 29.

D o m a t bedoelt met cause of fondement *niet* een Romeinschrechtelijke causa, p. 30-31. Bij de bespreking der liberaliteiten denkt hij aan het motief als cause van de liberaliteit, p. 31-32. Onder fausse cause verstaat hij valsch motief, terwijl hij de leer van het valsche motief in verband met zijn leer der oorzaak wil gezien hebben, p. 33. Betoog van D o m a t over ongeoorloofdheid wijst er op, dat hij aan ongeoorloofde motieven denkt; de schenking met ongeoorloofd voor de wederpartij onkenbaar motief acht hij nietig, p. 33-36. D o m a t leert terloops, dat een overeenkomst bestaat uit een complex van voorwaarden; het fondement daarvan zoekt hij in het motif particulier, p. 36-38. Hij benut de Romeinschrechtelijke teksten over het innominaatcontract om zijn rationalistische ideeën ingang te doen vinden, p. 39. In het verdere verloop van de

geschiedenis wordt de lijn tegenverbintenis — uitvoering der tegenverbintenis — motief duidelijk doorgetrokken; Prévôt de la Jannès (1750), Bigot-Préameneu, Portalis, Latijnsche wetboeken als uitloopers van den Code, p. 39-43. Evolutie causaleer na invoering Code; klassieke causaleer, p. 43-44.

B. De leer der causa in Frankrijk vóór Domat.

Nauw verband tusschen den regel van de verbindbaarheid van het pactum nudum en dien van een geoorloofde, ware en zedelijke oorzaak, p. 45. Regels stammen uit het Canonieke recht. Dit beschouwde den individueelen debiteur en zijn belofte, p. 45-46. Het knoopte aan bij de Romeinschrechtelijke stipulatio, welke tot vormvrije belofte werd gedenatureerd, p. 46-47. Daardoor worden de woorden consentement en toestemming verklaarbaar in de artikelen 1108 C.c. en 1356 B.W., p 47. Compromis tusschen Canoniek en gerecipieerd Romeinsch recht: niet het pactum nudum doch het pactum causatum zal verbindend zijn; causa is evenwel geen Romeinschrechtelijke doch Canoniek- of natuurrechtelijke causa, p. 48-49. Coutumier Fransch recht, p. 49-50.

C. Iets over de causaleer in Nederland.

Meeningen omtrent de causaleer van de Oud-Nederlandsche schrijvers verdeeld, p. 50. Hugo de Grooth en Simon van Leeuwen, p. 51. Causaleer overgenomen uit Code civil, p. 52-53. Vervanging oorzaak der verbintenis door oorzaak der overeenkomst, p. 53. Beteekenis art. 1349 B.W., p. 53-55. De leer, dat art. 1372 B.W. op schuldbekentenissen zoude slaan, p. 56-57. Het werk van Mr. Coninck Liefsting; deze stelt incidenteel causa = motief, p. 58-60.

D. Samenvatting.

Slechts de geoorloofd, waar en redelijk gemotiveerde belofte doet een verbintenis ontstaan, p. 60-62.

IV. Ongeoorloofde oorzaak.

A. Wederkeerige overeenkomsten.

Bij de leer der oorzaak stelt de wet zich op het standpunt van den debiteur p. 63. Ruil- en samenwerkingscontracten; bij de laatste wijkt het individueele motief terug, p. 63-65.

B. Ongeoorloofde oorzaak of misbruik van de bevoegdheid tot contracteeren.

Oorzaak is de voorstelling welke den contractant bezielt op het oogenblik dat hij belooft, p. 65. Ongeoorloofd is deze voorstelling, wanneer hij zich voorstelt via het contract een rechtens of moreel afkeurenswaardige begeerte-

bevrediging tot stand te brengen of wanneer hij zich voorstelt een op zich zelf geoorloofde begeertebevrediging met behulp van een verwerpelijk middel via het contract tot stand te brengen, p. 65. De artt. 1371-1373 vormen het snijpunt tusschen individueel-economisch en wettelijk toelaatbaar handelen; de leer van het rechtsmisbruik vindt in deze artikelen haar wettelijk steunpunt, p. 66.

C. Ongeoorloofdheid te beoordeelen naar het oogenblik van het sluiten der overeenkomst. Vermoeden van geoorloofdheid.

De rechter is niet lijdelijk ten aanzien van de al dan niet geoorloofdheid van het motief, doch moet rekening houden met een vermoeden van geoorloofdheid, p. 66-67. Bij verandering van geoorloofd tot ongeoorloofd motief tijdens de uitvoering van het contact moet art. 1371 B.W. analogisch worden toegepast, p. 67.

D. Vermelding van oorzaak niet vereischt.

Niet de vermelde doch de inderdaad bestaande oorzaak moet geoorloofd zijn, p. 68-69.

E. Nietigheid wegens ongeoorloofdheid gaat niet verder dan de ratio ervan eischt.

Slechts het ongeoorloofd gedetermineerde gedeelte der belofte is nietig. Leer van de „cause impulsive et déterminante" der Fransche jurisprudentie zoowel t.a.v. art. 1172 als t.a.v. art. 900 C.c., p. 69.

F. Kennis van de ongeoorloofde oorzaak door de wederpartij niet vereischt. Constructievragen. Discretionaire rechterlijke bevoegdheid.

De wet eischt nergens, dat wederpartij kennis drage van de ongeoorloofdheid van het motief, p. 70. Nietigheid van de eene verbintenis of belofte wegens ongeoorloofde oorzaak sleept nietigheid van de andere met zich, wijl beide voorwaardelijk zijn aaneengekoppeld, p. 70. Dupeering van de wederpartij te goeder trouw wordt gecorrigeerd door toepassing art. 1401 B.W. Dit is geen toepassing van art. 1401 B.W. op contractueele verhoudingen, want bij ongeoorloofd motief komt er geen contract tot stand, p. 71. Krachtens nietige verbintenis verrichte prestaties moeten, zoover mogelijk, ongedaan worden gemaakt, p. 71. Bij de berekening van schadevergoeding moet de rechter rekenen met den graad van schuld bij de partijen, p. 72.

G. Causalisme en anti-causalisme.

Klassieke causaleer: oorzaak = tegenverbintenis, p. 72. Anti-causalisme: leer der ongeoorloofde oorzaak = leer der ongeoorloofde overeenkomst, p. 72-73. Bestrijding van de leer, dat oorzaak = onderwerp en dat oorzaak-

artikelen naast art. 6 C.c. (art. 14 A.B.) zouden kunnen worden gemist, p. 73-75. Tweeërlei nuance in anti-causalisme: 1°. enkel uit den contractsinhoud blijkend gemeenschappelijk partijmotief is relevant (Suyling) en 2°. elke gemeenschappelijke partijoverweging is relevant (Moltzer), p. 75-76. Engelsche praktijk, p. 76-77.

V. Valsche oorzaak.

A. Valsche oorzaak is dwaling en geen simulatie.

Evenmin als de belofte zonder vermelding van oorzaak ongeldig is als belofte *zonder oorzaak*, evenmin is de belofte met een onware *vermelde* oorzaak ongeldig als belofte uit valsche oorzaak; niet op de vermelde maar de werkelijk bestaande oorzaak doelt de uitdrukking valsche oorzaak, p. 78.

B. Dubbele wettelijke regeling der dwaling.

De wet regelt de dwaling eerst als gebrek in de toestemming (artt. 1357-1358 B.W.), vervolgens nogmaals als gebrek in de motiveering der toestemming (art. 1371 B.W.), p. 78-79.

C. Beperking van het beroep op dwaling tot de dwaling in de zelfstandigheid der zaak welke het onderwerp der overeenkomst uitmaakt.

Art. 1358 B.W. beperkt het beroep op dwaling ter bescherming van de wederpartij, p. 79. De zelfstandigheid der zaak is de zaak zelf die het onderwerp der overeenkomst uitmaakt; deze wordt aangeduid door de benaming die de zaak in de overeenkomst als onderwerp draagt, p. 79-80. Een contractant dwaalt slechts dan relevant, wanneer hij waant, dat de zaak als onderwerp in de overeenkomst juist is omschreven, p. 80-81.

D. Relevante dwaling van de zijde van den debiteur is hetzelfde als wanprestatie van de zijde van den crediteur.

Persoonlijke onkenbare vergissingen van een debiteur zijn irrelevant, p. 81-82. Hetgeen relevante dwaling is van den debiteur is wanprestatie van den crediteur; deze wanprestatie moet als zakelijke wanprestatie van de persoonlijke wanprestatie worden onderscheiden, p. 82-84.

E. Historie.

De regel van art. 1358 B.W. gaat terug op Pothier volgens Bigot-Préameneu, p. 85. Pothier onduidelijk, p. 86. Pufendorf, duidelijk, p. 86-88. Uit Pothier gelezen in verband met Pufendorf blijkt, dat men enkel dwaling tengevolge van niet-voldoening, hetzij te goeder, hetzij te kwader trouw, aan een ondubbelzinnig gestelde voorwaarde relevant heeft geacht, p. 88-89.

F. **Verborgen gebreken.**

Verborgen gebreken zijn te beschouwen als negatieve eigenschappen welke doen dwalen in de zelfstandigheid der zaak, p. 90-91. Niet enkel feitelijke doch eveneens juridische gebreken kunnen doen dwalen, p. 91. De regeling der verborgen gebreken en der uitwinning is een bijzondere dwalingsregeling, p. 91-93.

G. **Typische voorbeelden van dwaling.**

Algemeene regel opgesteld n.a.v. concreet koopcontract, p. 93-95.

H. **Nietigheid en vernietigbaarheid. Eisch en verweer bij dwaling of wanprestatie.**

In dwaling aanvaarde verbintenis is niet van rechtswege nietig, doch op verzoek van belanghebbende door den rechter vernietigbaar; eigen richting, rechterlijke contrôle, p. 96-97. Eisch wegens dwaling kan gedurende 5 jaar na ontdekking dwaling worden ingesteld; verweer is aan geen tijd gebonden, p. 97.

I. **Historie.**

Uit de historie valt op te maken, dat men met den termijn van art. 1490 B.W. en dien van art. 1547 B.W. niet bedoeld heeft een verjarings- resp. een vervaltermijn, doch een termijn, waarbinnen de vordering tot vernietiging kan ontstaan — een aansprakelijkheidstermijn gelijk in art. 1645 B.W., p. 98-99.

VI. Ontbindingsrecht bij wanprestatie.

A. **Art. 1184 C.c. en artt. 1302—1303 B.W.**

Nauw verband tusschen causaleer en leer der ontbinding bij wanprestatie, p. 100.

B. **Persoonlijke wanprestatie.**

Artt. 1302-1303 B.W. doelen op persoonlijke wanprestatie, p. 101. Alleen bij deze wanprestatie komt verleening van een terme de grâce te pas, p. 102.

C. **Rechterlijke interventie.**

De rechter is bevoegd na te gaan, of de wanprestatie ontbinding rechtvaardigt; vooral de Fransche rechter maakt van zijn contrôlerecht ruim gebruik, p. 102-103.

D. Exceptio non adempleti contractus of règle des corrélatifs.

De exc. n.a.c. is de passieve tegenhanger van de actieve ontbindigsactie, p. 104.

E. Res perit emptori.

De regel van art. 1496 B.W. stamt uit oude tijden, waarin koop en levering samenvielen; art. 1429 B.W. gaat ook thans nog uit van het beginsel dat de kooper van een specieszaak daarover aanstonds kan beschikken, p. 104-105.

F. Historie.

Doordat Pothier de zakelijke wanprestatie in verband heeft gebracht met de leer der persoonlijke wanprestatie, is de regel van art. 1358 B.W. in de praktijk niet tot groei gekomen.

VII. Zonder oorzaak.

De woordverbinding „zonder oorzaak of uit valsche oorzaak" kan als tautologie worden opgevat, p. 107. Aan de uitdrukking „zonder oorzaak" kan echter ook een eigen beteekenis worden gehecht; daartoe moet het woord „redelijke" ingelascht worden gedacht, p. 107. Als onredelijke oorzaak is te beschouwen een sociaal-economisch onredelijk motief, p. 108. De sociaal-oneconomische contracten kunnen niet wegens ongeoorloofde oorzaak nietig worden geacht, p. 109-110. De beoordeeling van de sociaal-economische redelijkheid houdt niet in, dat contracten afhankelijk zijn van persoonlijke sociaal-economische opvattingen van den rechter; zij kan niet worden betwist met een beroep op de individueele vrijheid, p. 110-111. Leer van het justum pretium, p. 111-112.

I. Algemeene beschouwingen.

De eisch, dat een obligatore overeenkomst om verbindend te zijn een geoorloofde oorzaak moet hebben, is berucht en heeft tot veel literatuur aanleiding gegeven. De tegenwoordig heerschende leer inhoudende, dat deze eisch beteekent, dat de overeenkomst een geoorloofden inhoud moet hebben, bevredigt ons niet geheel. Het verbod van ongeoorloofde oorzaak schijnt ons toe te zijn het verbod van ongeoorloofd motief. Het spraakgebruik doet het woord oorzaak, dat hier in verband met een menschelijke handeling — nl. het aangaan eener overeenkomst — door de wet wordt gebezigd, opvatten als motief. In het bijzonder doet het in hetzelfde verband gebruikte Engelsche woord consideration denken aan een psychische motiveering. En wel aan een eenzijdige motiveering. Bij de obligatore overeenkomsten, die veelal de juridische vorm van economische ruilhandelingen zijn, wordt ieder der partijen door een eigen motief bewogen en is er veelal van een gezamenlijk motief geen sprake. De traditioneele causaleer beschouwt dan ook steeds de bij een overeenkomst betrokken partijen afzonderlijk en acht de verbintenis van de eene partij de causa van de verbintenis van de andere partij. Ook al is men van meening, dat de oorzaak van de overeenkomst een ander begrip is dan de oorzaak van de verbintenis, het feit, dat de traditioneele causaleer op de individueele partij let, geeft te denken en doet de vraag rijzen, of het wel juist is deze begrippen te scheiden.

De eisch eener geoorloofde oorzaak schijnt zeer eenvoudig. Van nature dringt zich de aan een contractant te stellen vraag op: tot wàt (onderwerp) wilt ge u verbinden en waarom of waartoe (oorzaak of oogmerk) wilt ge dit? Het procesrecht kent een soortgelijke vraag door van den eischer te vergen dat hij zijn eisch motiveert. Weliswaar kan ten processe worden gewezen op een in het verleden liggend rechtsfeit. Zoo kan de eischer betoogen, dat hij veroordeeling van den gedaagde vordert, omdat hij hem een huis heeft verkocht en de koopsom niet is betaald. Bij de obligatore overeenkomsten is dit niet het geval. De kooper van een huis kan zijn belofte om de koopsom te betalen niet motiveeren met een verwijzing naar het verleden. Hij zal naar de toekomst verwijzen en bijv. betoogen: omdat ik in een bepaalde stad in verband met mijn bezigheden

moet zijn, wil ik daar een huis hebben. In beide gevallen betreft het echter motiveering van een handeling. In het contractenrecht is bij de motiveering wel verwijzing naar het verleden mogelijk bij de handelingen, waarbij een bestaande verbintenis wordt bevestigd, veranderd of gedelgd — zgn. Hülfsgeschäfte. Het is o.i. dan ook wel begrijpelijk, dat men vooral aan deze Hülfsgeschäfte bij de bespreking der causaleer heeft gedacht. En wel in het bijzonder aan het Hülfsgeschäft bestaande in het uitreiken en aannemen eener schuldbekentenis. Daardoor is soms de leer der causa ineengeschrompeld tot de leer van de oorzaak der schuldbekentenis. Evenwel, al kunnen wij ons dit voorstellen, wij meenen, dat de leer der causa der overeenkomst niet behoort te worden beperkt tot de leer van de causa der schuldbekentenis. Wij meenen, dat het motief dat den uitreiker eener schuldbekentenis tot zijn handeling drijft, een motief is als elk ander motief en dat ook bij andere contractueele handelingen naar het motief moet worden gevraagd. Bovendien wordt de causa bij een zgn. Hülfsgeschäft niet volledig weergegeven door een verwijzing naar het achterliggende zgn. Grundgeschäft. De kooper van een huis die een schuldbekentenis teekent voor de koopsom, motiveert zijn handeling niet volledig door te zeggen, dat hij de schuldbekentenis teekent, omdat hij heeft gekocht. Het gekocht hebben is voor hem een factor van overweging.

De partij die een obligatore overeenkomst aangaat, wordt daartoe door een of ander motief bewogen. Normaliter is dit de voorstelling van het van de bedongen tegenprestatie te trekken nut. De klassieke causaleer volstaat dan ook met te leeren, dat de tegenverbintenis de causa van de aanvaarde verbintenis is. Capitant (no. 14) heeft deze klassieke leer vernieuwd door niet de tegenverbintenis doch de uitvoering daarvan als oorzaak te kwalificeeren. Dit is een stap verder. Om het feitelijke gebruik van de bedongen tegenprestatie is het den contractant te doen. Het uit de overeenkomst voortvloeiende recht op die tegenprestatie is voor hem slechts middel tot doel. Hij begeert dit recht niet op zich zelf, doch wegens de mogelijkheid die het biedt, om zoo noodig met overheidshulp de begeerde tegenprestatie of haar surrogaat af te dwingen. De sanctie is naar wij meenen voor hem het essentieele van het recht uit de overeenkomst voortvloeiende en zeer terecht schrijft dan ook o.i. Star Busmann (II no. 144): „Zal een bevoegdheid waarlijk een recht kunnen „heeten, dan moet zij sanctie bezitten, welke gelegen is in de mogelijkheid „er een aanspraak op te gronden." Ook die feitelijke tegenprestatie is echter slechts middel tot doel. Zoo wordt het krachtens de verbintenis om

te geven te leveren goed niet om zichzelf begeerd, maar wegens de ermede verbonden mogelijkheid een bepaalde begeertebevrediging tot stand te brengen. Wij achten het dan ook niet juist om met Capitant bij de levering te blijven staan, doch zijn van opvatting, dat de psychische motiveeringsreeks moet worden vervolgd tot en met het gebruik van de bedongen tegenprestatie. Dan eerst is de motiveering volledig en blijkt, of het doel dat de contractant zich voorstelt via het door hem gesloten contract te bereiken, door den wetgever wordt afgekeurd.

Dit toch kan het geval zijn. Is het contractenrecht voor de rechtssubjecten middel tot doel — nl. om zoo noodig met behulp van den sterken arm hun doeleinden te bereiken — voor den Staat is dit evenzeer het geval. Weliswaar is terecht van oudsher het kenmerk van het privaatrecht gezocht in de bescherming van de individueele belangen der burgers. Jus privatum ad singulorum utilitatem pertinet. Op de grondpijlers van den individueelen eigendom en van het particuliere initiatief is het gebouw van het civiele recht opgetrokken. Het contractenrecht heeft ten doel den individueelen burger behulpzaam te zijn bij de uitvoering van zijn wil tot belangenbehartiging. Aan ieders eigen inzicht wordt overgelaten, welke belangen hij wil behartigen en hoe hij dit wil doen. Evenwel geschiedt dit, opdat daardoor het algemeen belang zal worden gediend. Slechts binnen bepaalde grenzen wordt de individueele burgerwil tot belangenbehartiging geëerbiedigd. Aan een het algemeen belang aantastenden wil wordt geen rechtsgevolg gehecht. Het zoude ook bezwaarlijk anders kunnen. Het dienen van den individueelen burgerwil als doel op zichzelf zonder te vragen naar het doel waarop hij is gericht, zoude neerkomen op een door het recht geschraagde anarchie — een contradictio in adjecto. Voor een opperheerschappij van den wil is er in het recht geen plaats en is er nooit plaats geweest. De partijwil is in civilibus niet te vergelijken met een Oostersch despoot, aan wiens grillen en luimen onvoorwaardelijk moet worden voldaan, doch met een Westersch constitutioneel vorst, wiens wil wet is, doch alleen dan, wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Tegen een souvereinen privaatrechtswil, verband houdende met onjuiste en gedogmatiseerde opvattingen omtrent de vrijheid van persoon en goed tot uiting komende in het geloof aan de heiligheid en de onschendbaarheid van den individueelen eigendom is men tegen het eind der vorige eeuw opgestaan. Als constitutioneel vorst kan echter de privaatrechtswil ook thans worden gehuldigd. Hij is niet souverein, doch autonoom binnen de grenzen der wet. In den breede kan dan ook Couma-

r o s, die in den laatsten tijd weder een kruistocht tegen den souvereinen privaatrechtswil heeft ondernomen, betoogen, dat de Fransche Code geen opperheerschappij van den individueelen wil kent. De partijwil is in het contractenrecht slechts dan wet, wanneer aan bepaalde door de wet gestelde voorwaarden is voldaan.

In de eerste plaats nu vergt het recht, dat de partijwil geoorloofd is gedetermineerd (vgl. C o u m a r o s p. 181). „Het vermogen om verbin-„tenissen te scheppen is den mensch niet tot ijdel gebruik gegeven" schrijft terecht S u y l i n g (I p. 69; vgl. ook p. 4). De beruchte vraag naar de oorzaak is naar onze meening de vraag naar de grens van de wilsautonomie of contractsvrijheid. Zoo wordt zij dan ook door verschillende schrijvers gesteld en laatstelijk zoekt D j u v a r a (Revue internationale de la théorie du droit 1931—1932 p. 98) de oorzaak der overeenkomst in het recht tot contracteeren, in de contractsvrijheid. De eisch eener geoorloofde oorzaak zien wij als een onderdeel van het algemeene verbod van rechtsmisbruik. Ook het recht tot contracteeren mag niet worden misbruikt door het te benutten ter bereiking van verwerpelijke doeleinden. D u b r e u i l (p. 131—132) maakt onderscheid tusschen rechtsmisbruik en ongeoorloofde oorzaak. Het verbod van rechtsmisbruik beoogt z.i. directe bescherming van een bepaald door het rechtsmisbruik bedreigd rechtssubject; het verbod van ongeoorloofde oorzaak streeft naar directe bescherming van de maatschappij en daardoor indirect naar bescherming van het individu. Deze onderscheiding kan zeer wel worden gemaakt. D u b r e u i l stelt zich op het standpunt van den beschermden persoon. Men kan zich echter ook op het standpunt van den persoon stellen die zijn recht misbruikt. Dan is er geen reden onderscheid te maken tusschen rechtsmisbruik en ongeoorloofde oorzaak, want het betreft dan steeds misbruik van een bevoegdheid door den gerechtigde. De motiveerende voorstelling die den uitoefenaar van het recht bezielt, beslist, of het van dit recht gemaakte of te maken gebruik als misbruik is aan te merken.

De naar onze meening eenvoudige en voor de hand liggende veronderstelling, den eisch der geoorloofde oorzaak zoodanig op te vatten, dat het motief van ieder die contracteert, het individueele partijmotief, geoorloofd moet zijn, wordt evenwel algemeen verworpen. Het groote bezwaar ertegen geopperd is dat van ontwrichting van het rechtsverkeer. Zoo schrijft H a r t o g h (p. 8): „Door aan een der tegenpartij onbekend feit invloed „op het intreden of het bestaan van het rechtsgevolg toe te kennen, zoude „de rechtszekerheid te zeer op losse schroeven worden gezet. Om deze

„reden kan niet worden meegegaan met hen, die vaak belangrijke werking *)
„der causa toekennen aan een eenerzijds gekende innerlijke beweegreden."
In dezen trant schrijven niet enkel de zgn. anticausalisten, maar evenzeer de zgn. causalisten. Is het genoemde bezwaar inderdaad onoverkomelijk? Wij vermogen het niet in te zien. Voorop zij gesteld, dat het genoemde bezwaar, evenals de opvatting, waartegen het moet gelden, slechts een veronderstelling inhoudt. *) Gesteld, dat het bezwaar juist is, dan volgt daaruit nog niet, dat de wetgever niet zoude kunnen zijn misleid door de eenvoudige voorstelling, dat het motief van een contractant geoorloofd moet zijn. Men zoude hem kunnen verwijten, dat hij zich niet had behooren te laten verlokken door deze eenvoudige voorstelling, doch daarmede zoude zijn wet niet zijn terzijde geschoven, zooals Colin (p. 89) in dit verband terecht opmerkt. Het zoude ook mogelijk zijn, dat de wetgever dit verwijt heeft genegligeerd en opzettelijk het gevaar voor de rechtszekerheid niet in aanmerking heeft genomen. Ongetwijfeld is de rechtszekerheid een begeerenswaardig goed, want zij dient het algemeen belang. Evenwel eischt het algemeen belang evenzeer, dat de overheid optreedt tegen het najagen van verwerpelijke doeleinden. In het strafrecht stelt de overheid zich dan ook positief daartegen teweer door leedaandoening te bedreigen. Naast de positieve strafrechtelijke repressaille kan nu de privaatrechtelijke als negatieve worden gesteld. Hetgeen het strafrecht positief tegengaat door leedaandoening of bedreiging daarmede, wordt door het privaatrecht negatief tegengegaan door onthouding van sanctie of bedreiging daarmede. Strafrecht en privaatrecht vullen elkaar aan in dit opzicht. Denken we ons het geval, dat A bij B een vergiftigde taart deponeert ter bezorging aan C en dat B niet bekend is met A's oogmerk om C door vergiftiging van het leven te berooven, zoodat hij te goeder trouw van plan is de taart te bestemder plaatse te bezorgen. Is deze transportovereenkomst verbindend? Naar wij meenen is dit NIET het geval. Zoude men haar wel verbindend achten, dan zoude men tot de tegenstrijdigheid komen, dat A eenerzijds wegens poging strafrechtelijk vervolgbaar is, anderzijds echter met behulp van de overheid B kan dwingen behulpzaam te zijn bij deze strafrechtelijke poging. Een dergelijke tegenstrijdigheid is in het recht niet fraai en behoort zoo eenigszins mogelijk te worden vermeden. Het is dan ook zeer wel denkbaar, dat de

---

*) Op p. 273 betoogt Hartogh met eenige aarzeling, dat oorzaak in art. 1371 B.W. niet motief zoude beteekenen.

wetgever het als zijn plicht heeft gevoeld, hetzij bewust hetzij onbewust, deze tegenstrijdigheid te vermijden en dat hij tegen rechtstreeksche bedreiging van het algemeen belang heeft gewaakt door zijn sanctie aan de door toedoen van A ongeoorloofde transportovereenkomst te onthouden, hoewel daarvan indirecte verlamming van het rechtsverkeer zoude zijn te duchten (vgl. de beschouwingen van Zeylemaker op p. 12). A priori staat geenszins vast, dat hij ter wille van de rechtszekerheid het ongeoorloofde motief van A irrelevant heeft geacht. De vraag kan zelfs worden gesteld, of de rechtszekerheid daarmede wel gediend zoude zijn. Het ongeoorloofde motief van A ter wille van de rechtszekerheid irrelevant te achten toch komt hierop neer, dat het ter wille van B irrelevant wordt geacht. Teneinde dupeering van B te voorkomen zoude aan A's plan in rechte geen aandacht moeten worden geschonken. Staat het echter wel vast, dat B wordt gedupeerd, wanneer aan de transportovereenkomst rechtsgevolg wordt onthouden op grond van ongeoorloofd motief van A? Naar wij meenen is dit aan gerechten twijfel onderhevig. Met Meyers (W.P.N.R. 2678) zijn wij van opvatting, dat de eisch der goede trouw veelal schromelijk wordt overdreven en het schijnt ons toe, dat het beroep op de rechtszekerheid om het eenzijdige ongeoorloofde motief irrelevant te verklaren, dient als zwaar geschut ter dekking van een zwakke stelling. Het crediteursrecht is oplosbaar in een recht op schadevergoeding volgens art. 1279 v. B.W. en de wanprestatie kan worden beschouwd als een afzonderlijk door de wet geregelde onrechtmatige daad — nl. schennis van een crediteursrecht. De wederpartij van een door een ongeoorloofd motief bezielden contractant verkeert in dezelfde feitelijke omstandigheden als de wederpartij van een contractant die wanprestatie pleegt. De met ongeoorloofd motief aanvaarde verbintenis is nietig, zoodat de wederpartij daardoor het recht mist op de contraprestatie, welke zij in het algemeen hooger zal waardeeren dan haar eigen prestatie. Haar een schadevordering te geven bij ongeoorloofd motief voldoet evenzeer aan de eischen der rechtszekerheid als dit het geval is met het recht op schadevergoeding wegens wanprestatie. Tot een schadevordering nu is alle reden. Door de ongeoorloofde oorzaak te verzwijgen brengt een contractant zijn wederpartij in den waan, dat een geldig en derhalve gesanctioneerd contract tot stand komt. Het doen ontstaan van zoodanig schijncontract is te beschouwen als een tot schadevergoeding verplichtende onrechtmatige daad. In het bovengenoemde voorbeeld zal B niet krachtens de transportovereenkomst betaling kunnen verkrijgen. Hij zal echter de schade die hij ten-

gevolge van de nietigheid der overeenkomst lijdt, op A kunnen verhalen wegens onrechtmatige daad van A. Naar wij meenen wordt hierdoor de rechtszekerheid voldoende gediend. Zelfs achten wij deze regeling meer in het belang van B en daardoor in dat van de rechtszekerheid dan een regeling die het ongeoorloofde motief van A zonder meer irrelevant verklaart. Gesteld nl. dat aan B ter oore komt met welk oogmerk A de transportovereenkomst heeft aangegaan en dat hij weigert deze overeenkomst na te komen. Dan loopt hij gevaar zich aan wanprestatie schuldig te maken. Kent men hem een beroep op relatieve overmacht toe, dan is hij daarmede nog niet voldoende geholpen. Weliswaar zal hij geen schadevergoeding behoeven te betalen, doch evenzeer zal hem het recht op de contraprestatie, waarop hij te goeder trouw had gerekend, ontgaan. Bij de schadevergoeding wegens onrechtmatige daad is dit niet het geval. Eenerzijds behoeft B het contract niet na te komen, omdat het slechts een schijncontract is, anderzijds trekt hij de voordeelen die hij te goeder trouw waande bedongen te hebben weliswaar niet krachtens contract maar krachtens onrechtmatige daad. Dit stelsel lijkt ons eenvoudig en aangewezen. De contractant die zich voorstelt zoo noodig met behulp van den sterken arm een door de overheid afgekeurd gevolg teweeg te brengen, hetzij door de bevrediging van een afkeurenswaardige begeerte hetzij door gebruikmaking van een verwerpelijk middel, mag op sanctie van het contract geen staat maken. Dit geldt eigenlijk voor elke rechtshandeling en Coumaros leert o.i. dan ook terecht (p. 22 v.): „L'acte juridique „est un acte de volonté *licite* (cursiveering van ons) à la suite duquel un „effet de droit apparaît immédiatement", terwijl de artt. 1131 C.c. en 1371 B.W. eigenlijk niets anders bepalen dan dat de handeling met ongeoorloofd oogmerk ondernomen geen rechtshandeling is en derhalve als rechtshandeling geen rechtsgevolgen kan teweegbrengen.

De verbanning van het motief uit het recht is vooral uitgesproken, omdat men beroep op valsch motief duchtte (vgl. Capitant p. 23, De Grooth p. 6). Zoude het motief rechtens relevant zijn, zoo redeneerde men, dan zoude een contractant zich dikwijls op valsch motief beroepen, teneinde zich aan zijn aanvaarde verplichtingen te onttrekken en daardoor de wederpartij te goeder trouw dupeeren. Daarbij zag men evenwel voorbij, dat ongeoorloofd motief en valsch motief twee verschillende zaken zijn. De nietigheid wegens ongeoorloofd motief strekt ter bescherming van het algemeen belang. Daarvoor moet zoo noodig het belang van de wederpartij te goeder trouw wijken. De nietigheid wegens valsch motief

daarentegen strekt ter bescherming van het bijzondere belang van den zich verbindenden schuldenaar. Zij heeft ten doel hem tegen de gevolgen zijner vergissingen te beschermen. Hier staan twee gelijkwaardige belangen tegenover elkaar, waarbij het belang van de wederpartij niet behoeft te worden opgeofferd aan onkenbare vergissingen van den schuldenaar. De wet houdt daarmede dan ook rekening. De nietigheid wegens ongeoorloofdheid spreekt zij zonder meer uit, daarentegen kent zij beperkingen ten aanzien van de nietigheid wegens valsch motief of dwaling — art. 1358 B.W.

De leer van het valsche motief moet naar wij meenen worden beschouwd NAAST die van het ongeoorloofde motief. Zij behelst een TWEEDE voorwaarde, waaraan de autonome partijwil moet voldoen om wet te zijn. Een contractant mag zich niet beroepen op onkenbare vergissingen zijnerzijds. De gast die stilzwijgend aan de table d'hôte aanzit, moge kunnen aantoonen, dat het zijn bedoeling was niet te betalen, omdat hij meende dat de gerechten gratis werden verstrekt, niettemin zal hij den vollen prijs krachtens overeenkomst hebben te voldoen. Zijn abnormale wil tot het nuttigen der gerechten zonder betaling geldt rechtens niet. Als wil van een contractant geldt wat betreft mogelijke vergissingen zijnerzijds de normale, redelijkerwijze uit zijn gedragingen af te leiden, wil, onverschillig of deze wil inderdaad aanwezig was. De juridische wil valt niet steeds samen met den psychologischen. Wenscht een contractant, dat zijn abnormale redelijkerwijze niet te veronderstellen wil ten aanzien van den medecontractant zal worden geëerbiedigd, dan zal hij hebben te zorgen, dat zijn medecontractant daarmede instemt en zal hij derhalve zijn afwijkenden wil duidelijk kenbaar moeten maken. Laat hij dit na, dan geldt als zijn wil de wil dien zijn gedragingen redelijkerwijze doen veronderstellen. Ongetwijfeld schuilt hierin fictie. Men wijst erop, dat het niet aangaat de verplichting tot vrijwaring van een verkooper als door hem gewild voor te stellen, aangezien hij wellicht in 't geheel aan deze verplichting niet heeft gedacht en zoo hij eraan gedacht zoude hebben, er waarschijnlijk niet van zou hebben willen weten. Op deze zijde kan men het licht laten vallen. Men kan evenwel ook het licht van den anderen kant laten schijnen en zeggen, dat de verkooper zijn hoofdverplichting tot levering heeft aanvaard en gewild, terwijl hij zijn nevenverplichting tot vrijwaring op den koop heeft toegenomen. Aan deze laatste zienswijze geven wij verre de voorkeur. De grens tusschen verplichtingen uit contract en uit delict voortvloeiende wordt nu eenmaal niet ten onrechte getrokken. De leer die het als ironie

ziet, dat overeenkomstig den wil van den schuldenaar wiens goederen worden geëxecuteerd, wordt gehandeld, doet deze grens vervallen — vgl. Moltzer, prae-advies p. 138. Weliswaar heeft zij gelijk, wanneer zij betoogt, dat in laatste instantie ook de aansprakelijkheid uit overeenkomst berust op een toerekening van overheidswege, doch zij miskent het verschil tusschen den plicht tot betaling van den kooper eener zaak en den plicht tot betaling van schadevergoeding van den verduisteraar die de verduisterde zaak heeft vervreemd. Schlossmann (der Vertrag § 41) die den rechtsgrond van de aansprakelijkheid uit overeenkomst zoekt in een Verschulden en den debiteur in wanprestatie schuldig acht aan de teleurstelling van den crediteur, welke teleurstelling de debiteur moet goedmaken, maakt dan ook weer onderscheid tusschen verkehrsfreundliche en verkehrsfeindliche Geschäfte (p. 328 noot 1). Zeer terecht, want bij die zgn. verkehrsfreundliche Geschäfte schuift zich de voorstelling op den voorgrond, dat de daaruit voortvloeiende verplichtingen zijn gewild, hetgeen bij de verkehrsfeindliche niet het geval is. De kern van een contractueel complex van rechten en plichten is normaliter door de partijen ter dege gewild en abnormale gevallen als dat, waarin iemand bij vergissing opdracht geeft tot verkoopen, terwijl hij koopen bedoelt, zijn uitzondering. Dat de plichten normaliter zijn gewild, is van fundamenteel belang. Dit toch beteekent, dat het aan partijen vrij staat den omvang der verplichtingen naar willekeur te regelen. Bij de delicten is dit niet het geval. Daar staat de wil van den delinquent inderdaad buiten de deur en bepaalt de wet, waartoe hij is gehouden. Eerst wanneer de vrije economische zelfbepaling der rechtssubjecten tot een minimum zoude zijn beperkt en het contractenrecht zoude zijn ineengeschrompeld tot een aantal dwingend geregelde contracten, zoude er reden zijn den partijwil buiten de deur van het contractenrecht geplaatst te achten. Zoude een dergelijke toestand intreden, dan zoude van een driefasige spiraalontwikkeling kunnen worden gesproken. In de eerste fase heerscht de magische opvatting van de overeenkomst. Evenals het tooverwoord geesten oproept, evenzoo roept de afgelegde belofte rechtsgevolgen in het leven. In de tweede fase komt men tot het inzicht, dat deze rechtsgevolgen intreden, wijl zij normaliter zijn gewild. De extreeme gevolgtrekking eenerzijds, dat enkel de psychologisch gewilde rechtsgevolgen behooren in te treden en de miskenning van machtsverhoudingen in het economische leven anderzijds, voeren tot reactie. In de derde fase worden dan aan de economische gedragingen der subjecten door het dwingende geschreven en ongeschre-

ven recht rechtsgevolgen gehecht. Er is gelijkenis met de magische fase, doch de wilsleer heeft de aandacht op de spanning van den wil gevestigd, zoodat recht en goede trouw haar mystieke wazigheid hebben verloren. (Vgl. Zeylemaker p. 12 en p. 81—82; Van Oven in W.P.N.R. nos 3240—3243 en Zevenbergen's inaugureele rede: Aard en werking der goede trouw in het Romeinsche verbintenissenrecht). Zoover is het thans echter nog niet gekomen. Weliswaar opereert de rechter dikwijls met de goede trouw onafhankelijk van der partijen wil. Zoo in het bijzonder waar het onvoorziene omstandigheden betreft. Vooral op dit terrein heeft men de wilsleer, die zich hier voordoet als de leer van de clausula rebus sic stantibus, aangevallen. Men acht het een fictie de door den rechter getroffen regeling bij het intreden van onvoorziene omstandigheden als uitvloeisel van een door partijen stilzwijgend gemaakte clausula te zien. Immers partijen hebben inderdaad niet aan de onvoorziene omstandigheden gedacht en hebben dus ook geen clausula gemaakt, maar zouden een clausula hebben gemaakt, zoo zij eraan zouden hebben gedacht. Daarom wenscht Oertmann niet te spreken van een clausula rebus sic stantibus, doch prefereert hij een zgn. objectiefrechtelijke Geschäftsgrundlage, terwijl anderen zonder meer de regeling bij onvoorziene omstandigheden als van bovenaf opgelegd beschouwen. Ook hier ligt naar wij meenen de waarheid in het midden. De door den rechter bij onvoorziene omstandigheden getroffen regeling is zeker niet een door partijen psychologisch getroffen regeling, omdat de wil daartoe bij partijen meestal wel zal hebben ontbroken. Anderzijds bedenke men echter, dat de rechter aansluiting zoekt bij hetgeen partijen vermoedelijk zouden hebben bepaald, zoo zij de omstandigheden wel hadden voorzien. Juist daardoor kan hij een billijke regeling treffen. De billijkheid toch dient zich niet kant en klaar op, maar moet worden gevonden en de raad door Leetz aan den rechter gegeven om bij een door partijen ongeregelden toestand haar economische machtspositie te ontleden, behoort naar wij meenen niet in den wind te worden geslagen. Zoolang in beginsel ons contractenrecht steunt op een zooveel mogelijk toegelaten ontplooiïng van eigen activiteit der burgers, verkiezen wij de constructie, waardoor het geheele complex van contractueele rechten en plichten wordt toegeschreven aan den partijwil, al moge daartegen kunnen worden opgeworpen, dat het soms reëeler zoude zijn te zeggen, dat de rechtsgevolgen aan den partijwil worden toegedicht inplaats van eraan toegeschreven. Deze constructie achten wij het meest in overeenstemming met het positieve recht. Reeds Houwing

(R.O. p. 232) sprak in 1890 als zijn meening uit, dat er voor de opvatting naar welke bij contracten geen rechtsgevolg aan den wil maar aan de onafhankelijk van den wil afgelegde verklaring zou worden gehecht, in ons recht geen plaats is en laatstelijk betoogt Meyers (W.P.N.R. 2675 v.), dat het beginsel, dat iemand gebonden wordt, omdat hij het heeft gewild, zonneklaar is. Terecht betoogt naar wij meenen Meyers dat de onjuiste opvatting naar welke niet de geuite wil doch het door de gedraging opgewekte vertrouwen het verbindende element der overeenkomst zoude zijn, een gevolg is van een overmaat van belangstelling voor het abnormale geval, dat er geen overeenstemming aanwezig is tusschen wil en gedraging en betoogt hij verder, dat er geen dilemma bestaat tusschen geuiten wil en opgewekt vertrouwen, maar dat geuite wil èn, daarnaast tot aanvulling, opgewekt vertrouwen beide verbindende feiten zijn.

Wij stellen ons op het volgende standpunt.

Contractueele plichten beschouwen wij als door den schuldenaar gewilde plichten, als desbewust aanvaarde plichten. Den wil zien wij als de bron van deze plichten. Echter onder twee voorwaarden. Ten eerste moet de wil om contractueele plichten in het leven te roepen, geoorloofd zijn gedetermineerd. Hier komt het op den psychologischen wil aan. Er is nauw verband met het strafrecht, dat ook in sterke mate let op de werkelijke gezindheid van den dader. Het belang van den medecontractant kan niet beletten, dat met den werkelijken wil wordt rekening gehouden, want dit geschiedt in het algemeen belang, waarvoor het particulier belang van den medecontractant zoo noodig moet wijken. Ten tweede achten wij den wil slechts dan bron van contractueele plichten, wanneer hij duidelijk is geopenbaard. Plichten die men psychologisch niet heeft gewild, gelden niettemin als gewilde plichten, zoo de wederpartij redelijkerwijze mocht veronderstellen, dat zij waren gewild.

De eerste voorwaarde waaraan de wil in civilibus moet voldoen, nl. die van geoorloofde determineering, vormt naar wij meenen het leerstuk der ongeoorloofde oorzaak; de tweede voorwaarde, nl. dat de wil duidelijk kenbaar moet zijn om ten nadeele van den medecontractant te gelden, achten wij het leerstuk der valsche oorzaak *).

---

*) Tot in de 19e eeuw heerschte algemeen de opvatting, dat contractueele verplichtingen gewilde verplichtingen zijn. Deze opvatting is naar wij met Meyers (W.P.N.R. 2675) meenen, eenvoudig en duidelijk. Tegen de daaruit getrokken extreeme consequenties door de zgn. wilsleer van de 19e eeuw ontstond reactie en tegen het einde dier eeuw was men erop uit den wil uit het civiele recht te ver-

bannen. Men zag het als ironie den schuldenaar wiens vermogen door den deurwaarder wordt geëxecuteerd, voor te houden, dat overeenkomstig zijn wil wordt gehandeld, daarbij vergetende, dat de wil veranderlijk is en dat de debiteur op het oogenblik van het sluiten der overeenkomst de door hem aanvaarde verbintenis wel degelijk had gewild, doch later, toen de uitvoering hem te bezwaarlijk werd, niet meer. Verder verdiepte men zich in speculaties omtrent het bestaan van den wil (vgl. Coumaros), terwijl toch willen in verband met contractueele verplichtingen de dagelijksche beteekenis heeft van desbewust aanvaarden dier verplichtingen.

In de 19e eeuw dan ontstond verzet tegen de wilsleer. In zijn merkwaardig boek, getiteld Der Vertrag, betoogde Schlossmann, dat niet de wil maar het Verschulden als grondslag der contractueele plichten moest worden aangemerkt. Door een bepaalde prestatie te beloven wekt de schuldenaar bij den crediteur de voorstelling, dat deze de beloofde prestatie zal verkrijgen. Door zijn belofte niet na te komen veroorzaakt de schuldenaar bij den crediteur een teleurstelling, welke hij als aan zijn schuld te wijten, heeft goed te maken. In soortgelijken zin betoogde ten onzent Smit in zijn belangrijk werk „De grondslagen van ons verkeersrecht in theorie en praktijk", waarin hij de contractueele plichten op het beginsel der toerekenbaarheid doet steunen. De leer der toerekenbaarheid heeft ontegenzeggelijk het voordeel, dat zij de rechtsplichten tot een gemeenschappelijken oorsprong terugleidt, hetgeen uit wetenschappelijk oogpunt zeer aanbevelenswaardig is. Zij heeft echter het nadeel, dat zij niet voldoende het essentieele van het privaatrecht doet uitkomen, nl. dat het ieder rechtssubject veroorloofd is naar willekeur den omvang zijner contractueele verplichtingen te regelen, dat die omvang aan zijn wil is onderworpen, zij het dan ook aan zijn duidelijk geopenbaarden wil. Juist doordat partijen desbewust handelen, ontstaan tal van contractsfiguren.

De schuldleer werd later verruimd tot een risicoleer (Bruins, De Rechtsgrond der Schadevergoeding). Het schuldbegrip bleek te eng om alle rechtsplichten tengevolge van gedragingen te verklaren. Evenzoo als het beginsel zich heeft baan gebroken, dat elke belofte, ook de onvormelijke, behoort te worden nagekomen, evenzoo wint het inzicht veld, dat elke laakbare afwenteling van veroorzaakte schade niet mag plaats hebben, ook al is de veroorzakende gedraging op zichzelve niet laakbaar. De spoorweg-ondernemer is aansprakelijk wegens door locomotiefvonken veroorzaakten brand. Weliswaar kan hij alleszins behoorlijk hebben gehandeld door het treffen van alle mogelijke voorzorgsmaatregelen tegen het zich verspreiden van de locomotiefvonken, doch het getuigt van een laakbare opvatting enkel voorzorgs- en geen nazorgsmaatregelen te willen treffen door de niettegenstaande de getroffen voorzorgsmaatregelen ontstane brandschade op anderen af te wentelen. Deze risicoleer zien wij als een civielrechtelijke preventieleer, welke laakbare afwenteling van schade tracht te voorkomen. Zoo kwalificeert Levenbach o.i. terecht als onbehoorlijk het gedrag van den schuldenaar die prestatie beloofde, niettegenstaande ernstig gevaar van verhindering dreigde zijn belofte na te komen en, wanneer deze verhindering inderdaad intreedt, zich op overmacht beroept. De aansprakelijkheidsstelling voor dergelijke wanprestatie werkt als een rem tegen het onverantwoordelijk aanvaarden van verbintenissen en het wekken van te hoog gespannen verwachtingen bij den crediteur. De risicoleer of leer der gevaarzetting

leert, dat iemand aansprakelijk is voor de gevolgen van zijn gedragingen, welke gedragingen weliswaar niet onbehoorlijk zijn, doch een eenzijdige verhooging van gevaar of risico van het intreden dier gevolgen opleveren, zoodat afwenteling van die gevolgen op anderen als onbehoorlijk is aan te merken. Welke gedragingen eenzijdige gevaarzetting opleveren, zal uit de wet moeten worden afgeleid. Veelal zal echter de wet dit niet met zooveel woorden aanduiden en zal zij verwijzen naar het ongeschreven recht. In het contractenrecht beroept men zich dan ook vooral op de artt. 1374 en 1375 B.W., welke verwijzen naar de goede trouw, teneinde een op het risicobeginsel gefundeerd contractenrecht te verkrijgen. Aldus verkrijgt men een contractenrecht bezien van het standpunt van den crediteur. Men kan evenwel het contractenrecht ook van het standpunt van den debiteur bezien. Ook dan zal de werking van het risicobeginsel zich openbaren, doch in anderen vorm. De verplichtingen uit een overeenkomst voortvloeiende worden dan niet gezien als den contractant van bovenaf door de wet en de goede trouw opgelegde verbintenissen, maar als door hem zelf willens en wetens aanvaard. Deze constructie heeft tegen, dat haar fictie kan worden verweten, doch zij heeft voor, dat zij den nadruk legt op de contractsvrijheid en in aansluiting met de traditie correspondeert met de wet, die zich bij de behandeling van het verbintenissenrecht op het standpunt van den debiteur stelt.

Men zie voorts over dit onderwerp het opstel van V a n d e r H e ij d e n in R.M. 1928, p. 1—46, getiteld „De toerekenbare schijn en de bronnen der verbintenis" en eveneens sub 2 van zijn prae-advies voor de Jaarlijksche Algemeene Vergadering van de Broederschap der Notarissen in Nederland, opgenomen in het Correspondentie-Blad van genoemde Broederschap van Mei 1932.

II. De oorzaak der overeenkomst in het stelsel van het positieve recht.

In het voorgaande werd betoogd, dat die meening zich als eenvoudig opdringt welke onder oorzaak verstaat het motief van een contractant. Hier stellen wij de vraag aan de orde, wat de huidige wet onder oorzaak verstaat.

Zoowel de Nederlandsche als de Fransche wet gewagen van een oorzaak alleen bij de regeling van de conventioneele verbintenissen. Zij onderscheiden deze verbintenissen van andere. Ons niet in den Code voorkomend art. 1269 B.W. luidt: „Alle verbindtenissen ontstaan òf uit overeenkomst, „òf uit de wet", terwijl de artt. 1388 en 1389 B.W. de wettelijke verbintenissen weer onderverdeelen in die welke uit de wet alleen en die welke uit de wet tengevolge van 's menschen toedoen ontstaan. Wat is de bedoeling van deze onderscheidingen? Vergelijken we daartoe de laatstgenoemde Nederlandsche bepalingen met hetgeen de Fransche Code inhoudt, want er mag worden aangenomen, dat er een nauw verband bestaat tusschen het verbintenissenrecht van den Code en dat van het B.W. Dan vinden we in den Code het met onze artt. 1388 en 1389 B.W. correspondeerende artikel 1370 C.c., luidende: „Certains engagements se forment sans qu'il „intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de „la part de celui envers lequel il est obligé. Les uns résultent de *l'autorité „seule de la loi;* les autres naissent *d'un fait personnel à celui qui se trouve „obligé.* Les *premiers* sont les engagements formés **involontairement,** tels „que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres „administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée. „Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve „obligé, résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits; ils „font la matière du présent titre." Wij vestigen de aandacht op de door ons gecursiveerde woorden en op de in het artikel vermelde voorbeelden. Blijkbaar correspondeeren de verbintenissen uit de wet alleen van art. 1388 B.W. met de engagements qui résultent de l'autorité seule de la loi en die uit de wet tengevolge van 's menschen toedoen met de engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé en beteekent „tengevolge van 's menschen toedoen" in art. 1388 B.W. tengevolge van toedoen van den verbonden mensch, van den schuldenaar. Onder verbin-

tenissen uit de wet alleen zegt de Code met woord — involontairement — en voorbeelden te verstaan de verbintenissen voor welker ontstaan de wil van den debiteur van geenerlei beteekenis is en dit zal dus eveneens voor art. 1388 B.W. moeten gelden. Dan blijven nog over de verbintenissen uit de wet tengevolge van 's menschen toedoen en de verbintenissen uit overeenkomst. Wat de eerste betreft blijkt uit de door den Code — art. 1371 v. — en het B.W. — art. 1390 v. — gegeven voorbeelden, dat ook daar weinig beteekenis wordt gehecht aan den wil van den debiteur. Zoo is de onvoorzichtige automobilist verbonden jegens zijn slachtoffer, hoewel hij hoogstwaarschijnlijk noch het ongeval noch de verbintenis heeft gewild. Natuurlijk kan de automobilist wel de prestatie willen, waartoe hij is verbonden, doch daaraan wordt geen aandacht geschonken. Evenzoo is dit het geval bij de zaakwaarneming.

Er is daarbij zelfs veel meer kans, dat de wil van den schuldenaar erbij betrokken zal zijn, doch de wet beschouwt handelingen als zaakwaarneming niet als verricht met het oogmerk verbintenissen te doen ontstaan *). Dit is blijkbaar anders met de verbintenissen uit overeenkomst, want zij worden bij wijze van tegenstelling geplaatst tegenover de wettelijke verbintenissen, waarbij de partijwil van geen beteekenis is. De onderscheiding van art. 1269 B.W. verstaan wij daarom als een tegenstelling tusschen vrijwillig aanvaarde verbintenissen en door de wet opgelegde verbintenissen **).

---

*) Wel blijkt uit de door Code en B.W. gebezigde redactie van de bepalingen over de zaakwaarneming, dat men aan het vermoedelijke bestaan van den wil tot de verbintenis heeft gedacht, doch de wet heeft geen gelijkstelling met de contracten maar slechts gelijkenis — quasi-contracten — ermee gewenscht. Dat laat zich trouwens ook indenken. Bij de zaakwaarneming is er uiteraard geen mogelijkheid voor den zaakwaarnemer zijn van den normalen afwijkenden wil aan dengene wiens belangen hij waarneemt, kenbaar te maken. Als zaakwaarnemer mist men contractsvrijheid en is men geen contractant. Wel kan men met iemand vooraf contracteeren, hoe men zijn zaken eventueel zal waarnemen.

**) Vele malen is den wetgever de onjuistheid van de in art. 1269 B.W. gemaakte onderscheiding verweten. De overeenkomst zoude geen bron van verbintenissen zijn naast de wet, maar steeds zoude het de wet zijn die verbintenissen in het leven roept aanknoopende aan feitelijke omstandigheden, waartoe ook de overeenkomst behoort. Deze kritiek is ongetwijfeld juist evenals de leer, dat niet de wil, maar de gedraging van den debiteur de contractueele verbintenis grondvest. De kritiek op de onderscheiding van de verbintenissen uit overeenkomst en uit de wet en de kritiek op de wilsleer stoelen dan ook op denzelfden wortel: niet de wil of het contract maar de wet het contract beoordeelende evenals zij de onrechtmatige daad beoor-

Enkel nu bij de regeling van de vrijwillig aanvaarde verbintenissen gewaagt de wet van een geoorloofde oorzaak en deze wordt dus blijkbaar in verband gebracht met den partijwil. De wil zelf wordt door de wet niet met oorzaak bedoeld, want daarvoor bezigt zij het woord toestemming of consentement. Derhalve zal de oorzaak verderop moeten worden gezocht als oorzaak van den wil d.w.z. als motief van den partijwil. Dan wordt ook begrijpelijk, dat de wet zwijgt over een geoorloofde oorzaak bij de regeling der wettelijke verbintenissen. Ook deze steunen op een wil en een dezen wil determineerend motief, maar het zijn hier wil en motief — ratio — van den wetgever zelf. Deze nu staan buiten debat en de wetgever kan ze niet daarin betrekken door bij de wettelijke verbintenissen een geoorloofde oorzaak te eischen.

Is daarmede evenwel betoogd, dat nu ook het motief van den individueelen partijwil, van den debiteurswil, als oorzaak door ONZE wet wordt beschouwd? Wat den Code betreft behoeft men niet te twijfelen. Art. 1108 C.c. luidt: „Quatre conditions sont essentielles pour la validité „d'une convention:

„Le consentement de la partie qui s'oblige;

„Sa capacité de contracter;

„Un objet certain qui forme la matière de l'engagement;

„Une cause licite dans l'obligation."

Daar staat in de onderscheiding tusschen consentement van den debiteur en oorzaak van of in zijn verbintenis zeer wel te lezen, waarop Van der Meulen (W. 12118) terecht de aandacht vestigt, dat de oorzaak bij den *debiteur* moet worden gezocht. Moet men dit ook naar Nederlandsch recht doen? Van der Meulen meent, dat men ook bij art. 1356 B.W. moet denken aan ieders individueele toestemming, bekwaamheid en beweegreden, maar hij voegt daaraan toe, dat het dan ook beter

---

deelt, is bron van de contractueele verbintenissen. Maar beide miskennen het verschil dat er nu eenmaal bestaat tusschen overeenkomsten en andere rechten en plichten in het leven roepende gedragingen. Bij de overeenkomsten roept men de plichten normaliter welbewust in het leven en heeft men invloed op den omvang ervan mits men slechts zorgt te voldoen aan den eisch van openbaring. Van Bemmelen, die overigens zelfs het woord wil uit het civiele recht wenscht te verbannen, heeft dan ook terecht betoogd, dat de kritiek op de door art. 1269 B.W. gemaakte onderscheiding afstuit op de bedoeling ervan welke is het beginsel der contractsvrijheid, het beginsel van de vrijbeschikkende of inhoudsvrije overeenkomst, te doen uitkomen — zie Rechtsgeleerde Opstellen II, p. 66 en p. 112 eenerzijds en p. 142 anderzijds.

zoude zijn te spreken van de oorzaak der verbintenis en niet van de oorzaak der overeenkomst. Evenwel juist op dit verschil in terminologie tusschen de Fransche en de Nederlandsche wet heeft de meening post gevat, dat beide wetten niet hetzelfde oorzaakbegrip zouden huldigen. Zoo schrijft Suyling (II, p. 107—108): „Het Fransche recht vordert „namelijk voor het bestaan van een geldig contract eveneens een oorzaak, „maar in afwijking van het B.W., spreekt de C.c. van eene cause de „l'obligation — artt. 1108, 1131. Daaronder verstaat de Fransche traditie „de onmiddellijke beweegreden, die den debiteur ertoe brengt een ver„bintenis op zich te nemen .... Of deze geijkte voorstelling voor het „Fransche recht verdedigbaar is, kan ons onverschillig zijn. Zij past in „ieder geval niet voor ons recht, dat van eene oorzaak der overeenkomst „spreekt. Niettemin opereert men ook hier te lande voortdurend met de „cause de l'obligation. Wat met deze „cause" ook bedoeld moge zijn, in „alle geval niet datgene wat ons recht de oorzaak der overeenkomst d.i. „het doel van het contract noemt." Dat verdient bijzondere aandacht, want we bevinden ons hier in de buurt van een bolwerk der zgn. anticausalistische leer. Op grond van een doctrinair begrip van overeenkomst als gezamenlijke partijhandeling worden alle individueele elementen verdreven. Dit bolwerk zullen we daarom eens gaan verkennen.

Bij Van Bemmelen (Rechtsgeleerde Opstellen II p. 253) vinden we het doctrinaire begrip overeenkomst beschreven. Daar staat: „De doc„trine toone verder aan, dat de rechtshandeling t.o.v. de rechtsbetrekkin„gen denkbaar is: 1°. als de handeling van één persoon, te weten, *a.* het „doen ontstaan eener verbintenis door iemand die zich verbindt — den „schuldenaar zonder medewerking des schuldeischers —, *b.* het doen ver„gaan eener verbintenis door den schuldeischer — kwijtschelding zonder „aanneming —, *c.* het doen overgaan van eigendom door den eigenaar — „schenking zonder aanneming —, *d.* het zich ontdoen van eigendom eener „schuldvordering — zonder medewerking des schuldenaars —; 2°. als de „handeling van twee personen, te weten, *a.* het doen ontstaan, vergaan en „veranderen van verbintenissen door den schuldeischer en den schulde„naar, *b.* het overdragen van eigendom door den gever-ouden eigenaar „en den verkrijger-nieuwen eigenaar, *c.* het overdragen van verbintenis „tusschen den ouden en den nieuwen schuldeischer. Hieruit volgt dan de „onderscheiding van eenzijdige en tweezijdige handelingen, vermits de „meerzijdige, als die tusschen socii, zich oplossen in een aantal rechts„handelingen tusschen twee personen: den schuldeischer en schuldenaar,

„gever en nemer. Nog zette de doctrine uiteen, dat de handelende personen „bij tweezijdige rechtshandeling door hunne gezamenlijke en alzoo ook „noodwendig door hunne overeenstemmende beschikking, waarvan door „overeenstemmende uitdrukking blijken moet, de rechtsgebeurtenis voort- „brengen die het rechtsgevolg is hunner rechtshandeling, weshalve de „tweezijdige rechtshandeling terecht door den gebruikelijken term *over- „eenkomst* wordt aangeduid." Daarbij vergelijke men Dabin (p. 50): „La dépendance mutuelle des obligations résulte en effet, de la volonté „toute puissante des parties, qui ont le droit non seulement de créer des „obligations, mais de les créer dépendantes. C'est la caractéristique du „contrat synallagmatique. Le consensus ne porte pas séparément sur „chaque obligation, dont l'une pourrait ainsi naître sans l'autre, ce qui „expliquerait la nécessité d'une cause; il porte sur les deux obligations „ensemble: le transfert de propriété moyennant un prix, tel est l'objet „indivisible de l'accord des parties dans la vente. Exiger, de plus, une „cause, c'est ne rien comprendre au contrat synallagmatique." Op de gezamenlijke wilsovereenstemming legt de doctrine den nadruk en daardoor valt datgene van den debiteurswil wat niet in den gezamenlijken wil van debiteur en crediteur is begrepen buiten beschouwing. In dien zin redeneeren ook de zgn. causalisten (bijv. Capitant p. 487). Bezien we nu eens de wet. Wat verstaat die onder overeenkomst? Art. 1101 C.c. en art. 1349 geven daarop antwoord: „Le contrat est une convention „par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plu- „sieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose". „Eene overeenkomst is een handeling waarbij een of meer personen zich jegens een of meer andere verbinden". Daar wordt de nadruk gelegd op het zich — willens en wetens — belasten met een verbintenis door den debiteur of de debiteuren als er meer zijn, maar van een gemeenschappelijke samenwerking zooals Van Bemmelen en Dabin die opvatten, wordt niet gesproken. Overeenkomen beteekent volgens de wet niet meer dan zich belasten met een verbintenis en overeenkomst niet meer dan de bepaalde en geoorloofd gedetermineerde belofte van een handelingsbekwaam debiteur. Van Goudoever verwringt de woorden van art. 1349 B.W. naar onze meening, wanneer hij opmerkt, (Asser-Van Goudoever p. 247 noot 2) dat verbinden niet zoude beteekenen zich verplichten, maar zich in verbinding stellen of zich vereenigen, want de wet handelt hier ter plaatse over verbintenissen of verplichtingen en zich verbinden kan in dit verband niet anders beteekenen dan zich verplichten

hetgeen trouwens bij de redactie van het correspondeerende art. 1101 C.c. buiten kijf is. Eveneens achten wij het ver gezocht om in het meervoud in art. 1356 B.W. — de toestemming van dege*nen* die zich verbin*den* — te lezen, dat in onze wet in afwijking van den Code uitkomt, dat zekere samenwerking van tenminste twee personen noodig is (Asser-Van Goudoever p. 247). Het meervoud in art. 1356 B.W. klopt met dat in art. 1349 B.W. en slaat enkel op het geval, dat er meer dan één debiteur is. Slechts uit het enkelvoud in art. 1102 C.c.: „*Le* contrat est synallagma„tique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les „uns envers les autres" zoude zijn op te maken, dat het zgn. wederkeerige contract als een eenheid moet worden beschouwd, doch merkwaardigerwijze is dit artikel in ons B.W. niet overgenomen. De overeenkomst opgevat als debiteursbelofte ligt in het stelsel van Code en B.W. opgesloten. Zij baseeren het verbintenissenrecht op de verbintenis die zij omschrijven als een *plicht* tot doen of nalaten en stellen zich dus op debiteursstandpunt. Men vergelijke daartoe opschriften en indeelingen in de wet. De Fransche cause dans l'obligation *) is dan ook dezelfde als de oorzaak der overeenkomst of debiteursbelofte naar Nederlandsch recht. Voor het Fransche recht geldt natuurlijk eveneens, dat la cause de l'obligation = la cause de la convention en het door elkaar gebruiken van deze uitdrukkingen door den Code — artt. 1108 en 1131 eenerzijds, artt. 1110 en 1132 anderzijds — behoeft dan ook geen verwondering te baren. Hierin ligt ook opgesloten, dat de oorzaak der *verbintenis* genoemd in art. 1108 en 1131 C.c. niet is haar bron, de overeenkomst waaruit zij is ontstaan, welke opvatting trouwens tot het absurde gevolg zou leiden, dat art. 1108 C.c. als voorwaarde voor de geldigheid van de overeenkomst een geoorloofde overeenkomst zoude vergen. Tenzij men art. 1108 zoude willen lezen: „als bestaansvoorwaarde voor een *hulp*overeenkomst, als de afgifte van „een schuldbekentenis edgl., is noodig, dat een geoorloofde *hoofd*overeenkomst, als koop, edgl. bestaat en aan welke de verbintenis die het „onderwerp der hulpovereenkomst uitmaakt, haar ontstaan heeft te „danken." Dan echter zoude het geheele tweede hoofdstuk van het derde boek van den Code niet geschreven zijn voor overeenkomsten of beloften in het algemeen, maar enkel voor de zgn. hulpovereenkomsten, hetwelk

*) Het woord „dans" in art. 1108 C.c. kan o.i. gevoegelijk worden gelezen als „de". Zeker beteekent het niet, dat de oorzaak in de verbintenis moet liggen opgesloten, want art. 1131 C.c. spreekt weer van een obligation *sur* une cause illicite etc.

een veel verbreide leer partieel betoogt ten aanzien van art. 1132 C.c. = 1372 B.W. — zie verder p. 25 v.

Alvorens verder te gaan wenschen wij nog enkele woorden te wijden aan het uiteenloopen van wet en doctrine t.a.v. het begrip overeenkomst. De bron van het door Schlossmann zoo heftig aangevallen doctrinaire begrip zien wij in een niet ten einde doorgevoerde ontleding van de juridische transacties. Als gemeenschappelijke kern daarvan, vooral van de meest voorkomende als koop en huur, werd gezien, dat partijen hetzelfde willen. De wilsovereenstemming werd als kern van alle transacties gezien [Vgl. Chevrier p. 27 en Zeylemaker p. 36—37] en aldus kon de Romeinsche definitie conventio est duorum pluriumve in idem placitum consensus, waartoe mede het woord conventio of overeenkomst aanleiding gaf, ontstaan. Deze omschrijving is niet onjuist, doch zij is slechts formeel en kan de meening doen postvatten, dat de bij een overeenkomst betrokken partijen in eendrachtige samenwerking eenzelfde gevolg willen teweegbrengen. En ook deze meening behoeft niet onjuist te zijn. Behalve bij de overeenkomsten van vereeniging als maatschap edgl. kunnen partijen ook bij ruilingsovereenkomsten als koop edgl. in eendrachtige samenwerking hun belangen behartigen. Doch de bij een ruiling betrokken partijen staan meestal meer tegenover dan naast elkaar en Meyers merkt dan ook terecht op (Asser-Meyers IV p. 84), dat het niet altijd mogelijk is te spreken van **de** bedoeling van partijen, omdat zij niet altijd hetzelfde bedoelen. De wilsovereenstemming behoort niet enkel formeel, doch materieel te worden beschouwd als een gevolg van twee of meer tegengesteld of parallel loopende individueele bedoelingen. Evenals Van Bemmelen de meerzijdige handelingen, als die tusschen socii, oplost in een aantal handelingen tusschen twee personen — zie bovenstaand citaat — evenzoo kan en behoort de tweezijdige handeling te worden opgelost in de handelingen van twee individuen, in individueele handelingen. Enkele sporen in die richting zijn in de doctrine wel aanwijsbaar. Wij vestigen de aandacht op Naber's *) prae-advies voor de vergadering der Nederlandsche Juristenvereeniging in 1889. Naber had blijkbaar moeite het handelspapier te verklaren en hij leert nu (Handelingen p. 42—43): „Tot de „benaamde" overeenkomsten be„hoort ook de wisselteekening en de uitgifte van toonderpapier. Art. 1349 „is ruim genoeg, om ook deze handelingen te omvatten. Wellicht zal men

*) Zie ook zijn opstel „Begrip of etiket" in R.M. VIII, p. 22—36, besproken door Van Bemmelen, R.O., p. 111 v.

„mij tegenwerpen, dat de overeenkomst een Romeinsch begrip is, en „derhalve de definitie der Romeinen: duorum est pluriumve in idem placi- „tum consensus, als toetssteen voor het al of niet bestaan van overeen- „komsten moet worden aangenomen. Dit zou natuurlijk de genoemde „eenzijdige wilsverklaringen van de categorie der overeenkomsten uit- „sluiten. Ik antwoord, dat zelfs naar Romeinsch recht de geciteerde „definitie volkomen onjuist is. Men heeft er zich te Rome in de praktijk „nimmer om bekommerd, en geheel onafhankelijk van haar inhoud beslist, „wat wel als overeenkomst mocht worden aangemerkt, wat niet. Over- „eenkomst was derhalve te Rome, gelijk thans nog, ieder rechtsfeit, „waarin de rechter eene overeenkomst zien wil. Wettelijk voorschrift sluit „natuurlijk het arbitrium judicis uit. Zoodanig wettelijk voorschrift bezit- „ten wij ten aanzien van den wissel; en, wel verre van niet tot de over- „eenkomsten te behooren, is juist de wissel overeenkomst bij uitnemend- „heid, overeenkomst bij de gratie des wetgevers zelven — artt. 119, 144, „146 W.v.K. — Hetzelfde geldt van toonderpapier — artt. 221—224 „W.v.K. —." Hier wordt het traditioneele overeenkomstbegrip dus ver- worpen en de aandacht op art. 1349 B.W. gevestigd. In Frankrijk con- trueerde C o l i n (chap. 3, sect 2, § 2, no. 5) in verband met art. 1132 C.c. hetgeen hij noemde „une convention abstraite, une convention réduite à „ses éléments". Hierin komt eveneens de gedachte aan oplossing van het traditioneele begrip overeenkomst tot uiting.

Nu lossen wij de overeenkomst als volgt op. Men heeft naar wij meenen bij de omschrijving van het begrip overeenkomst voornamelijk het oog op de zgn. wederkeerige overeenkomsten. Deze zien wij als twee voor- waardelijk aaneengekoppelde individueele beloften. Zoo meenen wij, dat de koopovereenkomst bestaat in een zich belasten met een verbintenis door den kooper — „overeenkomst" of belofte — op voorwaarde, dat de verkooper zich zijnerzijds binnen bepaalden of redelijken tijd verplicht — „overeenkomt" — de zaak te leveren of omgekeerd. Bij een zgn. weder- keerige overeenkomst onderscheiden wij scherp de afzonderlijke hande- lingen der individueele partijen en wij geven de voorkeur aan de uitdruk- king van elkaar *snijdende* bedoelingen van deze partijen boven die van de gemeenschappelijke partijbedoeling *). Wij betoogden daarmede in over-

*) Het gemeenschappelijke, „gezamendehandsche", „organische" — of hoe men dit noemen wil — in het traditioneele begrip van overeenkomst komt o.i. vergroot tot uiting in de leer van de rechtspersoonlijkheid, zij het dat de Duitsche organische realiteit ten onzent wordt geneutraliseerd tot juridieke, en wij vinden het merk-

eenstemming te zijn met art. 1349 B.W. Er is echter o.i. nog meer aan te voeren. Ten eerste moet de doctrine om haar begrip overeenkomst te handhaven een aan de wet onbekend begrip van bindend aanbod construeeren. Wij achten dit niet noodig en meenen met het door de wet erkende begrip van verbintenis te kunnen volstaan. Een bindend aanbod van een kooper tot levering van een paard voor *f* 300 zien wij als een voorwaardelijke belofte zijnerzijds. Hij verplicht zich het paard te leveren op voorwaarde, dat de oblaat zich zijnerzijds binnen bepaalden of redelijken tijd verbindt tot betaling van den prijs. De kooper is krachtens art. 1294 B.W. voorwaardelijk verbonden tot levering en zijn verbintenis wordt zuiver, zoodra de wederpartij aanvaardt. Terugwerking der voorwaarde overeenkomstig art. 1297 B.W. wordt, wanneer zij niet gebruikelijk is, uitgesloten door art. 1383 B.W. Art. 1297 B.W. bevat, zoo meenen wij met Suyling (II, p. 245) slechts regelend recht en wijkt steeds wanneer het duidelijk is, dat terugwerking niet is gewild. Deze wijze van voorstelling schijnt ons meer te strooken met den loop der dingen dan de opvatting dat, zooals Dabin schrijft, partijen volkomen gelijktijdig met elkaar correspondeerende plichten doen ontstaan. Vrijwel steeds toch gaat het initiatief van een der partijen uit.

Vervolgens denken wij aan art. 1302 B.W., alwaar de wet de constructie der voorwaarde bezigt en die zich ook zeer wel laat verstaan. Zich niet verplichten of zich verplichten maar niet aan zijn verplichtingen voldoen, staat voor de wederpartij praktisch op één lijn. Wanneer A zich verbindt tot een bepaalde prestatie op voorwaarde, dat B zich zijnerzijds tot een andere prestatie verplicht, dan is A's verbintenis zuiver geworden, zoodra B aan de gestelde voorwaarde heeft voldaan. Achteraf beschouwd, blijkt evenwel de verplichting van B niets waard te zijn geweest, wanneer hij niet nakomt, en de door A gestelde voorwaarde blijkt slechts formeel-juridisch en niet materieel-economisch te zijn vervuld geweest. Door de wanprestatie te beschouwen als hebbende tegengestelde werking aan die van de vervulling der opschortende voorwaarde bestaande in het zich verbinden door B, m.a.w. als ontbindende voorwaarde, wordt de rechtstoestand weer met den feitelijken in overeenstemming gebracht.

Ten slotte vertoonen de omschrijvingen van de verschillende benoemde overeenkomsten sporen van een opereeren van den wetgever met voor-

---

waardig, dat *de* tegenstander van de organische leer van de rechtspersoonlijkheid, Molengraaff, in zijn Inleiding tot het Nederlandsche Handelsrecht — p. 64—65 — de individueel georiënteerde klassieke oorzaakleer weergeeft.

waardelijke verbintenissen. In de bepalingen van het koop- en ruilcontract is weinig hiervan te vinden en deze bepalingen schijnen als geknipt voor de traditioneele leer. Dit laat zich trouwens gereedelijk verklaren, want het zijn juist deze transacties geweest die de empirische basis voor het begrip overeenkomst hebben gevormd. Toch zij er de aandacht op gevestigd, dat de wet spreekt van koop en verkoop en dat met een weinig goeden wil zoude kunnen worden gelezen: een overeenkomst van koop èn *een* van verkoop. Bij de omschrijving van het huurcontract stelt de wet zich in art. 1584 B.W. op het standpunt van den individueelen verhuurder, die *tegen* een bepaalden prijs zich verbindt. Daarin kan reeds het opduiken van een voorwaarde worden gezien evenals in de omschrijving van de arbeidsovereenkomst in art. 1637a en de aanneming van werk in art. 1637b B.W. Eindelijk verschijnt in de omschrijvingen van de bewaargeving, de bruikleening en de verbruikleening in de artt. 1731, 1777 en 1791 B.W. het woord voorwaarde. Juist omdat deze contracten minder frequent zijn dan koop, achten wij het woord voorwaarde kenteekenend. Doordat de wet hier herinnert aan de Romeinsche reëele contracten en de bewaargever enz. zich niet eerst verplicht tot prestatie maar aanstonds presteert komt het voorwaardelijke in zijn gedragswijze scherper tot uiting. Overigens verschillen deze zgn. reëele contracten in hun moderne economische functie in niets van de zgn. wederkeerige of synallagmatische, zoodat de Romeinschrechtelijke herinnering zonder bezwaar zoude kunnen verdwijnen en bijv. de bewaargeving zoude kunnen worden omschreven als een handeling, waarbij de bewaargever zich — normaliter desbewust — verplicht het goed te deponeeren en bewaarloon te betalen op voorwaarde, dat de bewaarnemer zich zijnerzijds verplicht het goed in goeden staat na den bepaalden tijd weer af te leveren. [Vgl. Suyling, II, no. 43 en Losecaat Vermeer bij Land V en in W.P.N.R. no. 3157. Losecaat Vermeer wil de afspraak tot verstrekking van geld tegen rente beschouwen als een overeenkomst welke bij uitvoering door den geldgever automatisch in het contract van verbruikleening overgaat; Suyling vat deze als Vorvertrag op.]

In de opvatting, dat overeenkomst synoniem is met debiteursbelofte, is het duidelijk, dat de oorzaak der verbintenis, welke dezelfde is als de oorzaak waarom de debiteur de belofte doet, een beweegreden is. Is dit nu slechts de onmiddellijke beweegreden, — de beschouwing van — de contraverbintenis of contraprestatie, zooals de klassieke theorie leert?

Wij meenen, dat dit niet het geval is, maar dat beweegreden ruimer moet worden genomen als de voorstelling die den contractant bezielt en waarvan de beschouwing der contraprestatie slechts een gedeelte is. De wettelijke regeling van uiterste wilsbeschikkingen loopt parallel met die van contracten (vgl. Asser-Meyers IV, p. 84), hetgeen zich zeer wel laat verstaan, wanneer men de overeenkomst als de individueele debiteursbelofte opvat, terwijl dit in de doctrine, die zooals Capitant (p. 482—483) een scherpe onderscheiding maakt tusschen eenzijdige testamenten en tweezijdige contracten, minder begrijpelijk is. Nu spreekt de wet in de artikelen 937 en 938 B.W. van een beweegreden in ruimen zin en daaruit mag analogisch worden afgeleid, dat zij in de daaraan parallel loopende artikelen 1371—1373 B.W. het woord oorzaak als synoniem van beweegreden bezigt. Het verband tusschen de artt. 937—938 B.W. en 1371—1373 B.W. is aan Suyling (VI, no. 114) niet ontgaan, maar wij meenen, dat hij ten onrechte leert, dat de wet in de artt. 937—938 B.W. had moeten spreken van doel in plaats van beweegreden. Het objectieve doel wordt in de psyche van den auteur der rechtshandeling door voorstelling opgenomen en wordt daar tot doelstelling — vgl. *oogmerk* in art. 1690 B.W. — of beweegreden. Ziet men, zooals ook Suyling doet (I, p. 240 en 256) in de rechtshandeling den wil van den auteur werkzaam, dan zal men naar onze meening op de met dien wil onverbreekbaar verbonden motiveerende voorstelling hebben acht te slaan en terecht leert Suyling o.i. dan ook, dat de subjectieve ongeoorloofde doelstelling een uiterste wilsbeschikking nietig kan maken, hoewel haar objectief doel of gevolg geoorloofd is, hetgeen bijv. het geval is, wanneer de testator aan iemand legateert vermeldende, dat hij zulks doet, omdat de legataris een — in werkelijkheid niet geschied zijnd — delict heeft begaan.

Uit de artikelen 937—938 B.W. blijkt, dat onze wet aansluiting zoekt bij het individueele partijmotief. Dat zij dit uit vrees voor de rechtszekerheid evenmin nalaat bij contracten blijkt uit art. 3 W.v.K., luidende: „Door „daden van koophandel verstaat de wet, in het algemeen het koopen van „waren, OM dezelve weder te verkoopen, in het groot of in het klein, „hetzij ruw, hetzij bewerkt of OM alleen het gebruik daarvan te verhuren." Het woord OM doet uitkomen, dat de individueele bedoeling van den kooper als criterium zal gelden, of de koop als handels- dan wel als civielrechtelijke — in engeren zin — zal gelden en Molengraaff (Leiddraad, 5e druk, p. 47/48) vestigt er de aandacht op, dat deze be-

doeling niet aan de wederpartij kenbaar behoeft te zijn en dat onze wet slechts den handelskoop en niet den handelsverkoop kent *). Blijkbaar is de wetgever van de opvatting uitgegaan, waarvan ook de regeling der vennootschappen in tegenstelling tot die der genootschappen getuigt (zie P o l a k, Handboek voor het Nederlandsche Handels- en Faillissementsrecht, Eerste Deel, 4e druk, p. 273 en 274), dat handelsdaden, i.h.b. de handelskoop, anders behoorden te worden geregeld dan civielrechtelijke, i.h.b. de koop. Wellicht gaat men te ver, wanneer men deze verschillende regeling in het algemeen veroordeelt. De onderscheiding tusschen civielrecht in engeren zin en handelsrecht blijkt een taai leven te hebben en te haren gunste is ook wel iets op economische gronden aan te voeren. De economische doctrine verdeelt de subjecten wel in twee groote groepen nl. in de groep van Konsumwirtschaften en die van Erwerbswirtschaften of in consumenten en producenten. De consument handelt rechtstreeks ter voorziening in persoonlijke behoeften, zooals de ambtenaar die een huis koopt om er zelf in te wonen. De producent handelt hiertoe indirect door, meestal beroepsmatig, winst of inkomen te verwerven en daarmede als consument op te treden. Het verdient niet bij voorbaat afkeuring den producent t.a.v. daden, welke hij als beroepsuitoefening verricht, eenigszins anders te behandelen dan den consument. Het betreft hier differentiëering van recht, welke eveneens kan worden gezien in de regeling van het arbeidscontract, waarbij de arbeider als Erwerbswirtschaft optreedt. Wel kunnen wij instemmen met de kritiek, dat de wetgever geen doeltreffende regeling heeft gegeven. Art. 3 W.v.K. heeft tot tallooze processen aanleiding gegeven. Een regeling, die het subjectieve motief objectiveert door op het voetspoor van de op art. 3 W.v.K. volgende artikelen het karakter van handelsdaden voornamelijk te verbinden aan de maatschappelijke positie van den persoon die haar verricht, verdient o.i. aanbeveling. Inmiddels is een wetsontwerp in dien geest tot stand gekomen.

Tenslotte vestigen wij de aandacht op art. 1372 B.W.: „Indien er geene „oorzaak is uitgedrukt, en er echter eene geoorloofde aanwezig is, of „ook indien er een andere geoorloofde oorzaak dan de uitgedrukte be„staat **, is niettemin de overeenkomst van kracht." Daarmede corresponden

*) Derhalve evenmin den handelskoop en -verkoop als samengestelde transactie, zouden wij willen toevoegen.

**) Bij art. 938 geldt de *on*ware ongeoorloofde oorzaak. Dat komt omdat de wetgever schandaalprocessen wenscht te vermijden door onderzoek naar de eventueele ongeoorloofdheid te verbieden.

deert art. 1132 van den Code: „La convention n'est pas moins valable, „quoique la cause n'en soit pas exprimée." Beide artikelen spreken eenvoudige en klare taal, wanneer men oorzaak opvat als debiteursmotief en overeenkomst als debiteursbelofte. Zoo behoeft de kooper niet mede te deelen, waarom — waartoe — hij koopt. Voor de heerschende leer, die de overeenkomst ziet als een gemeenschappelijke handeling van partijen is het voorschrift van art. 1372 B.W. echter een crux. Zoo schrijft Van Goudoever (Asser-Van Goudoever, p. 364): „Deze „bepaling ware onverstaanbaar, als men ook hier het woord oorzaak zou „willen nemen in de beteekenis, welke dat woord in de andere oorzaak„artikelen heeft; in de beteekenis dus van doel der overeenkomst. Immers „hoe zouden partijen eenerzijds eene overeenkomst kunnen aangaan, „zonder daarbij, op de eene of andere wijze, jegens elkander uit te druk„ken, wat zij daarmede voorhebben en waarom zou men anderzijds de „geldigheid der overeenkomst betwijfelen, als haar doel niet blijkt uit „hetgeen omtrent de overeenkomst — ook voor derden — waarneembaar „is of was?" *) Teneinde art. 1372 B.W. te verklaren ziet zij zich genoodzaakt met een beroep op de rechtsgeschiedenis aan het woord oorzaak in dit artikel een geheel andere beteekenis toe te kennen dan aan datzelfde woord in de artikelen 1356, 1371 en 1373 B.W. Oorzaak in art. 1372 B.W. zoude beteekenen de bron, waaruit een in een schuldbekentenis vervatte verbintenis is ontstaan. In art. 1372 B.W. zou de wetgever de eeuwenoude strijdvraag hebben beslecht, of de houder van een schuldbekentenis welke niet de bron van de erin vervatte verbintenis aanduidt — zgn. ongecauseerde schuldbekentenis of cautio indiscreta — om veroordeeling van den debiteur te verkrijgen al dan niet nog bewijs moet leveren van de bron van de verbintenis. Van deze den wetgever toegeschreven bedoeling is evenwel niets in de wet tot uiting gekomen. Met Suyling (I, no. 436 v.) meenen wij, dat veeleer van een tegengestelde bedoeling in de wet blijkt. Het artikel luidt geheel algemeen en ook zijn plaats en zijn samenhang met de andere artikelen wijzen erop, dat het niet voor schuldbekentenissen maar voor obligatore overeenkomsten in het algemeen is gesteld. Ook biedt de historie blijkbaar geen vasten bodem. Eenerzijds staan zij die historisch in art. 1372 B.W. lezen, dat de houder van een ongecauseerde schuldbekentenis tot bewijs van de bron

*) Wat betreft de slotwoorden van dit citaat verwijzen wij naar Moltzer's prae-advies — p. 217 — alwaar deze o.i. terecht betoogt, dat ook de voor derden onkenbaar ongeoorloofde overeenkomst jure constituendo ongeldig behoort te zijn.

of causa der verbintenis is gehouden, opdat den rechter het inzicht in de al dan niet geoorloofdheid van deze causa niet worde belemmerd — aldus Van Bemmelen, Coninck Liefsting en Hartogh. Anderzijds zij, als Wttwaal en de Fransche jurisprudentie, die beweren, dat uit de historie blijkt, dat de crediteur die een ongecauseerde schuldbekentenis overlegt, niet verplicht is het bestaan van een geoorloofde oorzaak te bewijzen. De eersten geven zelf toe, dat art. 1372 in hun opvatting een vrij nutteloos en de mogelijkheid van chicane scheppend voorschrift bevat, omdat een slimme crediteur wel zal zorgen voor de vermelding van een volkomen geoorloofde bron, terwijl de onwetende crediteur te goeder trouw in den val, hem door slimmer medeburgers gezet, kan loopen. Zij dringen dan ook op schrapping van het artikel aan en tevens op verduidelijking van de overige oorzaak-artikelen, hetgeen voor ons een aanwijzing is, dat zij een ander stelsel in de plaats van het wettelijke willen schuiven. De laatstgenoemden kennen aan art. 1372 geen onredelijke beteekenis toe, doch tegen hen voeren wij aan, dat zij midden in het materieele recht een regeling van de processueele bewijsbeschikking, waarin het onderteekenen en uitreiken van een schuldbekentenis bestaat, zoeken en wij kunnen ons dan ook zeer wel indenken, dat sommigen onder hen in de uitreiking eener schuldbekentenis niet een processueele maar een materieelrechtelijke handeling zien. Door een schuldbekentenis zonder vermelding van oorzaak te onderteekenen en uit te reiken zoude de debiteur eventueele aan de bron van de erkende verbintenis te ontleenen weren prijsgeven en een zgn. hulpovereenkomst aangaan, waardoor de erkende verbintenis van haar causa wordt geabstraheerd en als zgn. abstracte verbintenis voortleeft. Afziende van ons bezwaar, dat o.i. art. 1372 niet enkel voor zgn. hulpovereenkomsten is geschreven, willen wij geenszins ontkennen, dat met de procesrechtelijke bewijsbeschikking, welke het karakter van de uitreiking eener schuldbekentenis uitmaakt, een dergelijke materieelrechtelijke handeling van novatie kan gepaard gaan, doch wij zijn van meening, dat dit niet noodwendig het geval behoeft te zijn en dat het bij een zuiver processueele bewijsbeschikking kan blijven.

Resumeerende meenen wij, dat uit de systematiek van onze wet volgt, dat de wet onder oorzaak verstaat beweegreden en dat zij met oorzaak der overeenkomst hetzelfde bedoelt als de Fransche wet met cause de l'obligation nl. de beweegreden van de individueele debiteursbelofte.

III. Enkele grepen uit de geschiedenis van het leerstuk van de oorzaak in het verbintenissenrecht.

In de derde plaats willen wij thans nagaan, welk licht de rechtsgeschiedenis omtrent het wettelijke begrip van oorzaak kan ontsteken. Over de geschiedenis van het leerstuk der causa is een vloed van literatuur verschenen en wij vragen ons af, of niet een te groote voorkeur voor historische behandeling door de schrijvers is getoond. Typeerend voor extreeme historische interpretatie is het werk van Dabin (La théorie de la Cause, Bruxelles 1919), dat in den na-oorlogschen tijd de aandacht heeft getrokken. Dabin betoogt (no. 6) — zie eveneens La Belgique Judiciaire, 87e année, no. 11, i.h.b. noot 17 op p. 333 —, dat de meeningen van de commentatoren over de oorzaakartikelen niet meer dan persoonlijke speculaties zouden zijn, terwijl het wettelijke begrip van oorzaak enkel langs historischen weg zoude kunnen worden benaderd. Aan de werken van Domat en Pothier, waaruit de opstellers van den Code hebben geput, zoude men zich hebben te houden, omdat deze werken de in den tijd van het ontstaan van den Code heerschende opvattingen weer zouden geven. Tegen dergelijke historische interpretatie maken wij bezwaar. Het gaat o.i. niet aan de wet aldus te binden aan de werken van schrijvers door den wetgever geraadpleegd. Door dezen band dermate strak te leggen, kent men niet aan de wet, doch aan vóór-wettelijke schrijvers rechtskracht toe, hetgeen wij in strijd achten met het karakter van recht en rechtswetenschap. De wet is naar ons inzicht in de eerste plaats een cultuurverschijnsel van den huidigen tijd en de rechtswetenschap een naar finale verklaring strevende doctrine (vgl. Suyling, I, p. 32—33, 35 en 38). Daarmee willen wij niet betoogen, dat de opstellers van een wet als het B.W. en den Code niet historisch gedetermineerd zouden zijn geweest en dat de rechtsgeschiedenis de niet steeds duidelijke, historisch gegroeide, wettelijke bepalingen niet zoude kunnen verhelderen. Wij maken slechts bezwaar tegen eenzijdige historische interpretatie, welke ons geen stap verder brengt dan vorige generaties reeds waren gekomen, door aan vóór-wettelijke schrijvers het laatste woord te geven, en welke bovendien soms het gevaar schept van verdrinking in een overvloed van onderling tegenstrijdige geschiedkundige gegevens. Teleologi-

sche, systematische en historische interpretatie behooren o.i. elkaar aan te vullen en wederkeerig te controleeren. Historische uitlegging zien wij niet als een exacte en objectieve wijze van interpretatie tegenover de teleologische als een speculatieve en subjectieve. Ook de historicus waardeert zijn bijeengegaarde gegevens en heeft daaromtrent een eigen, met zijn in den modernen tijd verworven kennis verband houdende, meening, terwijl hij zich soms genoodzaakt ziet geschiedkundige rechtsstof zelfstandig, los van de historie, te interpreteeren. Zoo leest Dabin in de Lois civiles van Domat een objectieve ondeugdelijke causaleer, tengevolge van misverstand omtrent het Romeinsche recht ontstaan. Van Bemmelen (R.O. II, p. 227—230) meent, dat de door den Code gevolgde Pothier niet de causaleer van Domat, maar die van het oude Fransche recht zoude hebben beschreven. Hartogh (p. 181, noot 2) leert, dat art. 1372 B.W. op schuldbekentenissen zoude slaan, aangezien Asser, over dit artikel schrijvende, op schuldbekentenissen het oog had en deze, als representant van de in zijn tijd heerschende meening, mag worden verondersteld de meening van onzen wetgever te hebben weergegeven. Chevrier (p. 201 v.) acht het raadzaam het Normandische causarecht niet historisch te verklaren. Deze voorbeelden toonen aan, dat men zich niet slaafs behoeft te houden aan de werken van vóór-wettelijke schrijvers, doch zich een eigen oordeel daaromtrent kan voorbehouden.

A. De causaleer in Frankrijk sinds Domat.

Vrijwel algemeen wordt in de Lois civiles van Domat de bron gezien, waaruit de causaleer in den Code is gevloeid. Tot Domat richt zich dan ook de lof of de blaam, al naarmate deze leer wordt voorgestaan of verworpen. Eenerzijds wordt hij geprezen als de restaurateur de la raison dans la Jurisprudence (Capitant, p. 164), anderzijds wordt hem verweten, dat hij door verkeerd begrijpen van het Romeinsche recht een hopelooze verwarring heeft doen ontstaan. Bij het werk van Domat zullen we daarom stilstaan.

Allereerst merken wij dan op, dat Domat zich slechts vaag uitdrukt. Zoowel de causalist Capitant (no. 79) als de anticausalist Dabin (nos. 14, 19, 37 en 84) constateeren dit en komen waarschijnlijk juist daardoor tot hun uiteenloopende meeningen omtrent zijn causaleer.

Deze causaleer is geformuleerd in de bekende artikelen 4—6 van Livre I, titre 1, section 1, luidende:

Art. 4. Les communications et les commerces pour l'usage des personnes et celui des choses sont de quatre sortes, qui font quatre espèces de conventions. Car ceux qui traitent ensemble, ou se donnent réciproquement une chose pour une autre, comme dans une vente et dans un échange; ou font quelque chose l'un pour l'autre, comme s'ils se chargent de l'affaire de l'un de l'autre; ou bien l'un fait et l'autre donne, comme lorsqu'un mercénaire donne son travail pour un certain prix: ou enfin un seul fait ou donne, l'autre ne faisant ou ne donnant rien, comme lorsqu'une personne se charge gratuitement de l'affaire d'une autre ou que l'on fait une donation par pure libéralité.

Art. 5. Dans ces trois premières sortes de convention, il se fait un commerce où rien n'est gratuit et l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre. Et dans les conventions même où un seul paraît obligé, comme dans le prêt d'argent, l'obligation de celui qui emprunte, a été précédée de la part de l'autre de ce qu'il devait donner pour former la convention. Ainsi l'obligation qui se forme dans ces sortes de conventions au profit de l'un des contractants, a toujours sa cause de la part de l'autre et l'obligation serait nulle si dans la vérité elle était sans cause. (n)

(n) Cum nulla subest causa propter conventionem, hic constat non posse constitui obligationem l. 7. § 3. ff. de pactis. Est et haec species conditionis, si quis sine causa promiserit l. 1 ff. de cond. sine causa. Qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest, quam non dedit, sed ipsam obligationem. d.l.

Art. 6. Dans les donations et dans les autres contrats où l'un seul fait ou donne et où l'autre ne fait et ne donne rien, l'acceptation forme la convention. Et l'engagement de celui qui donne, a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu ou quelqu'autre mérite du donataire (p) ou le seul plaisir de faire du bien (q). Et ce motif tient lieu de cause de la part de celui qui reçoit et ne donne rien (r).

(p) Non sine causa obviunt (donationes) sed ob meritum aliquod accedunt. l. 9. ff. pro soc. Ergo bene merentes. l. 5. ff. de donat.

(q) Ut liberalitatem et munificentiam exerceat. l. 1. ff. de don.

(r) Causa donandi l. 3. eod.

Tegen deze leer nu wordt aangevoerd, dat zij berust op een misvatting van het Romeinsche recht (Van Bemmelen p. 218—221, Dabin nos. 25—35, Hartogh p. 115 en p. 118). Domat zoude tot zijn causaleer zijn geïnspireerd door de teksten over het innominaat-contract. Dit behoefde in Rome om verbindend te zijn prestatie als causa. Zoolang niet beide partijen of — later — één der partijen hadden gepresteerd,

was er geen causa en verbond het contract niet. Door de teksten daaromtrent nu zoude D o m a t zijn misleid. Hij zoude voor elk contract een causa zijn gaan eischen, vergetende, dat het moderne recht van zijn tijd geen gecauseerde innominaatcontracten meer kende, doch de bindende kracht van alle partij-afspraken erkende evenals het Romeinsche recht dit had gedaan ten aanzien van de in dat recht hooger gegradueerde benoemde consensueele contracten. Dit kan men het historische bolwerk van de anticausalistische kritiek noemen. Is het geducht? Bij oppervlakkige verkenning schijnt dit niet het geval. Aan D o m a t was het bekend, dat er in zijn tijd geen innominaatcontracten meer bestonden. Hij teekent bij art. 7 aan, dat het Fransche recht de Romeinsche onderscheiding tusschen benoemde en onbenoemde contracten niet kent en verder leert hij in den derden titel van zijn eerste boek, dat de Romeinen bij de overeenkomst van ruiling den onredelijken eisch stelden, dat er eerst moest worden gepresteerd, alvorens de verbindbaarheid intrad. Een Romeinschrechtelijke causa heeft D o m a t dus niet op het oog en evenmin het Romeinsche innominaatcontract. Vorleistung van een der partijen is niet noodig. Wat bedoelt hij dan met cause of fondement?

Zien we ter beantwoording van deze vraag eerst naar zijn uiteenzettingen van de liberaliteiten. In het boven geciteerde artikel 6 schijnt D o m a t te bedoelen, dat de verbintenis uit schenking tot cause of fondement het schenkingsmotief heeft in plaats van de ontbrekende tegenverbintenis. Verder leert hij daaromtrent:

Première Partie, Liv. I, tit. 10, sect. 1, art. 13.

Il faut faire beaucoup de différence dans les donations entre les motifs que les donateurs expriment comme étant les causes de leurs libéralités et les conditions qu'ils y imposent. Car au lieu que le défaut d'une condition annulle la donation conditionnelle, elle ne laisse pas de subsister, quoique les motifs qui y sont exprimés ne se trouvent pas être véritables. Ainsi, s'il dit dans une donation qu'elle est faite pour de services rendus ou pour faciliter au donataire une acquisition qu'il voulait faire, la donation ne sera pas annullée, quoiqu'il n'y ait pas de services rendus et que l'acquisition ne se fasse point. Car il reste toujours la vonlonté absolue de celui qui a donné et qui a pu avoir d'autres motifs que ceux qu'il a exprimés. Mais s'il était dit que la donation n'est faite qu'à condition de l'emploi pour une telle acquisition, comme pour acheter une charge et que la charge ne soit pas achetée, la donation n'aura point d'effet.

Seconde Partie, Livre III, titre 1, sect. 8.

Art. 4. Les motifs sont les causes que les testateurs expriment quelquefois pour

rendre raison de ce qui les a engagés à quelque disposition et ils sont de deux sortes [nl. zij hebben betrekking op het verleden of op de toekomst].

Art. 10. Les motifs, comme les charges et les destinations, peuvent être conçus ou en termes qui en fassent une condition ou en tels termes qui n'en fassent point, soit que ces motifs regardent le passé ou qu'ils se rapportent à l'avenir. Ainsi, par exemple, pour le passé, si un testateur lègue une somme à un de ses amis, parce qu'il a eu soin de ses affaires, ce legs ne sera pas conditionnel et quoique ce légataire n'ait pas prit ce soin, le legs sera dû suivant la règle expliquée dans l'article 22 de la section 7 [nl. omdat de absolute wil van den erflater aanwezig is]. Mais si le testateur a expliqué ce motif en termes de condition, le legs ne sera pas dû qu'en cas qu'il se trouve que le légataire y ait satisfait, comme si le testateur avait dit, je lègue à un tel, s'il se trouve qu'il ait fait une telle affaire. Et c'est par l'expression du testateur et les circonstances qu'il faut juger, si ces sortes de legs sont purs et simples ou s'ils sont conditionnels.

Uit deze passages lezen wij met C o l i n (p. 87), dat D o m a t onder de causa van een liberaliteit het motief van den vrijgevige verstaat. Hij leert, dat deze causa irrelevant moet worden geacht wat betreft haar eventueele valschheid. Eerst wanneer zij tot voorwaarde is gestempeld, zoodat zij op één lijn komt met een tegenverbintenis, waaraan de begiftigde moet hebben voldaan of nog moet voldoen — de causa van art. 5, Liv. I, tit. 1, sect. 1 — is haar eventueele valschheid van beteekenis. Het is van belang op te merken, dat deze causa niet irrelevant is wat betreft haar mogelijke ongeoorloofdheid.

Bij liberaliteiten denkt dus D o m a t aan het motief van den verbondene. Bij het leerstuk der dwaling ontmoeten we eveneens het motief als causa. D o m a t behandelt dit in het algemeen in den 18en titel van zijn eerste boek: des vices des conventions. De eerste sectie daarvan heet: de l'ignorance ou erreur de fait ou de droit. Daarvan verdienen de artikelen 7 en 14 de aandacht.

Art. 7. De l'erreur du fait qui est la cause unique de la convention.

Si l'erreur de fait est telle, qu'il soit évident que celui qui a erré n'a consenti à la convention que pour avoir ignoré la vérité d'un fait et de sorte que la convention se trouve n'avoir pas d'autre fondement qu'un fait contraire à cette vérité qui était inconnue, cette erreur suffira pour annuller la convention, soit qu'il se soit engagé dans quelque perte ou qu'il ait manqué d'user d'un droit qui lui était acquis. Car non-seulement la convention se trouve sans cause (Voyez

l'art. 5 de la section 1 des conventions), mais elle n'a pour fondement qu'une fausse cause. Ainsi s'il arrive que l'héritier d'un débiteur, qui de son vivant avait payé et dont la quittance ne s'est pas trouvée, s'oblige envers l'héritier du créancier dans l'ignorance de ce payement, l'obligation sera sans effet, lorsque la quittance aura été trouvée. Ainsi, s'il arrive que deux héritiers partageant une succession, l'un laisse à l'autre des biens qui lui étaient donnés par un codicille et que dans la suite ce codicille se trouve faux, il pourra demander un nouveau partage.

Art. 14. Si l'erreur du droit est la cause unique de la convention.

Si l'ignorance ou l'erreur de droit est telle, qu'elle soit la cause unique d'une convention où l'on s'oblige à une chose qu'on ne devait pas et qu'il n'y ait eu aucune autre cause qui put fonder l'obligation, sa cause se trouvant fausse, elle sera nulle. Ainsi, par exemple, si celui qui achète un fief dans une coutume où il n'est pas dû aucun droit pour cette acquisition, va trouver le seigneur du fief dominant et compose avec lui d'un droit de relief qu'il croit être dû, cette convention qui n'a aucun fondement que cette erreur seule, n'obligera pas à ce droit de relief qui n'était point dû.

Uit deze artikelen blijkt, dat D o m a t onder fausse cause verstaat het valsche motief van den verbondene. D a b i n (no. 23) meent, dat D o m a t hier een dwalingsleer geeft die niets met zijn oorzaakleer zoude hebben uit te staan, hoewel D o m a t zelf daarnaar verwijst. Dit lijkt ons in strijd met de bedoeling van D o m a t. Deze wil blijkens zijn verwijzing verband gelegd zien en men zal wel doen zoo mogelijk niet tegen de door hem zelf getrokken lijn in te gaan. H a r t o g h (p. 120) ziet dan ook terecht wel verband. Dit is van gewicht; het geeft een aanwijzing om de beteekenis van D o m a t's oorzaakleer op te sporen. Men lette ook op het geciteerde artikel 14. Daarin gewaagt D o m a t van cause unique de la convention en van cause de l'obligation zonder aan deze termen verschillende beteekenis te hechten en blijkbaar verstaat hij er dus hetzelfde onder.

Het is ook noodig het voornaamste na te gaan van hetgeen D o m a t schrijft over de ongeoorloofdheid bij obligatore handelingen. De volgende passages nemen wij over.

Livre I, tit. 18, sect. 4.

Art. 4. Les conventions illicites n'obligent à rien qu'à réparer le mal qui en suit et aux peines que peuvent mériter ceux qui les ont faites.

Art. 5. Si la convention est illicite seulement de la part de celui qui reçoit et non de celui qui donne, comme si un dépositaire exige de l'argent pour

rendre le dépôt ou un larron pour restituer ce qu'il a dérobé, celui qui a donné cet argent peut le faire rendre, encore que celui qui l'a reçu ait exécuté la convention. Mais si la convention est illicite de part et d'autre, comme si une partie donne de l'argent à son Juge pour lui faire gagner la cause ou qu'une personne donne à une autre pour l'engager à quelque méchante action, celui qui a donné est justement dépouillé de ce qu'il avait employé pour un tel commerce et il ne peut le répéter. Et celui qui a reçu ne peut profiter du prix de son crime, mais l'un et l'autre seront punis par les restitutions et les autres peines qu'ils pourront mériter. [In een aanteekening geeft Domat te kennen, dat de Romeinsche regel si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse et ideo repetitionem cessare als in strijd met de rechtvaardigheid en de rede moet worden afgekeurd en niet moet worden gevolgd].

Livre II. Des engagements qui se forment sans convention.
Daar staat in het begin te lezen:

„Les engagements qui se forment par la volonté de la personne seule qui s'engage ont cela de commun avec les engagements qui se font par les conventions que les uns et les autres ayant pour cause la volonté des personnes, il peut y en avoir qui ne soient pas justes et qui blessent les lois ou les bonnes moeurs et en ceux-ci on ne contracte pas d'autre obligation que celle de réparer le mal qu'on y fait. Mais les engagements qui n'ont pour cause que l'ordre divin et qui sont indépendants de nos volontés, comme sont les tutelles, les charges publiques et ceux qui se forment par des cas fortuits et par des événements dont Dieu fait naître les occasions, sans notre participation, ne sauraient avoir rien qui ne soit juste et c'est la main de Dieu qui les formant marque en chacun à quoi il oblige.

Verder:
Livre II, tit. 7, sect. 2.

Art. 1. Il peut arriver en trois manières que par un fait illicite une personne reçoive une somme d'argent ou quelqu'autre chose d'une autre personne. Car le fait peut être illicite ou seulement de la part de celui qui donne ou seulement de la part de celui qui reçoit ou de la part de l'un et de l'autre. Ainsi celui qui sous un prétexte d'honnêteté ferait un présent à une personne qu'il saurait devoir être son Juge ou son Arbitre, mais qui de sa part ignorait le motif de ce présent, donnerait illicitement ce que cette personne pourrait recevoir sans blesser la Justice. Ainsi, lorsqu'une personne fait par elle-même ou par d'autres, une exaction de quelque somme d'argent ou d'autres choses pour s'abstenir de quelque violence encore plus grande ou se fait rendre les titres de quelque créance ou de quelque droit qu'elle pourrait devoir,

ce fait n'est illicite que de la part de cette personne et non de la part de celui qui souffre cette violence. Ainsi, lorsqu'une personne reçoit de l'argent d'une autre ou par un tiers ou par elle-même pour commettre quelque crime, quelque délit ou quelque injustice, le fait est illicite de celui qui reçoit et de la part de celui qui donne.

Art. 2. Si le fait n'est illicite que de la part de celui qui donne, celui qui a reçu ne sera pas obligé de rendre, si ce n'est que les circonstances règlent autrement qu'il sera son devoir. Ainsi dans le cas de celui qui avait reçu un présent dont il ignorait le motif injuste, comme il a été expliqué dans le premier article, si ce motif venait à sa connaissance, il serait obligé ou à s'abstenir de la fonction de Juge ou d'Arbitre ou à rendre le présent qu'il aurait reçu ou même à l'un et l'autre selon que la prudence et l'équité pourraient le demander dans les circonstances de la qualité des personnes et de celle du fait.

Art. 3. Lorsque le fait n'est illicite que de la part de celui qui a reçu une chose pour une cause injuste, celui qui l'a donnée, pourra se la faire rendre quoique l'autre ait exécuté ce que son engagement pouvait demander. Et rien ne peut dispenser celui-ci ni de la restitution quand même on ne lui ferait aucune demande ni des autres peines que le fait pourra mériter, si la Justice vient à le connaître.

Art. 4. Si le fait est illicite de la part de celui qui donne et de la part de celui qui reçoit, celui qui a donné perdra justement ce qu'il avait si mal employé et n'aura aucun action pour le recouvrer. Et celui qui a reçu ne pourra retenir ce profit injuste et quand même il aurait exécuté l'engagement illicite pour lequel il avait reçu, il sera obligé à la restitution à qui elle pourra être dû et tenu des autres peines qu'il aura méritées.

Wat leert ons het bovenstaande? Dabin (no. 84) besluit zijn oordeel over de leer der ongeoorloofdheid van Domat: „Par son silence „calculé et sa façon d'interpréter les textes romaines où il est question „de causa turpis, Domat manifeste clairement qu'il ne veut pas con„naître une théorie de la cause illicite: il parle invariablement de conven„tions contraires à la loi ou aux bonnes moeurs. C'est une conclusion qu'on „n'a pas fait ressortir." Ook Hartogh (p. 124—125) betoogt in soortgelijken zin. Daarmede kunnen wij evenwel niet instemmen. Ongetwijfeld spreekt Domat niet over een leer van de ongeoorloofde oorzaak, al gewaagt hij in art. 3 terloops van een cause injuste. Maar een andere vraag is, of er verband bestaat tusschen zijn causaleer en zijn leer der ongeoorloofdheid. Dit nu achten wij wel degelijk aanwezig. Zijn geheele betoog wijst erop, dat hem ongeoorloofde motieven voor den

geest zweven. Evenals al de valsche motieven of erreur of ignorance brengt hij die in verband met den wil van de betrokkenen — men zie het begin van het tweede boek en vergelijke daarmede art. 2 van Liv. I, tit. 1, sect. 2: „Les conventions doivent être faites avec connaissance et avec „liberté." Opmerkelijk daarbij is ook, dat Domat in het laatste boven geciteerde artikel er den nadruk op legt, dat het ongeoorloofd schenken misbruik maken is van hetgeen men heeft en dat wettelijke verbintenissen niet ongeoorloofd kunnen zijn, wijl zij steunen op den wil van God. Tusschen de ongeoorloofdheid en de leer der valsche oorzaak zien wij materieel verband en aangezien Domat zelf verband legt tusschen zijn leer der fausse cause en die der dwaling achten wij het eveneens in overeenstemming met den geest van Domat's werk verband te leggen tusschen causaleer en ongeoorloofdheid. Wij redeneeren juist in tegengestelden zin als Dabin en Hartogh. In plaats van op grond van de formuleering van de causaleer in het eerste boek te besluiten, dat deze doodgeboren en zonder beteekenis is, gaan wij uit van de opvatting, dat deze blijkens haar plaats door Domat als fundamenteel beschouwde leer met behulp van zijn verder betoog tot leven behoort te worden gewekt.

Wij vestigen dan ook nog de aandacht op Liv. I, tit. 1, section 4: Des diverses sortes de pactes qu'on peut ajouter aux conventions et particulièrement des conditions. Het volgende daarvan nemen wij over.

Parmi les diverses sortes de pactes qu'on peut ajouter à toutes sortes de conventions, quelques-unes sont d'un usage commun à toutes les espèces de conventions, comme les conditions, les clauses résolutoires, et autres et il y en a qui sont propres à quelques espèces de conventions, comme la faculté de rachat au contrat de vente. On ne mettra ici ce qui est commun à toute sorte de conventions et ce qui est propre à quelques-unes sera mis en son lieu.

Art. 1. Comme les conventions sont arbitraires et se diversifient selon les besoins, on peut en toutes sortes de conventions, de contrats et de traités ajouter toutes sortes de pactes, conditions, restrictions, réserves, quittances générales et autres, pourvu qu'il n'y ait rien de contraire aux lois et aux bonnes moeurs.

Art. 2. On peut aussi changer les engagements naturels et ordinaires des conventions et les augmenter ou diminuer et même y déroger. Ainsi dans les contrats de vente, dépôt, société et autres, les lois ont réglé de quelle manière l'un répond à l'autre de sa faute ou de sa négligence, mais on peut se charger plus ou moins du soin et de la diligence, selon qu'il est convenu. Ainsi le vendeur quoique naturellement obligé à la garantie

peut se décharger de toute garantie autre que de son fait. *Et ces conventions ont le fondement de leur équité sur les motifs particuliers des contractants.* Ce vendeur, par exemple, est déchargé de la garantie, parce qu'il donne à un moindre prix.

Art. 5. Des conditions. Comme il est assez ordinaire dans les conventions, qu'on prévoit des événements qui pourront faire quelque changement où l'on veut pourvoir, on règle ce qui sera fait si ces cas arrivent. Et c'est ce qui se fait par l'usage des conditions. Les conditions sont donc des pactes qui règlent ce que les contractants veulent être fait, si un cas qu'il prévoient, arrive. Ainsi, s'il est dit, qu'en cas qu'une maison vendue se trouve sujette à une telle servitude, la vente sera résolue ou le prix diminué, c'est une condition. Car on prévoit un cas et ou y pourvoit. Ainsi, si une maison est vendue à condition que l'acquéreur ne pourra la hausser, le vendeur prévoit que l'acquéreur pourra faire ce changement et il y pourvoit pour conserver les jours d'une autre maison que celle qu'il vend. On a ajouté ce second exemple pour faire remarquer que les charges qu'on s'impose l'un à l'autre dans les conventions tiennent de la nature des conditions. Car c'est proprement une charge imposée à l'acquéreur de ne pouvoir hausser, mais cette charge renferme une condition, comme si on avait dit, en cas que l'acheteur veuille hausser la maison, le vendeur pourra l'empêcher. Et c'est pourquoi on se sert souvent et du mot de condition et du mot de charge indistinctement. Et on dit à telle condition ou à telle charge. *Et on use aussi du mot de conditions au pluriel pour signifier les différentes conventions d'un traité, parce qu'elles obligent toutes de telle manière que s'il arrive qu'on y manque ou q'on y contrevienne, on est sujet aux peines de l'inexécution.*

De door ons gecursiveerde woorden doen de onderstrooming in het werk van D o m a t kennen. Merkwaardig zijn die van art. 5. D o m a t zegt hier terloops, dat een overeenkomst bestaat uit een complex van voorwaarden. Deze naar onze meening vruchtbare gedachte werkt hij echter niet uit. Van nog meer belang echter achten wij de gecursiveerde woorden in art. 2. Het fondement de l'équité vinden de verschillende pacta of nevenovereenkomsten in de bijzondere motieven van partijen volgens D o m a t. Brengen wij dit in verband met zijn art. 1 van de eerste sectie van dezen titel: Ce mot de convention est un nom général qui comprend toute sorte de contrats, traités et pactes de toute nature, dan ligt de gevolgtrekking voor de hand, dat D o m a t het fondement niet alleen van de pacta of nevenovereenkomsten maar van de overeenkomsten in het algemeen zoekt in de afzonderlijke partijmotieven. Dan wordt het duidelijk, waarom D o m a t herhaaldelijk aan de individueele partijmotieven

denkt. En dan wordt ook zijn causaleer in zijn eerste boek helder. De tegenverbintenis welke de causa van de verbintenis vormt is blijkbaar het motif particulier van den verbondene. Wij stemmen in met Capitant (p. 166 noot 1), dat Domat aan het woord causa in de teksten van het Corpus Juris een nieuwe beteekenis hecht en eveneens deelen wij zijn opvatting (Capitant, p. 127), dat deze nieuwe causa onder de vlag der traditie binnendringt. De causa in de beteekenis die Domat eraan hecht, is geen Romeinschrechtelijke maar een natuurrechtelijke causa. Het geheele werk van Domat, ontstaan in den tijd van bloei van het natuurrecht, ademt een rationalistischen geest. In zijn Préface stelt hij zich ten doel de overgeleverde empirische rechtschaos systematisch te ordenen overeenkomstig den titel van zijn werk: Les lois civiles dans leur ordre naturel. Daarbij stelt hij zich boven de stof en neemt van de teksten van het Corpus Juris over wat hem goeddunkt, doch verwerpt wat hij in strijd met het natuurrecht acht. Daarvan getuigen zijn aanteekening bij Liv. I, tit. 1, sect. 1, art. 4, waar hij zegt, dat de Romeinsche onderscheiding tusschen facio ut des en do ut facias uit den tijd is en geen reden van bestaan heeft, en die bij Liv. I, tit. 18, sect. 4, art. 5, waar hij den regel si et dantis et accipientis turpis causa sit possessorem potiorem esse als in strijd met het natuurrecht verwerpt. Verder geeft Domat in den tweeden en derden titel van zijn eerste boek blijk van een juist inzicht in het karakter van de overeenkomst van koop en verkoop en die van ruiling. Domat vraagt zich af, wat toch wel de reden kan zijn, dat iemand een zaak koopt en hij vindt die hierin, dat hij de zaak wil bezitten, omdat hij haar meer noodig heeft dan den prijs of de zaak die hij in ruil afstaat. Evenzoo vraagt hij zich in het algemeen af, wat de reden kan zijn, dat iemand belast is met een verbintenis tengevolge van eigen vrijen wil. En hij ziet deze in de omstandigheid, dat de wederpartij zijnerzijds met een tegenverbintenis belast is. Dat is een groote stap op den weg welke leidt naar het individueele partijmotief. Capitant (p. 43 en 168) leert, dat niet de tegenverbintenis, maar de uitvoering daarvan, de prestatie, als causa moet worden opgevat, omdat het de partij niet om de tegenverbintenis doch om de prestatie te doen is *). Zeker, maar dan moet men nog een stap verder gaan en bedenken, dat ook de door prestatie verkregen zaak of dienst geen doel maar slechts middel is tot doel. Dan komt men

*) Prestatie hier niet in den Romeinschrechtelijken zin van Vorleistung.

bij het motif particulier, dat D o m a t het fondement van de nevenovereenkomst acht.

De teksten over het Romeinsche innominaatcontract, die den economischen aard der juridische transacties weerspiegelen, acht D o m a t aangewezen om zijn rationalistische ideeën ingang te doen vinden. Daardoor zet hij het mes in de organische wederkeerige overeenkomst. Hoewel zijn omschrijving van het begrip overeenkomst in Liv. I, tit. 1, sect. 1, art. 2 — La convention est le consentement de deux ou plusieurs personnes pour former entre eux quelque engagement ou pour en résoudre un précédent ou pour y changer — overeenstemt met den door hem ingeroepen traditioneelen regel pactio est duorum pluriumve in idem placitum consensus, is hij in zijn leer van de causa en die van de voorwaarden bezig de overeenkomst te analyseeren door op de individueele gebondenheid en de ratio daarvan te wijzen. Daartoe voert hem ook de ingeroepen tekst: Qui autem promisit sine causa, condicere non potest quam non dedit, sed ipsam obligationem. Deze slaat niet op het wederkeerige contract, maar op de slechts aan één zijde verbindende stipulatie. Aan D a b i n is dit niet ontgaan. Hij schrijft (p. 20): „D o m a t a commis la grave erreur d'en„tendre l'expression promissio dans le sens, tout moderne, de promesse, „d'obligation. Il a oublié que la promissio ou stipulatio, contrat formel „stans per se, n'engendrait que des obligations unilatérales, indépendantes, „dans leur naissance et dans leur vie, des obligations unilatérales qu'aurait „pu contracter le bénéficiaire de cette stipulatio, au moyen d'une autre „stipulatio en sens inverse. L'obligation issue d'une stipulatio n'offre „donc aucune ressemblance avec l'obligation dérivant d'un contrat synal„lagmatique. Celui-ci engendre et ne peut engendrer que deux obligations, „mutuellement dépendantes." Zeker, in de traditioneele opvatting is de wederkeerige overeenkomst van anderen aard dan de eenzijdige stipulatie, doch men bedenke, dat de wederkeerige overeenkomst kan worden gezien als een combinatie van twee of meer voorwaardelijke tot vormvrije beloften gedenatureerde stipulaties. Had D o m a t hieraan zijn volle aandacht gewijd, dan zoude hij een volledige motievenleer als rationalistische causaleer hebben kunnen ontwikkelen. Thans bevat zijn werk slechts een onvolledige en vage oorzaakleer, welke nader behoort te worden uitgewerkt.

Ook in het verdere verloop heeft deze uitwerking niet volledig plaats gehad. Wel gedeeltelijk, want er zijn onmiskenbare teekenen, dat men de lijn van tegenverbintenis als causa tot overweging van het nut der tegen-

prestatie of motief als causa heeft doorgetrokken. Merkwaardig is in dit opzicht het werk van Prévôt de la Jannès, Principes de la Jurisprudence française (editie Parijs 1750). Daaruit nemen wij het volgende over:

Seconde Volume, Titre 8.
Chapitre Premier, Des personnes qui contractent.

No. 411. Le contract ou la convention se forme par le consentement mutuel de deux personnes, dont les volontés se réunissent au même point; on peut la définir une promesse acceptée et une promesse qui n'est point acceptée, se nomme pollicitation. C'est par cette acceptation que la promesse devient obligatoire et transfère à celui en faveur duquel elle a été faite, un droit contre la personne du promettant pour pouvoir le contraindre à l'exécution de sa promesse.

No. 412. On est incapable de contracter ou par la nature ou par la disposition des lois; par la nature, tels sont les enfants, les imbéciles, ceux qui sont en démence, les sourds et muets de naissance; par la disposition des lois ceux qui sont interdits pour dissipation et prodigalité, ne peuvent s'obliger eux-mêmes, mais ils peuvent obliger les autres en stipulant et en acceptant, semblables aux impuberes qui ont passé l'âge de sept ans.

Chapitre Second, Des qualités que doit avoir le consentement qui forme la convention.

No. 414. Ce consentement doit être: 1°. fondé sur quelque cause; 2°. donné avec connaissance; 3°. accordé avec liberté.

De la cause de l'obligation.

Toute obligation a nécessairement sa cause dans le motif qui a fait consentir la partie à s'obliger, mais il peut arriver que la cause de la promesse ne soit pas exprimée dans le billet ou instrument d'obligation et quoiqu'il y ait un arrêt de Règlement rendu au Parlement de Paris de 16 Mai 1650, qui déclare nulles les promesses et billets dans lesquels on n'aura pas exprimé les causes pour lesquelles ils ont été passés, le Parlement lui même n'a pas suivi cette Jurisprudence à la rigueur, comme il paraît par un arrêt du 16 Mai 1664, rapporté au Journal des Audiences.

Prévôt beredeneert zeer logisch, dat de oorzaak van de verbintenis moet worden gezocht in het determineerende motief van den contractant. Daarbij laat hij het echter. Wel brengt hij de oorzaak in verband met het zich verbinden, hetwelk hij naast het overeenkomen op den voorgrond stelt door te gewagen van een *promesse* acceptée, doch zoodra hij een voor-

beeld moet geven van een oorzaak verwijst hij naar de schuldbekentenis. Zijn causaleer is slechts fragmentarisch.

Eveneens is dit het geval met de uiteenzettingen door de opstellers van den Code. Zij komen hierin met Prévôt de la Jannès overeen, dat zij onmiskenbaar tot uiting doen komen, dat onder oorzaak de beweegreden van den debiteur moet worden verstaan *). Dat is ook zeer begrijpelijk. Zij betoogen herhaaldelijk, dat de door hen opgestelde Code een logisch natuurrechtelijk stelsel bevat (zie Locré XIV, Exposé des motifs fait par M. Portalis, p. 163 v., Fenet XIII, Discours prononcé par le tribun Mouricault p. 413—414, Locré XII, Exposé des motifs fait par M. Bigot-Préameneu, p. 311) en dat het logisch is de oorzaak op te vatten als motief. Bigot-Préameneu zegt dan ook met zooveel woorden: „la volonté de s'engager a dû en effet être „appuyée sur un motif." Maar ook slechts naar aanleiding van de vraag of de schuldbekentenis al dan niet gecauseerd moet zijn. Iets verder gaat Portalis in zijn de aandacht verdienende beschouwingen over de benadeeling bij koop en verkoop (Locré XIV, p. 163 v.). Daarin betoogt hij onder meer:

„Vous avez proclamé la maxime qu'aucune obligation ne peut exister sans cause, qu'aucune obligation ne peut même exister sans une cause raisonnable et proportionnée. Quel est donc le sens, quelle est l'application de cette maxime?

Distinguons les contrats de bienfaisance d'avec les contrats intéressés. Pour la validité des uns et des autres il faut sans doute une cause, car la nécessité de la cause s'applique indéfiniment à toutes les obligations, à tous les contrats.

On peut examiner, relativement à ces sortes de contrats, si la cause est contraire aux bonnes moeurs, si elle est licite ou si elle ne l'est pas, mais on ne peut jamais exciper le défaut de cause, parce que la cause d'un acte de bienfaisance est toujours dans la bienfaisance même.

Il en est autrement des contrats intéressés. La cause de ces sortes de contrats est, selon les jurisconsultes, l'intérêt ou l'avantage qui est le motif et comme la raison d'un engagement.

Il y a donc à examiner si cet interêt est réel ou imaginaire, s'il est proportionné, c'est-à-dire s'il y a un équilibre raisonnable entre ce que l'on donne et ce que l'on reçoit.

Dans un contrat de vente, la cause de l'engagement est pour le vendeur

---

*) Zij verschillen met hem, dat zij niet spreken van een ongeoorloofd onderwerp maar op het voetspoor van Pothier van een ongeoorloofde oorzaak. Pothier gaan wij overigens in dit verband voorbij, wijl hij o.i. de causaleer van Domat in groote trekken herhaalt.

d'échanger une chose quelconque contre de l'argent et pour l'acquéreur d'échanger son argent contre la chose qu'on lui transporte. Ce contrat a été rangé dans la classe des contrats commutatifs. On définit le contrat commutatif celui par lequel on donne une chose pour recevoir l'équivalent. De là vient le principe qu'il ne peut exister de vente proprement dite sans la stipulation d'un prix; et puisque le prix doit être l'équivalent de la chose vendue, il faut que ce prix réponde à la valeur de cette chose; s'il y a lésion, c'est-à-dire s'il n'y a point d'équilibre entre la chose et le prix, le contrat se trouve sans cause, ou du moins sans une cause raisonnable et suffisante à l'égard de la partie."

Hierbij merken wij het volgende op:

1°. P o r t a l i s eischt een oorzaak *in het algemeen* en maakt geen onderscheid tusschen causa obligationis en causa contractus. La nécessité d'une cause s'applique indéfiniment à toutes les obligations, à tous les contrats. Men zie ook de beide laatste geciteerde zinsneden, waar door elkaar sprake is van cause de l'engagement pour le vendeur et pour l'acquéreur en van het ontbreken eener causa contractus.

2°. Bij de wederkeerige overeenkomsten zoekt hij de causa in het individueele partijbelang. Men behoeft slechts te vragen, waarin dit belang nu precies bestaat en het individueele partijmotief als vergelijking van nut en kosten komt te voorschijn.

3°. In een bepaald opzicht onderzoekt P o r t a l i s dit individueele belang. Hij vraagt, of het réel of imaginair en of het proportionné is. De woekercontracten ziet hij blijkbaar als contracten of verbintenissen sans cause, althans sans cause raisonnable.

Men moge van de opstellers van den Code kunnen beweren, dat zij slechts vage beweringen uiten over de leer der oorzaak in het verbintenissenrecht, dat zij eronder het individueele partijmotief verstaan of willen verstaan, geven zij ondubbelzinnig te kennen. Het is dan ook geenszins verwonderlijk, dat in uitloopers van den Franschen Code, in de wetboeken van verschillende Latijnsche landen, herhaaldelijk van dit motief sprake is naar C a p i t a n t (no. 82) mededeelt. Markant is het door hem in Fransche vertaling weergegeven (p. 174 noot 2) artikel 1524 van het wetboek van Columbia: „Il ne peut y avoir obligation sans une cause réelle „et licite; pourtant il n'est pas nécessaire de l'exprimer. La pure libéralité „est une cause suffisante. On entend par cause le motif qui induit à l'acte „ou au contrat, et par cause illicite la cause prohibée par la loi ou contraire „aux bonnes moeurs ou à l'ordre public. Ainsi la promesse de donner quel-

„que chose en paiement d'une dette qui n'existe pas manque de cause, „et la promesse de donner quelque chose en récompense d'un crime ou „d'un acte immoral est une cause illicite." Ook hier een zekere vaagheid, maar niettemin een onmiskenbare bedoeling.

Ook Dabin constateert (nos. 59, 66—68), dat de opstellers van den Code onder oorzaak het partijmotief hebben verstaan, hetgeen hij historisch een verplaatsing van standpunt acht. Het objectieve causabegrip van Domat en Pothier zoude zijn vervormd tot een subjectief. Wij hebben betoogd, dat Domat slechts vage beschouwingen geeft — ook naar Dabin's meening — en dat het niet aangaat uit zijn in het begin van zijn werk geformuleerde causaleer een objectieve te lezen en dan het door hem zelf gelegde verband met de valsche oorzaak te ontkennen en zijn dan ook van meening, dat de door Dabin aangenomen historische discontinuïteit tegen zijn interpretatie van de causaleer in de Lois civiles pleit.

Na de invoering van den Code blijft men onder oorzaak het partijmotief begrijpen. De voornaamste commentatoren, door Capitant (p. 37) genoemd, definieeren in dien zin. Zoo Merlin: „Tous les jurisconsultes „conviennent que la cause d'une obligation est ce qui donne lieu à l'obli„gation même, le motif qui porte à la contracter, ce que Blackstone „appelle en anglais, consideration, inducement, et en latin, id quod in„duxit ad contrahendum." De evolutie is daarmede evenwel niet ten einde. Integendeel, met Dubreuil (p. 38) kan worden ingestemd: „Ce n'est „pas à vrai dire que tout soit désormais fini, mais plus exactement que „tout commence..." Dubreuil beschrijft de verdere ontwikkeling. De doctrine beperkt het partijmotief tot de laatste, in het contract geincorporeerde, schakel in de keten van overwegingen aan de toestemming van den contractant voorafgaande (Dubreuil, p. 41 v. en 77 v.). Typeerend voor deze zgn. klassieke causaleer achten wij het werk van Colin (vgl. p. 54 van zijn Théorie de la cause 1896). Deze beperking doet de bekende anticausalistische kritiek ontstaan. De jurisprudentie evenwel gaat minder ver in haar beperking van het partijmotief. In de eerste plaats aanvaardt zij het volledige motief als causa bij de liberaliteiten, waar zij het trouwens nooit verwaarloosd had. En verder vertoont zij de tendens het motief als valsche of als ongeoorloofde oorzaak aan te merken, voor zoover het als voorwaarde in het contract als gemeenschappelijke handeling tot uiting komt (Dubreuil Chap. V). De evolutie vat Dubreuil (Chapitre VI) ongeveer als volgt samen:

1°. Oorspronkelijk werd aan de objectieve handeling rechtsgevolg gehecht.

2°. Vervolgens ziet men in die objectieve handeling de kenbaarmaking van een wil.

3°. Dan beschouwt men niet alleen dien wil, maar ook zijn motiveering; echter alleen zijn onmiddellijke motiveering — cause immédiate.

4°. Tenslotte betrekt de jurisprudentie de volledige motiveering in haar gezichtsveld. Maar, zoo voegen wij aanstonds toe, niet bij wederkeerige contracten. Daar wordt de volledige motiveering principieel slechts als causa aangemerkt, voor zoover zij zich als partijvoorwaarde manifesteert.

Nog één stap blijft naar onze meening dan ook te doen nl. ook bij wederkeerige contracten het individueele partijmotief principieel als causa op te vatten en deze contracten op te lossen in twee of meer voorwaardelijke, uiteraard eenzijdige, debiteursbeloften. Tot dit laatste heeft de doctrine van de laatste eeuw incidenteel neiging getoond (vgl. Colin, p. 22 v. en 162 v.; Dabin, p. 51 noot 2) *). En eveneens schijnt zij in den laatsten tijd op het punt te staan het motief uit zijn verbanning terug te roepen. In La Belgique Judiciaire, 1er Juin 1929, schrijft Dabin (p. 339): „A moins que par cause, on ne veuille entendre autre chose, à „savoir le motif qui, par delà le contenu formel du contrat, a poussé cha„cune des parties à contracter... Mais, s'il en est ainsi, il faut le dire „nettement: nous ne sommes plus en présence de la conception classique, „légale, de la cause; bien plus, il s'agit d'une notion que la doctrine clas„sique, à tort ou à raison, légalement ou non[! v. d. K.], a toujours „prétendu opposer à la cause." En (p. 345): „Sur tous ces problèmes, „à peine soupçonnés hier et que l'on commence seulement à débrouiller, „le dernier mot est loin d'être dit: la théorie des motifs est encore à con„struire." De ontwikkeling van de causaleer begint derhalve opnieuw, zoodat men geneigd zoude zijn haar geschiedenis te vergelijken met de legende van Ahasverus. Ook in den tijd van Domat toch had dit leerstuk reeds een lange geschiedenis in Frankrijk, waaromtrent het, dank zij de geschriften van Zeylemaker (Overeenkomst en Wilsovereen-

*) Zie laatstelijk over het tornen aan het heerschende begrip overeenkomst Mr. I. Kisch, „De overeenkomst metterdaad" in den feestbundel Scholten i.h.b. p. 262.

stemming), Le Bras en Capitant (Notions historiques in Capitant's werk), Spies (De l'observation des simples contrats en droit canonique, Paris 1928) en Chevrier (Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations, Paris 1929), mogelijk is zich een voorstelling te vormen *).

B. De leer der causa in Frankrijk vóór Domat.

Over de geschiedenis der causaleer in den tijd vóór Domat dient een enkel woord te worden gezegd, wijl zij licht verschaft omtrent een o.i. gewichtig punt, nl. omtrent de woorden consentement en toestemming in de artt. 1108 C.c. en 1356 B.W. Niet geheel ten onrechte merkt Colin (p. 33) op, dat het woord consentement erop wijst, dat bij een contract de wil van een wederpartij mede in het spel is, want on ne peut consentir seul.

De onderzoekingen van de zooeven genoemde schrijvers hebben aangetoond, dat er nauw verband bestaat tusschen den regel van de verbindbaarheid der bloote belofte en den eisch van een ware, redelijke en geoorloofde oorzaak en dat dit verband is gelegd onder invloed van het Canonieke recht. De Kerk had in de Middeleeuwsche maatschappij overwegend gezag. Zij hield, zooals Zeylemaker opmerkt, de Westersche wereld bijeen, toen die in een chaos tengevolge van de onderlinge twisten der wereldlijke heeren dreigde te verzinken. De priesters traden op als zendelingen, raadslieden en arbiters en vormden de mentaliteit der bevolking naar Roomsch-Christelijke beginselen. Daardoor is de invloed van het Canonieke recht zeer verklaarbaar. Dit recht nu wenschte den regel ex nudo pacto obligatio nascitur als in overeenstemming met de Christelijke moraal te doen zegevieren **). De Canonisten waren allereerst moraaltheologen, die het breken van het eenmaal gegeven woord als leugen verafschuwden en als zonde veroordeelden. Zij waarschuwden daarom de Christenen tegen het lichtvaardig afleggen van beloften: Noli festinare in ore tuo et cor tuum non festinet ad proferendum verbum . . . Sciamus imbecillitatem nostram . . . idcirco debere verba nostra esse moderata

---

*) In deze geschriften wordt verwezen naar de oudere van Karsten en Seuffert.

**) Vgl. hiermede het in den modernen tijd veldwinnende inzicht, dat elke tengevolge van eenzijdige gevaarvergrooting aangebrachte schade behoort te worden vergoed.

(zie Chevrier p. 145 noot 2). Zij beschouwden de verhouding van den enkeling tegenover God en beoordeelden een handeling uitsluitend naar de bedoeling, waarmede zij is verricht. Het kan dan ook niet anders, of de Canonisten hechtten waarde aan de individueele overwegingen van den belover. De juridische beteekenis van de belofte kwam voor hen in de tweede plaats. Vooral bij Thomas van Aquino blijkt duidelijk, dat hij den debiteur individueel beschouwt. Spies schrijft over hem (p. 19 noot 1): „S. Thomas donne la définition et l'analyse de la „promesse qui engendre l'obligation. La promesse est un acte de raison, „par lequel l'homme ordonne à lui-même de faire quelque chose au profit „d'un autre. La promesse se compose de trois éléments: 1°. la délibéra-„tion; elle est un acte de réflexion par lequel l'intelligence se pose la „question de l'opportunité de la promesse; 2°. le propos; il est un acte de „la volonté par lequel l'homme prend la résolution de faire la promesse; „et 3°. la promesse qui est la réalisation de l'acte de volonté."

In hun beschouwingen over de individueele debiteursbelofte vonden de Canonisten een aanknoopingspunt bij de Romanisten, die hun aandacht concentreerden op de stipulatio. Vrijwel algemeen werd in schriftelijke bewijsstukken van rechtshandelingen de clausule stipulatione subnixa opgenomen, waardoor men tengevolge van de bewijsregels vrij zeker van de verbindbaarheid der getroffen overeenkomsten was. De stipulatie nu is een debiteursbelofte, welke alleen de eigenaardigheid vertoont, dat zij op verzoek van den aspirant-crediteur is afgelegd. Ook daardoor treedt de debiteur op den voorgrond. Reeds de Irneriërs hadden de vraag naar de causa of ratio van de stipulatie opgeworpen: „Non enim rationabilis „est pactio seu promissio, nisi ratio discutiat et probet quod promittatur et „quare et quomodo, cui et a quo" (Chevrier p. 42 noot 3). Zij eischten een causa naturalis, een economisch doel, zonder hetwelk de stipulatie weliswaar naar positief recht krachtens haar vormelijkheid doch niet naar natuurrecht verbindt. Later brengen de Glossatoren de leer der causa in verband met het procesrecht, tengevolge waarvan een gekunsteld causa-recht, waaronder de tot chicanes aanleiding gevende regel van de gecau-seerde schriftelijke schuldbekentenis, ontstaat. Zij verschaffen evenwel een tweede aanknoopingspunt voor het Canonieke recht. De bekentenis beschouwen zij als obligatore handeling. Dat doen ook de Canonisten en daardoor komt de enkele debiteur weer op den voorgrond. Chevrier schrijft (p. 169—170) in dit verband: „En soi l'aveu est une déclaration „unilatérale. Lui reconnaître la vertu d'obliger, n'est-ce pas donner force

„à la déclaration unilatérale de volonté? Il n'est pas douteux que certains „Canonistes aient eu ce dessein: l'équité commande d'examiner seulement „l'intention de celui qui promet. Mais cette théorie ne triompha pas, et „l'aveu fut conçu sur le modèle de la stipulation romaine. La Glose des „Décrétales avait déjà rapproché ces deux actes. Elles exigeaient la „présence des parties; c'est un point sur lequel la doctrine ne varia pas. „De même, l'échange des paroles fut requis, mais aucune forme ne fut „importée; il se mua en une promesse acceptée par l'autre partie."

Op verzoek afgelegde beloften en aangenomen bekentenissen, ziedaar wat in het Middeleeuwsche recht de aandacht trok. Zoo wordt het duidelijk, dat onze wet van toestemming gewaagt. Zij is geïnfluenceerd door reminiscentie aan de Romeinsche stipulatie. Ook heden zal het zich meestentijds wel voordoen, dat een belofte op verzoek wordt gedaan, doch er is geen enkel bezwaar het woord toestemming als historische curiositeit te beschouwen en op te vatten als den schuldenaarswil welke al dan niet op verzoek is geopenbaard. De verbintenis uit zaakwaarneming zoude als gewilde verbintenis tot de contractueele verbintenissen kunnen worden gerekend, ware het niet, dat de wil van den debiteur wat betreft den omvang zijner verplichtingen inderdaad buiten de deur staat, doordat hij de bevoegdheid tot het stellen van voorwaarden mist. Daardoor kan met de benaming quasi-contract worden ingestemd.

De Kerk had, zooals gezegd, overwegenden invloed op den Middeleeuwschen mensch. Velen wendden zich tot de Kerkelijke jurisdictie, die sedert ongeveer 1250 het voorschrift van de verbindbaarheid der vormvrije belofte geregeld toepaste. En dat bleef zoo, toen de centraliseerende wereldlijke overheid aan gezag herwon. Zij stelde zich wel teweer tegen de Canonieke rechtsleer, maar de maatschappij was daarover zeer tevreden en verlangde van de wereldlijke overheid voortzetting ervan. Het opkomende handelsverkeer en de samengestelder wordende maatschappelijke verhoudingen bewerkten, dat het wereldlijke recht der Romanisten met zijn in beginsel beperkt aantal verbindende beloften niet meer voldeed. Wilde de wereldlijke overheid met haar rechtspraak de instemming van de openbare meening verwerven, dan moest zij den Canonieken regel ex pacto nudo nascitur obligatio overnemen. Dit geschiedde dan ook, doch niet openlijk en slechts schoorvoetend. De Romanisten begonnen de mogelijkheid van de bindende vormvrije belofte te vergrooten door de vormen der stipulatie te verzwakken. Dat was evenwel niet voldoende. De maatschappij eischte onherroepelijke verbanning der vormelijkheid en erken-

ning van de verbindbaarheid der bloote belofte. Het was den Romanisten echter te kras openlijk met het Romeinsche recht te breken en den regel ex nudo pacto oritur actio te huldigen. Zij vonden een middenweg. Ook in de toekomst zou de bloote belofte, het pactum nudum, niet verbindend zijn. Maar als pactum nudum zou niet worden beschouwd het pactum nudum a solemnitate, doch het pactum nudum a causa. Zij kwamen er geleidelijk toe te zeggen pactum nudum est cui non subest causa. Daardoor konden zij een openlijke breuk met het Romeinsche recht vermijden. Zij konden nl. aansluiting zoeken bij de Digestenplaats: pactum, cum subsit causa, obligationem parit. Niet dus de bloote belofte, het pactum nudum, werd verbindend verklaard in strijd met het Romeinsche recht, maar overeenkomstig dit recht werd enkel aan het gecauseerde pactum rechtskracht toegekend. In schijn werd aldus het Romeinsche recht gehandhaafd, maar in werkelijkheid was het verbannen en het Canonieke recht ingehaald. De vereischte causa toch was onder Canonieken invloed geen Romeinschrechtelijke causa gebleven, maar geworden tot een mengsel van Romeinschrechtelijke causa — uitwendig vereischte — en natuurrechtelijke causa — innerlijk vereischte, het economische motief, de gedachte die den contractant bezielde, toen hij contracteerde. „De „groote schuld daaraan heeft niet een verkeerd begrijpen, maar steeds „weer de ingegroeide wensch om het contractenrecht wijder van omvang „te maken, om de categorie van pacta, die zonder speciaal tot contract „te zijn verheven, een verbintenis schiepen, zoo groot mogelijk te maken" schrijft Zeylemaker (p. 238). En hij vervolgt (p. 255): „Het ge„volg van deze ontwikkeling is, dat men zich praktisch zeer goed weet te „behelpen, maar dat men theoretisch op twee gedachten blijft hinken. „Naar haar inhoud toch in de causa een innerlijk kenmerk van het con„tract, naar de teksten nog steeds uitwendig geldigheidsvereischte. De „noodzakelijke stap die thans moet worden gedaan is het prijsgeven van „de laatste beschouwing, waardoor de causa weer erkend wordt voor wat „zij eigenlijk is in al deze redeneeringen, en wat zij ook reeds bij de „Canonisten was: alleen innerlijk vereischte. Deze stap is gedaan in de „beschouwingen van Domat in zijn boek Les lois civiles dans leur ordre „naturel — verschenen in 1694 —." Daarin was trouwens Dumoulin reeds voorgegaan. Hij had het motief reeds ingevoerd naar uit de beschrijving van Chevrier (p. 228) blijkt, nadat merkwaardigerwijze de objectieve causaleer van Connanus, die de causa in de tegenprestatie, in de verplaatsing van waarde ziet — welke leer in den modernen tijd wel

als leer van de verrijking zonder oorzaak wordt voorgedragen —, na korten tijd het leven had gelaten (Chevrier p. 226). Zeylemaker besluit zijn betoog over Domat (p. 258): „Hiermede is de ontwikke-„ling afgesloten. Misschien ware nog als een laatste stap aan te merken „de erkenning van het feit, dat de causa bij de vormlooze afspraken een „waardeloos begrip is geworden in zoover een overeenkomst zonder causa „niet denkbaar is. Iedere overeenkomst — reeds Jason zag het juist — „heeft haar oorzaak in de verwachting van het te bereiken resultaat. „Echter staat dit buiten de grens van ons onderzoek." Dat een overeenkomst zonder causa niet denkbaar is moeten wij bestrijden. Inderdaad steunt elke belofte op een feitelijke overweging, doch dat wil niet zeggen, dat het recht die als voldoende behoort te beschouwen. Elke feitelijke overweging is nog geen juridische. Evenmin als het burgerlijke recht onmogelijke, onzinnige en ongeoorloofde voorwaarden dwingt na te komen, evenmin behoort het in beginsel positief rechtsgevolg toe te kennen aan op valsche, onredelijke of ongeoorloofde overweging steunende beloften. Doch hier eindigt, zooals Zeylemaker zelf opmerkt, de taak van den historicus en begint weer die van den teleologischen jurist. Voor zijn onderzoekingen betuigen wij den historicus onzen dank. Daardoor achten wij historisch de juistheid van onze lezing van de Lois civiles bevestigd. Langs vele omwegen is de doctrine tenslotte tot de simpele, door de Canonisten uitgesproken, gedachte gekomen, dat de oorzaak van belofte en daaruit voortvloeiende verbintenis moet worden gezocht in de overwegingen van den individueelen schuldenaar en wij zien de door Dabin en andere anticausalisten gegeven lezing van de Lois civiles als een poging om het rad der historie terug te wentelen.

Ook het coutumiere Fransche recht heeft zich bezig gehouden met de verbindbaarheid der bloote belofte en de beweegreden van den debiteur. Dit recht stelde zich vooral te weer tegen door bedrog verkregen beloften en kwam daardoor bij de debiteursmotieven terecht. Chevrier schrijft (p. 2) daaromtrent: „Dans les premières œuvres de la renaissance bolo-„naise, la cause est comme une protestation contre le formalisme, en „même temps qu'une protection contre les accords inconsidérés dont le „fin est illicite. Sous cet aspect elle proche des tendances de nos coutu-„miers français du XIIIe siècle; on sait combien ceux-ci redoutent le dol „et la tricherie dans les conventions. Le moyen de faire apparaître le „caractère sérieux et licite du consentement n'est-il pas de rechercher la „cause de l'obligation?" Het schijnt overigens niet vast te staan, of het

coutumiere recht tengevolge van Canonieken invloed dan wel uit eigener beweging in die richting is gegaan (Spies, p. 147 noot). Wat daarvan echter zij, Chevrier (p. 209 en 213) vestigt er de aandacht op, dat Beaumanoir en de coutumes van Beauvaisis geen onderscheid tusschen oorzaak en motief kennen. Mocht dan ook Van Bemmelen (R.O. II, p. 227 v.) het bij het juiste eind hebben, dat Pothier zijn causaleer niet aan Domat, doch aan het oude Fransche recht zoude hebben ontleend — hetgeen wij niet waarschijnlijk achten — dan zoude ook hierdoor blijken, dat men de oorzaak in den zin van Pothier als motief heeft op te vatten. Eigenaardig schijnt het Normandische recht geweest te zijn. Dit heeft, naar Chevrier (p. 202 v.) mededeelt, geopereerd met een verbintenis onder opschortende voorwaarde en is daartoe misschien onbewust gekomen (p. 209). De wederpartij van den debiteur moest zijnerzijds presteeren, waardoor de voorwaardelijke verbintenis van den debiteur overging in een zuivere, bijv. ik beloof U zooveel geld, indien U voor mij een huis bouwt. En daarbij werd het woord causa gebruikt. Later gaat het in de richting van de tegenverbintenis als causa en nadert de oorzaak tot het motief (p. 206). Of deze onbewuste analyse van het wederkeerige contract is verloren gegaan dan wel dat er onbewust iets van over is gebleven, zal wel niet meer zijn na te gaan.

C. Iets over de causaleer in Nederland.

Tenslotte een enkel woord over de causaleer ten onzent.

De geschriften van de schrijvers tijdens de Republiek brengen weinig verheldering. Omtrent de door hen uiteengezette causaleer bestaat groot verschil van meening. Eenerzijds leert Kotzé, dat Grotius de moderne anticausalistische leer van de vormvrije overeenkomst met geoorloofden inhoud zoude hebben verkondigd en daarin eenstemmig door de latere schrijvers tijdens de Republiek zoude zijn gevolgd (§§ 15—24 i.h.b. p. 24, 46 en 51). Anderzijds is Hartogh (p. 169) van meening, dat er onder de oud-Hollandsche schrijvers geen eenstemmigheid zoude hebben bestaan en dat Grotius niet den regel ex nudo pacto oritur actio tot basis van zijn stelsel zoude hebben gekozen (p. 161 en 163). Dit laatste zouden de opvolgers van De Groot niet goed hebben begrepen (p. 166 v.). Met name zoude Van Leeuwen den naam toezegging van De Groot hebben overgenomen; evenwel niet om daarmede een handeling aan te duiden, waardoor een schenkingsverbin-

tenis kan worden gevestigd of een bestaande verbintenis versterkt of gewijzigd, doch om daarmede alle overeenkomsten aan te duiden en de verbindbaarheid der onbenoemde consensueele overeenkomst te kunnen inluiden. Wij zullen dan ook bij de werken der oud-Hollandsche schrijvers niet stilstaan. Slechts wijzen wij op de §§ 42 en 43 van het eerste deel van het derde boek van de Inleiding van Grotius, luidende:

> § 42. De verbintenissen zijn niet alleen nietig daer door belooft werd een onmoghelicke zaeck, als om te leveren een beest dat dood is, ofte een zaeck die door 't aenghebooren recht ongheoorloft is, maer oock daer bij iet belooft werd dat nae de burger-wet ende zeden oneerlick werd ghehouden, als om iets quaeds te doen ofte te mijden, ofte om quijt te schelden de straffe van een onghedaen quaed.
>
> § 43. Insgelijcks zijn nietig de verbintenissen die spruiten uit een oneerlijcke oorzaeck ofte inzicht: te weten indien de oneerlicke oorzaeck is aen des aennemers zijde alleen, zoo is de verbintenis t'eenemael nietig: Indien alleen aen des belovers zijde, zoo en mag uit de verbintenisse niet geeischt werden, maer de betalinge daer over ghedaen zijnde houd plaets, maar is de oneerlycke oorzaeck aan weder-zijde, zoo is die daer best aan die in 't bezit is.

De plaats wijst erop, dat Grotius naast een ongeoorloofden inhoud (§ 42) een ongeoorloofde oorzaak (§ 43) schijnt te kennen en het woord inzicht naast de onderscheiding aan welken kant de ongeoorloofdheid schuilt plaatst den individueelen wil op den voorgrond. Wij zien hier een embryonale causaleer en Hartogh's opvatting, dat Van Leeuwen de geoorloofd gecauseerde toezegging gegeneraliseerd zoude hebben, schijnt ons als parallel aan de hierboven geschetste ontwikkeling juist. In deze opvatting worden wij versterkt, doordat Kotzé vroeger in zijn vertaling van het werk van Van Leeuwen tot de meening overhelde, dat causa beteekent motief, ook al is hij thans (p. 83) van opvatting, dat causa en motief verschillende begrippen zijn *).

---

*) Op p. 54 deelt Kotzé mede, wat hij in de vertaling aanteekende nl. "Now, reasonable or valid cause is not synonymous with reasonable or valid consideration, as this latter term is generally understood, but is of wider meaning. Causa, cause or oorzaak denotes the ground, reason or object of a promise giving such promise a binding effect in law ... A consideration, therefore, is certainly denoted by the term oorzaak or causa; but these terms are of much wider meaning than the English word consideration, for they will comprise the motives (sensu latiori) or reason for a promise, and also what is known in English law as purely moral consi-

De werken van de oud-Hollandsche schrijvers laten wij verder rusten, wijl zij naar onze meening van hoogstens secundair belang zijn voor de causaleer in ons B.W. Ons verbintenissenrecht toch achten wij het in enkele opzichten verbeterde verbintenissenrecht van den Code. Dat blijkt uit de wordingsgeschiedenis van onze codificatie en laat zich ook zeer wel verstaan. Het Frankrijk dat erin was geslaagd een codificatie tot stand te brengen, deed ook na de verbanning van den grooten Keizer zijn domineerenden cultureelen invloed nog gelden, terwijl juist het verbintenissenrecht door de ontwerpers van den Code was voorgesteld als het wet geworden natuurrecht. Wel is er in den aanvang in het ontwerp 1820 reactie te zien, doch deze is naderhand verdwenen. Hartogh (p. 177—

---

derations... Consequently the translators of Van der Keesel and Van der Linden have erred in rendering causa or oorzaak into the narrower term consideration."

In de leer van Kotzé van den geoorloofden inhoud als oorzaak van de overeenkomst achten wij mede een reactie aanwezig tegen toepassing van Engelsch considerationrecht in Zuid-Afrika. Inderdaad schijnt de Engelsche considerationleer bij haar toepassing zorg te baren en zoowel buiten als binnen Engeland aan kritiek bloot te staan. Zoo schijnt de verbindbaarheid der vormvrije borgtocht, lastgeving en bewaargeving op losse schroeven te staan in het Engelsche recht. Een nader onderzoek naar de herkomst en beteekenis van de leer van de consideration schijnt ons dan ook zeer aanbevelenswaardig. Het wil ons voorkomen, dat ook daarbij de vraag zou kunnen worden gesteld, of de leer van de consideration niet een onvolledige en wellicht een gebrekkige motievenleer is. Daartoe schijnen ons verschillende omstandigheden te nopen. Ten eerste doet het woord consideration aan psychische overweging denken. Vervolgens is het geenszins onmogelijk, dat ook deze leer is geïnspireerd door Canonieken invloed (vgl. Kotzé, p. 17), wijl de R.K. Kerk in de Middeleeuwen de geheele Christenheid omvatte. Dan wekken ook moderne schrijvers over de consideration den indruk, dat de consideration op den partijwil betrekking heeft — zoo de aanhalingen van Van Doorne uit Jenk's history of the doctrine of consideration op p. 103/104 in den feestbundel Scholten. Tenslotte hechten Engelsche rechters, zooals in het befaamde bontmantelproces, bij de beoordeeling van de ongeoorloofdheid beteekenis aan het doel van den individueelen contractant, mits dit doel aan den medecontractant bekend zij. Valuable consideration zou een juridisch voldoende motief kunnen worden geacht en bij het hanteeren van den maatstaf aan het motief aan te leggen, is het niet ondenkbaar, dat het volkskarakter zijn invloed doet gelden. Zoo kan het zijn, dat de nuchtere Engelsche handelsgeest groote beteekenis heeft gehecht aan het beginsel niets voor niets of quid pro quo en schenkingen, ook aan bloedverwanten, in den ban heeft gedaan — vgl. Van Doorne, p. 121, Van Bemmelen, p. 223. Tot deze losse opmerkingen moeten wij ons hier bepalen.

178) verklaart omtrent dit ontwerp 1820: „Van uitdrukkelijken noch van „verscholen invloed hebben wij veel kunnen bespeuren. Na het ongeluk- „kige verloop der behandeling van Ontwerp 1820 komt de Commissie van „Redactie met een ontwerp van wet, den 21sten October 1824 bij de „Staten-Generaal ingediend, dat den Code civil zoo nauw mogelijk op den „voet volgt. Zoo werd dan ook menige bepaling woordelijk, of met lichte „redactie-wijziging, overgenomen uit het Wetboek Lodewijk Napoléon, „dat toch niets meer dan eene vertaling van den Code zijn wilde."

Zooals wij reeds opmerkten wordt verschil tusschen den Code en het B.W. hierin gezocht, dat de Fransche wet spreekt van een obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, de Nederlandsche daarentegen van een overeenkomst zonder oorzaak, of uit een valsche of ongeoorloofde oorzaak aangegaan. Wij hebben betoogd, dat ook de Fransche Code de woorden oorzaak der verbintenis en oorzaak der overeenkomst door elkaar bezigt en dat dit geen materieel verschil uitmaakt, mits men slechts het begrip overeenkomst in overeenstemming met de wettelijke omschrijving opvat als debiteursbelofte. Omtrent de redenen welke onzen wetgever ertoe hebben geleid stelselmatig van de oorzaak der overeenkomst te gewagen, geeft Smit (p. 90—91) een zeer aannemelijke verklaring. Men had geen verandering van stelsel op het oog, doch bezigde het woord overeenkomst om te doen uitkomen, dat de betreffende bepaling enkel voor conventioneele en niet voor wettelijke verbintenissen zoude gelden.

Smit (p. 144—147) geeft eveneens opheldering omtrent art. 1349 B.W. Ten eerste omtrent het woord handeling. Zooals bekend, keurde Diephuis dit woord als te ruim af, daar ook de onrechtmatige daad een handeling is, waaruit een verbintenis voortvloeit. Deze kritiek schijnt juist, doch Smit merkt op, dat handeling correspondeert met het Fransche acte, waaronder men enkel verstaat handelingen, verricht met het oogmerk om rechtsgevolgen — i.c. verbintenissen — te doen ontstaan. Nu kan een onrechtmatige daad weliswaar worden gepleegd met zulk een doel, doch normaliter is dit niet het geval en daarom is er o.i. geen reden het woord handeling in het genoemde artikel af te keuren. — In de tweede plaats omtrent het woord overeenkomst of contract. Smit (p. 149) acht acte of handeling een ruimer begrip dan contract, aangezien acte wel, contract niet eenzijdige handelingen omvat en hij acht dan ook de door Napoleon gemaakte opmerking (Fenet XII, p. 261) „que le contrat „impose des charges mutuelles aux deux contractans: qu'ainsi cette ex-

„pression ne peut convenir à la donation" juist als in overeenstemming met het Romeinsche recht. Ook wij kunnen ons deze opmerking indenken. Als niet-jurist is men geneigd bij het woord contract te denken aan de dagelijks voorkomende wederzijds bindende transacties als die van koop en verkoop en de onderscheiding tusschen eenzijdige en wederkeerige overeenkomsten kan, door weglating van het woord bindende, verwarring wekken. Juister is het zich op individueel debiteurs- of crediteursstandpunt te plaatsen en de handeling van ieder afzonderlijk te beschouwen. Dit had de Code gedaan al had hij het woord overeenkomst of contract behouden. Niet meer dan het woord; het begrip contract was door de wettelijke omschrijving geworden tot een handeling doelbewust verricht om zich met een verbintenis te belasten. Het woord contract had een ruimere beteekenis gekregen en het is dan ook verklaarbaar, dat de Code in de artt. 1915 en 1917 deze woorden door elkaar gebruikt (S m i t, p. 149). Op dezen grond verschillen wij van meening met S m i t en achten wij de opmerking van Napoleon voor den Code niet juist, ook al moge zij in overeenstemming met het Romeinsche recht zijn. Ook de verbintenis uit schenkingen achten wij een contractueele, al zou de wet niet aanneming door den begiftigde tot geldigheidsvereischte hebben gesteld, maar parallel aan het erfrecht zoo noodig verwerping hebben geëischt. Het contractueele element zien wij niet in de formeele doelbewuste medewerking van een wederpartij bij het doen ontstaan van de verbintenis, maar in de materieele bevoegdheid van den debiteur om door het stellen van voorwaarden zijn wil aangaande den omvang zijner doelbewust in het leven geroepen verbintenissen te doen gelden. Bij de onrechtmatige daad mist de debiteur deze bevoegdheid. Eveneens bij de ongevraagde zaakwaarneming. Ook bij deze is de door voorwaarden geopenbaarde wil van den debiteur uitgeschakeld en op dezen grond is het samenstel zijner verplichtingen geen contractueele verbintenis. Slechts indien dit anders zoude zijn, zou er geen bezwaar zijn de zaakwaarneming niet als quasi-contract maar als contract te beschouwen. Voor de aanneming der gestelde voorwaarden zal meestentijds de medewerking van een wederpartij noodig zijn. Daarin schuilt het element van wederkeerigheid, van „overeenkomst". Doch verder gaat o.i. de wederkeerigheid niet en het contract is niet, zooals wij betoogden, een gelijktijdige gemeenschappelijke samenwerking van partijen welke gelijktijdig eenzijdige of wederkeerige verbintenissen doet ontstaan. Het is ook denkbaar, dat de medewerking van een wederpartij zoude ontbreken. Zoo zoude men zich kunnen

indenken, dat aanneming eener schenkingsbelofte door den begiftigde niet, doch publicatie van de belofte wel vereischt ware en dat, wanneer de begiftigde binnen een bepaalden termijn geen vordering tot nakoming zoude hebben ingesteld, het O.M. of eenige andere autoriteit nakoming ten behoeve van de schatkist zoude mogen vorderen. Dit schijnt nu een absurde veronderstelling, doch wij merken op, dat de doctrine het vereischte van formeele medewerking eener wederpartij bij de wisselverbintenis wel heeft willen prijsgeven. Zoo interpreteerde Naber art. 1349 B.W. ruim, hoofdzakelijk om deze wisselverbintenis onder dit artikel te vangen (Prae-advies p. 42-43) en laatstelijk leert Capitant (p. 427), dat de wisselverbintenis voortvloeit uit een eenzijdige handeling en men er daarom maar van moet afzien te trachten haar als contractueele te behandelen.

In de derde plaats spreekt Smit (p. 151—152) over den meervoudsvorm in de artt. 1349 en 1356 no. 1 B.W. Hij citeert Voorduin V: „Bij de nieuwe redactie werd in No. 1 in de plaats van „het woord verbindt gesteld het woord verbinden en alzoo dat No. in „verband gebracht met de definitie in art. 1349 gevonden wordende, al„waar gelijk de aard der zaak medebrengt, van een of meer personen die „zich verbinden, gewag wordt gemaakt, en alzoo de tegenstrijdigheid „weggenomen, welke tusschen art. 1101 en 1108 C.N. is op te merken." Daaruit kan worden opgemaakt, dat men voornamelijk uit een oogpunt van taalkundige sierlijkheid den meervoudsvorm in art. 1356 no. 1 B.W. koos en niet om te doen uitkomen, dat er samenwerking van ten minste twee personen noodig is. Omgekeerd kan Van Goudoever (Asser III, p. 147 noot 2) aan de woorden „gelijk de aard der zaak medebrengt" een argument ontleenen voor de bestrijding van de opvatting van Wttewaal, dat aan pluraliteit van debiteuren gedacht is, welk argument ook in overeenstemming is met Asser's Vergelijking (Smit, p. 152). In zooverre is de aangebrachte harmonie tusschen 1349 en 1356 no. 1 niet een verbetering. Evenwel blijkt uit Voorduin slechts, dat het woord verbinden op beide partijen slaat, wanneer er zgn. wederkeerige verbintenissen worden gevestigd. Bij de zgn. eenzijdige overeenkomsten heeft het zich verbinden niet op beide partijen betrekking, gelijk Smit terecht opmerkt. Trots de taalkundige afwijking tusschen art. 1101 en 1108 C.c. achten wij den Code dan ook juister, omdat hij doet uitkomen, dat het juridisch slechts op de toestemming of den wil van den debiteur aankomt.

In onze wet is dit terug te vinden in art. 1356 no. 2, alwaar alleen van de bekwaamheid van den debiteur wordt gewag gemaakt.

Als slot van onze beschouwingen over de overeenkomst geven wij als onze lezing van art. 1349 B.W.: een (obligatore) overeenkomst of contract is een (eenzijdige) handeling of acte, waardoor een persoon (normaliter) doelbewust (te zijnen laste en eventueel ten laste van zijn erfgenamen) een verbintenis doet ontstaan, (tenietgaan of veranderen) in dier voege, dat hij door het laten aannemen van gestelde voorwaarden of clausules zijn wil op den omvang van het teweeggebrachte rechtsgevolg kan doen gelden *).

Wij achten derhalve geen verschil aanwezig tusschen de Nederlandsche oorzaak der overeenkomst en de Fransche oorzaak der verbintenis of overeenkomst. Nu is voor het Nederlandsche recht in het bijzonder door H a r t o g h geleerd (p. 181 v.; i.h.b. p. 181 noot 2), dat art. 1372 B.W. niet op alle overeenkomsten, doch slechts op schuldbekentenissen zoude slaan. Hij grondt deze meening op de mededeelingen van A s s e r over art. 1372 B.W. bij zijn vergelijking van B.W. en C.c. S m i t (p. 91) leest evenwel daaruit, dat A s s e r niet op schuldbekentenissen, maar op overeenkomsten, ook mondelinge, in het algemeen doelt. Het is ook mogelijk, dat A s s e r aan bewijsoorkonden van overeenkomsten in het algemeen of zgn. rechtshandelingsstukken heeft gedacht. En evenzeer is het mogelijk, dat A s s e r enkel aan bewijsoorkonden van eenzijdige schulderkenning of wellicht aan schriftelijke (overeenkomsten van) schulderkenning heeft gedacht, hetgeen zoude kunnen worden opgemaakt uit zijn verwijzing naar de talrijke rechtspraak en den oneindigen pennestrijd. Wat A s s e r precies bedoelt, lijkt ons niet volkomen helder. Gesteld, dat hij zijn oog vooral op de schuldbekentenis, hetzij als bewijsoorkonde hetzij als materieelrechtelijke rechtshandeling, had gericht. Dan zoude dit echter niet voldoende zijn art. 1372 B.W. voor schuldbekentenissen geschreven te achten **). Men had in den tijd van het ontstaan van de Fransche en

---

*) De testamenten vallen niet onder deze omschrijving, wijl zij ook andere rechtsgevolgen kunnen produceeren en de legaten, voor zoover men deze als obligatoor beschouwt, niet, wijl zij enkel ten laste van de erfgenamen verbintenissen vestigen. Overigens achten wij geen wezenlijk onderscheid tusschen legaten en schenkingen aanwijsbaar.

**) Uit de redactiewijzigingen maakt H a r t o g h dan ook mede op, dat men het artikel op schuldbekentenissen heeft willen toespitsen, p. 183.

de Nederlandsche codificatie geen heldere voorstelling van de causaleer. Wat de Nederlandsche aangaat, merkt Hartogh (p. 179) ten aanzien van een aanteekening van den heer Daam Fockema op, dat zij slechts in zooverre mag worden gezegd met 's wetgevers opvatting overeen te stemmen, als zij even duister is. Eveneens merkt hij aldaar op, dat den wetgever het onderscheid tusschen de oorzaak als bron eener in een schuldbekentenis vervatte verbintenis en die als inhoud eener, bij voorkeur wederkeerige, overeenkomst waarschijnlijk ganschelijk onbekend is geweest. Van een wetgever die in dergelijke omstandigheden verkeerde, mag naar onze meening niet worden verondersteld, dat hij in art. 1372 de oorzaak der schuldbekentenis heeft geregeld en het valt Hartogh (p. 181 noot 2) dan ook op, dat de wetgever het woord schuldbekentenis niet heeft willen gebruiken. Ook bij de voorbereiding van den Code hoort men telkens van de schulderkenning spreken. Wij verklaarden dit hierdoor, dat men, zoekende naar een voorbeeld van een gecauseerde verbintenis, dit niet kon vinden, wijl men niet de draagwijdte van de onbewust tot stand gekomen ontleding van het synallagmatische contract zag. Daardoor verwaarloosde men deze contracten, zij het dat de ontwerpers van den Code er soms treffende opmerkingen over ten beste gaven, en zocht men naar een handeling, waarbij enkel de debiteur optrad. Zoodoende kwam men bij de schuldbekentenis terecht. Dit is te meer aannemelijk, omdat daarbij de motiveering van den debiteur duidelijk zichtbaar is. De debiteur die zich tot een bepaalde prestatie verbonden verklaart, wegens koop edgl., motiveert, waarom hij verbonden is resp. waarom hij zich verbonden verklaart. Deze hypothese past o.i. ook hier. Gesteld, dat Asser en de Regeering aan schuldbekentenissen hebben gedacht, dan hebben zij daaraan slechts als denkbaar geval van de toepassing der causaleer gedacht. Men waande over de oorzaak van de schuldbekentenis te schrijven, doch schreef inderdaad over de oorzaak van de debiteursbelofte in het algemeen en men schijnt daarvan een voorgevoel of vermoeden te hebben gehad, doordat het woord schuldbekentenis werd geweerd.

Ook de verdere geschiedenis der causaleer zien wij trouwens als een merkwaardige speling van het onderbewustzijn. Men had een vaag vermoeden, dat de leer der oorzaak tot de kern van het verbintenissenrecht behoorde, doch men durfde ze niet radicaal te aanvaarden. Afzweren durfde men ze echter evenmin. Wel ontstond de zgn. anticausalistische theorie, die op schrapping van de oorzaak-artikelen aandrong, doch zij

vermocht deze als ondeugdelijk gebrandmerkte artikelen niet te verwijderen en in Frankrijk bleef de rechtspraak ze volgens haar inzicht toepassen. Zelfs toen een van de voornaamste woordvoerders der anticausalistische richting, de hoogleeraar Laurent, geroepen werd den Belgischen Code te herzien, nam hij in zijn ontwerp de geoorloofde oorzaak weer op (Hartogh, p. 157—158). Was ook hier de natuur sterker dan de leer?

In het verdere verloop van de geschiedenis der causaleer ten onzent verdient het werk van Coninck Liefsting de aandacht. Deze schrijver heeft zich veel arbeid getroost de oorzaak te verklaren uit het karakter van ruilhandeling van de obligatore overeenkomst en de resultaten daarvan neergelegd in zijn bekend werk: Algemeene Leer van de Rechtsgeldigheid der Verbintenissen uit overeenkomst.

Zien wij wel, dan bestaat zijn betoog uit twee gedeelten. In het eene gedeelte leidt hij uit den aard van het privaatrecht, welke hierin bestaat, dat het een regeling van het ruilverkeer is, af, dat slechts ruiltransacties als geldig worden erkend en dat een verbintenis slechts dan in rechte voor handhaving vatbaar is, wanneer zij tot een ruiltransactie behoort. Dit komt hierop neer, dat in ruil voor de beloofde prestatie aan den debiteur contraprestatie moet zijn beloofd of gegeven en de rechtsgrond of geoorloofde oorzaak van een verbintenis zoude zijn te vinden in het ruilequivalent. Daarbij moet evenwel worden aangeteekend, dat een ieder wordt geacht zijn eigen zaken het best te kunnen beoordeelen, zoodat de contraprestatie geen ruilequivalent in objectieven zin, geen rechtvaardige contraprestatie, behoeft te zijn. In het bijzonder zou dit naar Nederlandsch recht niet het geval zijn, omdat dit in tegenstelling met het Fransche den debiteur een vordering wegens benadeeling onthoudt. Met de ruiltransacties worden op één lijn gesteld rechtshandelingen als borgtocht edgl., welke, hoewel zelf geen ruilhandelingen zijnde, niettemin veelvuldig in het ruilverkeer voorkomen als aanvulling op de zuivere ruilhandelingen. De schenking daarentegen zou als niet behoorende tot het ruilverkeer eigenlijk een rechtsgrond of geoorloofde oorzaak missen en slechts wegens bijzondere redenen van sociale utiliteit met name als geldig zijn erkend.

In het andere gedeelte beredeneert de schrijver deze meening historisch. De Romeinsche condictiones generaliseerend op grond van door de Romeinsche juristen gegeven voorbeelden, leest de schrijver daarin het in onderscheiden vorm gehulde beginsel, dat iemand die zonder prestatie zijnerzijds ten koste van een ander is verrijkt, het hem aldus toegevallen voordeel aan dien ander moet verantwoorden. De prestatie die hij moet

hebben verricht, wil hij het voordeel mogen behouden, verschijnt onder den naam van causa of oorzaak. Het beginsel nu van de zgn. algemeene condictio sine causa of vordering (verbintenis voor den debiteur) wegens verrijking zonder prestatie (oorzaak) zoude eveneens zijn toegepast op de stipulatie. Oorspronkelijk verbond de stipulatie krachtens haar vorm zonder dat naar een contraprestatie voor het bij stipulatie beloofde werd gevraagd; zij was een zgn. abstracte rechtshandeling. Met het toenemende verkeer won echter de goede trouw het van het formalisme en verdween het abstracte karakter van de stipulatie. Aan den krachtens stipulatie verbonden schuldenaar werd, wanneer hij geen contraprestatie ontving, het recht gegeven zijn stipulatieverbintenis terug te vorderen door de zgn. condictio sine causa, hetgeen praktisch hierop neerkwam, dat zijn stipulatieverbintenis bij gebreke van causa of contraprestatie werd vernietigd en dat de stipulatie van abstracte tot causale rechtshandeling was geworden. Dit nu zoude in het West-Europeesche recht zijn overgegaan. Evenwel met deze wijziging, dat de stipulatieverbintenis bij gebreke van ruilequivalent in plaats van voor terugvordering of vernietiging vatbaar aanstonds nietig werd. Bovendien zoude Germaanschrechtelijke invloed de stipulatie van haar, trouwens reeds zeer verzwakte, formaliteiten hebben beroofd, zoodat de bovengenoemde moderne West-Europeesche rechtsregel uit een gewijzigd Romeinsch en een ongewijzigd Germaansch element zoude zijn samengesteld. Hij zoude ongeveer luiden: Elke belofte, op welke wijze ook gegeven, maakt den belover rechtens tot schuldenaar van de beloofde prestatie (Germaansch element), mits zij steune op een rechtsgrond of geoorloofde oorzaak, hierin bestaande, dat de schuld moet zijn aangegaan in ruil voor een ontvangen of beloofde contraprestatie van den schuldeischer (Romeinsch element).

Deze leer is niet tegen de erop geoefende kritiek bestand gebleken (Van Bemmelen, R.O. II p. XII, p. 359 v.; Hartogh, p. 277—278). Wij meenen evenwel te hebben opgemerkt — waarop ook Hartogh (p. 276) terloops wijst — dat C. L. de stelling, dat de obligatore rechtshandeling bindt, wijl zij economisch een ruilhandeling is, niet zoo absoluut onderschrijft als uit zijn formuleering wel schijnt. Op blz. 373 van zijn boek maakt hij de beperking, dat niet elke ruil, maar slechts de ruil die goederen of **geoorloofde** *diensten* betreft, een geoorloofde oorzaak heeft. Doch ook de goederenruil heeft z.i. niet steeds een rechtsgrond. Dat blijkt uit het door hem gegeven voorbeeld op blz. 354. Aldaar wordt betoogd, dat een bankier die zich heeft ver-

bonden gelden ter leen te zullen verstrekken, aan zijn verbintenis niet behoeft en zelfs niet behoort te voldoen, wanneer hij kan bewijzen, dat de geldopnemer met het geld een ongeoorloofd doel als verboden kaapvaart of ontvoering van minderjarigen nastreeft. Het contract van geldleening nu betreft een zuiveren goederenruil. De bankier verbindt zich tot het verstrekken van X geldeenheden thans en de geldopnemer tot het (terug)betalen van $\left(X + \frac{y.X}{100}\right) \times$ geldeenheden na het verstrijken van den bepaalden termijn. Toch derft dit contract in dit geval volgens C. L. een rechtsgrond of geoorloofde oorzaak. Vermoedelijk wilde C. L. niet de stelling poneeren, dat de ruilhandeling rechtens bindt, wijl zij economisch ruil is, maar de stelling, dat enkel de economische ruilhandeling die juridisch *geoorloofd* is, rechtens bindt. En de vraag, of een contract geoorloofd is, beoordeelt hij in dit voorbeeld naar het motief van een der contractanten, het motief van den geldopnemer. Motieven duiken eveneens op in de woorden op blz. 373 van zijn boek: „uitgesloten van rechtsgeldig-„heid zijn beloften die wegens onzedelijke of ongeoorloofde redenen „worden aangegaan." Wij achten het werk van C. L. zeer merkwaardig. Den aard van het juridische contract in een economische ruilhandeling ziende, komt de schrijver incidenteel terecht bij het individueele partijmotief, terwijl hij aanknooping zoekt bij de tot vormvrije handeling geworden stipulatie, al moge hij in strijd met nieuwere historische onderzoekingen die vormvrijheid der stipulatie hebben toegeschreven aan Germaanschrechtelijke in plaats van aan Canoniekrechtelijke invloeden.

D. Samenvatting.

Onze meening vatten wij als volgt samen.

De geschiedenis van de causaleer is merkwaardig voor de beteekenis, welke aan de werking van het onderbewuste of vaag bewuste bij de rechtsvorming, ook bij de bewuste codificatie, moet worden toegekend. De samenvloeiïng van twee stroomingen vormde den modernen rechtsregel, dat de rechtsgeldigheid van een debiteursbelofte en daaruit ontstaande verbintenis in beginsel afhangt van een geoorloofd, waar en redelijk motief. De eene strooming vond haar oorsprong in moraaltheologische en natuurrechtelijke redeneeringen, dat niemand iets belooft zonder een bepaald motief en dat dit motief ongeoorloofd, valsch of onredelijk (lichtzinnig) kan zijn. De andere, die de eerste gedurig kruiste, ontwikkelde zich uit de Romeinschrechtelijke stipulatie, waardoor de individueele

debiteursbelofte naar voren werd geschoven. Ten slotte vloeien beide stroomingen samen. Het punt van samenvloeiïng was een schijnbaar compromis tusschen Romanistisch en Canoniek recht. Het Canonieke recht deed een schijnbare concessie aan het Romanistische door niet de rechtsgeldigheid van elke vormvrije belofte doch slechts die van de gecauseerde vormvrije belofte te eischen. Inderdaad deed het geen concessie, want de causa welke het eischte, was niet een Romanistische causa, maar het door het Canonieke recht steeds in zijn beschouwingen betrokken debiteursmotief.

De aldus ontstane regel, dat elke vormvrije belofte bindt, mits zij in beginsel steune op een geoorloofd, waar en redelijk motief, was evenwel slechts beginselrecht. Door verschillende belemmeringen kon het nieuwe beginsel niet tot ontplooiïng komen en kon D a b i n (p. 53) schrijven: „ils ont défini la cause: le motif, le mobile de l'engagement. Cette idée „simple, mise à la base du système, explique tout son succès. Elle parut „si raisonnable qu'elle ne suscita guère de contradiction. On l'admit sans „défiance et sans examen plus approfondi."

Ons onderzoek heeft, naar wij meenen, drie hinderpalen aangewezen, welke de voortschrijding van dit eenvoudige beginsel hebben belet.

Ten eerste het heerschende doctrinaire begrip van wederkeerige overeenkomst als gemeenschappelijke handeling van de erbij betrokken personen, tengevolge waarvan gelijktijdig van elkaar afhankelijke verbintenissen ontstaan. Dit begrip verklaren wij als gevolg van een enkel juridische beschouwing der meest voorkomende transacties als die van koop edgl. Men had in deze transacties een steeds voorkomende kern van wilsovereenstemming ontdekt, doch de aard daarvan werd niet nader onderzocht.

Ten tweede concludeerde men uit den regel, dat de dwaling slechts in bepaalde gevallen relevant is, dat het valsche motief en derhalve het motief in het algemeen irrelevant is. Deze conclusie achten wij voorbarig. Uit de omstandigheid, dat een valsch motief slechts in sommige gevallen als dwaling relevant is, volgt niet, dat het valsche motief in beginsel irrelevant is en nog minder dat dit eveneens het geval is met het ongeoorloofde motief. De oorzaak heeft o.i. tweeërlei strekking. Eenerzijds bescherming van het algemeen belang tegen ongeoorloofdheid door bedreiging met nietigheid; anderzijds bescherming van het particuliere belang van den schuldenaar tegen dwaling of valsch motief door bedreiging met vernietigbaarheid. Wij veronderstellen, dat men, door niet scherp

tusschen nietigheid en vernietigbaarheid te onderscheiden, zijn oog vooral op het belang van den schuldenaar hield gevestigd en tengevolge van chicanes op grond van valsch motief benadeeling van crediteuren vreesde. Evenwel zoude deze zoo noodig kunnen zijn gekeerd door de werking van het beginsel der gevaarzetting (vgl. D. B. G. § 122) evenals onbillijke gevolgen van de wilsleer werden gecorrigeerd door de leer van de culpa in contrahendo.

Ten derde zien wij in een dogmatische toepassing van den regel actori incumbit probatio een obstakel voor een motievenleer. Men zou kunnen redeneeren, dat, indien een geoorloofde, ware en redelijke oorzaak geldigheidsvereischte voor een debiteursbelofte is, de crediteur het bestaan daarvan moet aantoonen, terwijl hij daartoe niet in staat zal zijn, aangezien het motief den debiteur eigen is. Geheel ten onrechte evenwel. Die procespartij die het best in de gelegenheid is voor een noodig gebleken bewijslevering, zal deze taak hebben te vervullen. Zoo zal van een debiteur die zich op valsche oorzaak beroept, mogen worden gevergd, dat de oorzaak of het motief zijner belofte inderdaad valsch was — afgezien van de vraag of het bovendien relevant valsch was. Wat betreft de ongeoorloofdheid dient men naar onze meening uiteen te houden de taak van partijen tot bewijslevering en de taak van den rechter om als censor ten bate van het algemeen belang op te treden. De bewijslevering van ongeoorloofdheid raakt het staatsbelang en behoort niet bij uitsluiting aan één der partijen te worden opgedragen.

IV. Ongeoorloofde oorzaak.

A. Wederkeerige overeenkomsten.

In het voorgaande betoogden wij, dat de wet aandacht schenkt aan het motief van een contractant. Thans rijst de vraag naar de consequenties van den oorzaak-eisch in het verbintenissenrecht. „La théorie des motifs „est encore à construire," schrijft D a b i n (La Belgique Judiciaire 87, 1929, p. 345). Voor de zgn. wederkeerige overeenkomsten willen wij trachten deze vraag in het kort te beantwoorden. Beperking tot deze contracten achten wij verantwoord, wijl wij in het algemeen tot vrijwel dezelfde resultaten zullen komen als de huidige wetenschap. De leer der oorzaak is naar onze meening voornamelijk een constructieleer. Zij leidt tot dezelfde resultaten als in den loop der tijden door de civiele rechtswetenschap zijn verkregen. Slechts doet zij dit op andere wijze. De moderne wetenschap stelt zich bij de behandeling van het verbintenissenrecht voornamelijk op het standpunt van den crediteur. De leer der oorzaak plaatst zich op het standpunt van den debiteur, uitgaande van de nuchtere veronderstelling, dat niemand iets belooft zonder de reden van zijn belofte te kennen.

De wederkeerig verbindende overeenkomsten kunnen in twee groepen worden verdeeld nl. die der ruilcontracten en die der samenwerkingscontracten. Bij de ruilcontracten staan partijen tegenover elkaar. Het overeenkomstige in haar gedragingen is meer de objectieve resultante van haar belangenstrijd dan de uitvoering van een in gemeenschappelijk overleg beraamd plan elkanders belangen te behartigen. Daarbij moet worden opgemerkt, dat zuivere ruiltransacties vrijwel zijn verdwenen. Het standaard-type van het synallagmatische contract is dat van koop en verkoop, waarbij één der verbintenissen op geld luidt en waardoor de economische ruiltransactie in twee zelfstandige contracten is opgelost. Naast de overeenkomsten tot ruiling stellen wij de overeenkomsten tot samenwerking. Bij de laatste staan partijen meer naast dan tegenover elkaar en de meeste schrijvers achten het leerstuk betreffende deze overeenkomsten niet een onderdeel van de leer der obligatore overenkomst, doch van die der rechtspersoonlijkheid. Enkele schrijvers houden er even-

wel aan vast, dat de overeenkomsten tot samenwerking evenals die tot ruiling binnen het kader der obligatore overeenkomst passen. Zij kunnen zich daartoe beroepen op de omstandigheid, dat onze codificatie oorspronkelijk niet van rechtspersoonlijkheid gewag maakte, terwijl het Wetboek van Koophandel nog heden ten dage, hoewel het de naamlooze vennootschap rechtspersoon noemt (art. 37 K), voet geeft aan de opvatting, dat de oprichting van zoodanige naamlooze vennootschap een obligatoor contract is (art. 36 K). Ook naar onze meening kunnen de vermogensrechtelijke contracten tot samenwerking worden beschouwd als obligatore overeenkomsten. Zoo kan de oprichting eener naamlooze vennootschap o.i. worden opgevat als een complex van overeenkomsten in den zin van art. 1349 B.W. Ieder der debiteuren of aandeelhouders verbindt zich in hoofdzaak tot het inbrengen van een bepaalde geldsom, teneinde bepaald aangewezen personen of bestuurders daarmede in staat te stellen handel te drijven en de winst of het verlies pondspondsgewijs of volgens eenige andere regeling ten voor- of ten nadeele van ieder der debiteuren te doen komen. Twee bijzonderheden bij dergelijke overeenkomsten tot samenwerking verdienen evenwel de aandacht.

Ten eerste bewerkt de voorgeschreven publicatie van de oprichting eener naamlooze vennootschap, dat de aansprakelijkheid van den debiteur-aandeelhouder voor de handelingen van bestuurders wordt beperkt tot het bedrag, waarmede hij bij de overeenkomst van oprichting heeft deelgenomen, zoodat art. 1177 B.W. is uitgeschakeld. Dit achten wij de kern van de zgn. rechtspersoonlijkheid.

Ten tweede doet zich de omstandigheid gelden, dat partijen meer naast dan tegenover elkaar staan. De individueele debiteur met zijn individueele oogmerken wijkt bij de overeenkomsten tot samenwerking terug voor het gemeenschappelijke plan. Vandaar, dat aan den individueelen debiteur niet zooveel aandacht is te schenken bij contracten tot samenwerking als bij contracten tot ruiling, hetgeen zich in tweeërlei opzicht openbaart.

Vooreerst tast een wilsgebrek van één der debiteuren bij een overeenkomst tot oprichting eener naamlooze vennootschap deze overeenkomst niet aan (art. 36a K.). De met wilsgebreken behepte verbintenis staat naast de gave verbintenissen en kan daarmede niet dermate verknocht worden geacht, dat zij vernietiging van deze gave verbintenissen teweeg zoude brengen. Bij de ruilcontracten is dit anders. Daar staat de met wilsgebreken behepte verbintenis tegenover de gave verbintenis en is er

dermate mede verknocht, dat zij in haar val ook deze medesleept (art. 1302 B.W.).

Vervolgens treedt het individueele motief van den individueelen debiteur op den achtergrond. Hoewel de wet bij de algemeene regeling van de ongeoorloofde oorzaak in het contractenrecht geenerlei beperking stelt, doet zij dit wel bij de regeling van de bijzondere contracten en wel bij die tot samenwerking. Art. 1656 B.W. beperkt de geoorloofdheid tot den inhoud (het onderwerp) van het maatschapscontract en in verband daarmede kan in art. 1655 B.W. worden gelezen: „met het *van weerszijden* bestaande oogmerk". Evenzoo beperkt art. 1690 B.W. de geoorloofdheid tot het bepaalde door alle leden van het zedelijke lichaam nagestreefde doel.

Verder laten wij de samenwerkingscontracten buiten beschouwing en bepalen ons tot de ruilcontracten.

B. Ongeoorloofde oorzaak of misbruik van de bevoegdheid tot contracteeren.

Krachtens art. 1356 sub 4° i. v. m. art. 1349 B.W. moet een belofte tot prestatie steunen op een geoorloofde oorzaak of geoorloofd motief om rechtens verbindbaar te zijn. Bij een zgn. wederkeerig of synallagmatisch contract, waarbij de wederzijdsche beloften voorwaardelijk aan elkander zijn verbonden, zijn twee oorzaken te onderscheiden. Zoo moet bij het contract van koop en verkoop de oorzaak van den kooper en die van den verkooper geoorloofd zijn. Onder oorzaak of motief verstaan wij de voorstelling die den contractant bezielt op het oogenblik, dat hij — normaliter — overeenkomstig zijn wil tot prestatie wordt verbonden of zoude worden verbonden zoo die voorstelling niet ongeoorloofd ware. Recht en moraliteit — waaronder wij op het voetspoor van H a r t o g h (p. 265 noot 2) de algemeene moraal verstaan — kleuren een bepaalde voorstelling geoorloofd of ongeoorloofd. Ongeoorloofd wordt de voorstelling gekleurd, wanneer de contractant zich voorstelt via het contract een rechtens of moreel afkeurenswaardige begeertebevrediging tot stand te brengen of wanneer hij zich voorstelt een op zichzelve geoorloofde begeertebevrediging te bewerken evenwel met behulp van een verwerpelijk middel. *Voorbeelden.* I A koopt van B een revolver, teneinde daarmede C te dooden. II A leent aan B geld tegen zeer lage rente, teneinde B te kunnen forceeren tot het verleenen van zijn medewerking bij het tot stand brengen van een huwelijk tusschen C en D.

De artikelen 1371 en 1373 B.W. zijn in beginsel van fundamenteele beteekenis. Volkomen stemmen wij in met hetgeen Capitant (p. 234) schrijft over de ermee correspondeerende artt. 1131 en 1133 van den Code: „Ce sont deux articles fondamentaux, véritables gardiens de l'in-„térêt général et de la moralité publique. Et qu'on le remarque bien, on ne „trouve dans le reste du Code civil aucun article qui édicte une prohibition „aussi large." Zij vormen het snijpunt van individueel economisch en wettelijk toelaatbaar handelen en door hun rechtskracht is de economisch souvereine partijwil juridisch slechts autonoom. Zeer terecht brengt Josserand (Avis) deze artikelen in verband met de leer van het rechtsmisbruik. De leer van het rechtsmisbruik moet naar wij meenen worden geacht haar wettelijk steunpunt vooral in de artt. 1371 en 1373 B.W. te hebben.

C. Ongeoorloofdheid in concreto te beoordeelen naar het oogenblik van het sluiten der overeenkomst. Vermoeden van geoorloofdheid.

Of een contractant door een ongeoorloofd motief bezield ertoe is gekomen te contracteeren, is een feitelijke vraag, welke slechts in concreto door den rechter kan worden beantwoord. Bij zijn onderzoek naar de ongeoorloofdheid is de rechter, behoudens het zoo dadelijk te noemen beginsel van de goede trouw, vrij zelfstandig te werk te gaan en is er geen plaats voor het dogma van de lijdelijkheid des rechters. Het betreft hier de handhaving van het algemeen belang, waarbij de rechter de functie van censor vervult. Meent men met Star Busmann (no. 212), dat men voorzichtig moet zijn met de bewering, dat in het burgerlijke proces met de zgn. formeele waarheid genoegen kan worden genomen, dan is dit vooral van toepassing op de waarheid aangaande de ongeoorloofdheid der oorzaak. In dien zin schijnen dan ook de Fransche parlementen hun taak t.a.v. de schuldbekentenis te hebben opgevat. Naar Capitant (p. 376 noot 3 en p. 382) op gezag van Ferrière mededeelt, wezen zij den eisch gegrond op een zgn. ongecauseerde schuldbekentenis af, wanneer uit de omstandigheden ten processe ernstige twijfel rees over de geoorloofdheid der schuld.

Aan het verstandig beleid van den rechter moet de uitoefening van deze censuur worden overgelaten. Evenwel legt de wet hem daarbij een groote beperking op door het opstellen van het vermoeden van de goede trouw — artt. 589 en 2002. Normaal is, dat de motieven der contractanten

geoorloofd zijn en de wet sluit daarbij aan door steeds goede trouw te veronderstellen. Bovendien neemt zij voorzorgsmaatregelen, wanneer de verwezenlijking van een ongeoorloofd plan in den loop der dingen zou kunnen voorkomen. Zoo is het koopen van vuurwapenen gebonden aan politioneele vergunning, dat van vergiften aan medisch recept. Met wettelijke veronderstelling van goede trouw zal de rechter ter dege rekening hebben te houden, zoodat in de praktijk zijn censuur beperkt zal zijn en hij eerst bij ondubbelzinnig gebleken sporen van ongeoorloofdheid de vraag naar de geoorloofde oorzaak zal mogen opwerpen.

Het kan voorkomen, dat een contractant oorspronkelijk met een geoorloofd motief heeft gecontracteerd, doch naderhand een ongeoorloofd doel gaat nastreven met behulp van de prestatie, waarop hij recht heeft verkregen. Zoo kunnen eenige leden van het inbrekersgilde een automobiel hebben gehuurd voor een pleiziertocht, doch onderweg op het luimineuze idee komen, dat de tijd gunstig is voor een reeds vroeger beraamde inbraak en dat daarbij de wagen goede diensten kan bewijzen. In dat geval gaat de verbintenis tot betaling van den huurprijs op een ongeoorloofde oorzaak steunen. De wet schijnt niet aan mogelijke verandering van motief te denken; zij bedreigt slechts beloften uit een ongeoorloofd motief met nietigheid. Een soortgelijke vraag doet zich voor t.a.v. art. 632 al. 2 Code du commerce, ons art. 3 W.v.K. Volgens de gezaghebbende Fransche schrijvers Thaller en Percerou moet de kooper van stonde af aan het voornemen hebben gehad het gekochte weder te verkoopen, wil zijn koop als handelskoop gelden (zie Josserand, p. 393—394). Wordt het vereischte van geoorloofde oorzaak door de wet beperkt tot het moment van het afleggen der belofte, dit is in de praktijk geen bezwaar. Ten eerste is de vraag naar de geoorloofde oorzaak een feitelijke vraag en deze zal in gevallen van verandering van oorzaak wel meest in dien zin worden beantwoord, dat het ongeoorloofde motief van stonde af aan heeft bestaan. Zoo zal in het geval van de autohuur door de inbrekers in de praktijk wel niet tot verandering van motief worden besloten, maar zal worden beslist, dat de inbrekers het maken van een pleiziertocht slechts als voorwendsel hebben gebezigd om hun ware motieven te verbergen. Vervolgens zal, zoo al verandering van motief gedurende de uitvoering van het contract mocht komen vast te staan, er alle reden zijn art. 1371 B.W. analogisch toe te passen. Zoo zal de chauffeur-verhuurder verdere diensten mogen weigeren, want het misbruik maken van zijn verplichte diensten kan niet worden toegestaan.

D. Vermelding van motief niet vereischt.

Evenals het normaal is, dat het motief van een contractant geoorloofd is, even zoo zeer is het normaal, dat hij zijn motief niet vermeldt. Een kooper pleegt niet rond te bazuinen, op grond van welk motief hij een voorwerp koopt. Ook daarmede houdt de wet rekening. Duidelijk zijn in dit opzicht art. 1132 van den Code: „La convention n'est pas moins „valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée" en het bovengenoemde artikel 1524 van het wetboek van Columbia: „Il ne peut y avoir obligation „[ou contrat kan worden toegevoegd in verband met het erop volgende „lid] sans une cause réelle et licite; pourtant il n'est pas nécessaire de „l'exprimer." Vermelding van motief is ook niet noodig. Een wet die zou eischen, dat een contractant het motief zijner belofte vermeldt, zoude een volmaakt overbodigen eisch stellen, aangezien een kwaadwillige contractant wel zou zorgen een volkomen geoorloofd motief te vermelden. Niet de al of niet vermelding van een geoorloofde of ongeoorloofde oorzaak maakt een belofte geldig of ongeldig, doch het inderdaad bestaan van zoodanige oorzaak doet zulks. Het vermelden van een bepaald motief — bijv. wanneer de patroon den arbeider heeft gezegd zijn arbeidskracht voor kantoorwerkzaamheden noodig te hebben, maar ze benut tot het per vrachtautomobiel doen rondbezorgen van goederen — moge voor partijen van interne beteekenis kunnen zijn, doordat het op een bepaalde voorwaarde kan wijzen; voor de openbare orde is zoodanige vermelding van geenerlei beteekenis. In dit licht gezien heeft ook de redactie van art. 1372 B.W., dat afwijkt van art. 1132 C.c., redelijken zin. In plaats van uit de redactieveranderingen van art. 1372 B.W. te besluiten tot den vrij nutteloozen eisch, dat de crediteur eener zgn. ongecauseerde schuldbekentenis de causa moet bewijzen, ligt het veeleer voor de hand aan te nemen, dat ons art. 1372 wil doen uitkomen, dat de vermelding van causa of motief irrelevant moet worden geacht. De eenvoudige lezing van art. 1132 C.c. is: Een belofte of contract is niet hierdoor ongeldig, doordat, hetgeen meestal gebeurt, nagelaten is het geoorloofde motief ervan te vermelden. Ten onzent schijnt men beducht te zijn geweest, dat men, misleid door het woord quoique of niettemin, art. 1132 C.c. wellicht zou lezen: Een contract is altijd geldig, zelfs al steunt het op een ongeoorloofde oorzaak, mits slechts gezorgd wordt die ongeoorloofde oorzaak te verzwijgen. Aldus kan de eenigszins wijdloopige redactie van art. 1372 B.W. redelijk worden verklaard. Zij heeft ten doel te doen uitkomen,

dat het op de werkelijk bestaande oorzaak aankomt. Het werkelijk aanwezige motief eener belofte moet geoorloofd zijn, onverschillig of het vermeld is dan wel dat het niet vermeld is en onverschillig of de niet vermelding hierin bestaat dat hetzij er in het geheel van geen motief sprake is hetzij dat er een ander motief, hetwelk altijd wel geoorloofd zal zijn, is genoemd.

E. Nietigheid wegens ongeoorloofde oorzaak gaat niet verder dan de ratio ervan eischt.

Uit de strekking van den eisch eener geoorloofde oorzaak, welke is bescherming van het algemeen belang zooals dit door wet en goede zeden wordt gezien, laat zich afleiden, dat de nietigheid niet verder gaat dan die bescherming eischt. Een ongeoorloofd motief — d.w.z. een reeks van overwegingen — nu zal zich somtijds manifesteeren in den inhoud der belofte of der daaraan gehechte voorwaarden. Blijkt daaruit, dat het geheele plan van den contractant door en door ongeoorloofd was, dan zal geenerlei rechtskracht aan den inhoud zijner belofte kunnen worden toegekend. Komt echter met door den rechter te beoordeelen waarschijnlijkheid vast te staan, dat de contractant ook zonder het ongeoorloofde gedeelte zijner belofte en daaraan gehechte voorwaarden zoude hebben gecontracteerd, dan kan worden volstaan met aan de belofte en de voorwaarden, voorzoover zij ongeoorloofden inhoud hebben, rechtskracht te ontzeggen, doch ze overigens verbindend te verklaren. Zoo zal aan het algemeen belang zijn voldaan, wanneer een bedongen prijs wordt gereduceerd tot den wettelijken maximumprijs (vgl. S u y l i n g II, nos. 58 en 59). Wat betreft de gestelde voorwaarden bedreigt de wet in art. 1290 B.W. — art. 1172 C.c. — weliswaar de geheele verbintenis en belofte met nietigheid bij ongeoorloofdheid der voorwaarde, doch uit het woord „afhangen" kan worden afgeleid, dat zij daar slechts denkt aan determineerende hoofdvoorwaarden en niet aan bijkomstige voorwaarden. De door de Fransche jurisprudentie getrokken parallelie bij de uitlegging van art. 900 C.c. — art. 935 B.W. —, dat ook bij uiterste wilsbeschikkingen een ongeoorloofde voorwaarde nietigheid bewerkt, wanneer zij als determineerende hoofdvoorwaarde, als cause impulsive et déterminante, is te beschouwen, verdient toejuiching.

F. Kennis van de ongeoorloofde oorzaak door de wederpartij niet vereischt. Constructievragen. Discretionaire rechterlijke bevoegdheid.

De oorzaak-artikelen hebben ten doel te waken tegen misbruik van de bevoegdheid tot contracteeren waardoor de door het civiele recht geboden overheidshulp in den vorm van sanctie zou worden benut tot volvoering van door de rechtsorde gewraakte plannen. Nu zal het vooral de tegenprestatie zijn, waarop het civiele recht den ongeoorloofd contracteerenden debiteur aanspraak wil onthouden. Door haar aandacht te concentreeren op den debiteur, zijn belofte en zijn verbintenis plaatst de wet den uitlegger echter voor constructievragen.

Gesteld, dat A van B een nog niet geleverde revolver heeft gekocht met het oogmerk C te dooden. A's verbintenis is theoretisch nietig en zal het praktisch zijn, zoodra zijn plan is uitgelekt. Is dit laatste het geval, dan is het eerste resultaat van de wettelijke constructie, dat de wederpartij van haar recht wordt beroofd, want verbintenis A = vorderingsrecht B. A behoeft niet te betalen en mag zelfs de eventueel reeds betaalde koopsom terugvorderen krachtens art. 1395 B.W. Het tweede gevolg is, dat ook de wederpartij niet is verbonden. Immers de verbintenis van B = het vorderingsrecht van A is voorwaardelijk geknoopt aan de verbintenis van A. Doordat de door B gestelde voorwaarde, dat A zijnerzijds zich rechtsgeldig zou verbinden, niet is vervuld, is ook B niet verbonden. Door deze twee consequenties wordt gedeeltelijk bereikt, wat de wet wil: A krijgt niet de gewenschte aanspraak op de revolver.

Gedeeltelijk; want het belang van de wederpartij is tot dusverre veronachtzaamd. Enkel het algemeen belang heeft in het centrum van de aandacht gestaan. Thans vraagt het belang van de wederpartij de aandacht. De wet eischt nergens, dat de wederpartij kennis drage van de ongeoorloofde oorzaak bij den debiteur, hoewel het kan voorkomen, dat de wederpartij van de ongeoorloofdheid geen kennis heeft gedragen. Zoo kan B volkomen te goeder trouw zijn geweest en den kooper A van de revolver, zooals hij behoort te doen, eveneens als te goeder trouw hebben beschouwd. Door de nietigheid der verbintenissen zoude B gedupeerd kunnen worden. Tegen dupeering vrijwaart hem evenwel art. 1401 B.W. De ongeoorloofd contracteerende debiteur A heeft B erin laten loopen. Hij heeft den schijn gewekt, dat hij zich rechtsgeldig verbond en daardoor aan B een uit het contract verwacht voordeel onthouden. Deze handeling van A voldoet aan de omschrijving van de onrechtmatige daad in art.

1401 B.W., zoowel bij de enge als bij de door den Hoogen Raad sinds 1919 gegeven ruime uitlegging van dit artikel. B zal derhalve de geleden schade — damnum emergens + lucrum cessans — op A mogen verhalen en ten processe zal de rechter zoo noodig op grond van art. 48 B.Rv. aan A schadevergoeding ex art. 1401 B.W. hebben toe te kennen. Daardoor wordt art. 1401 niet toegepast op contractueele verhoudingen (vgl. H. R. 11 Juni 1926 W. 11521, 1; N. J. 1926, 1049). Dit zoude het geval zijn, wanneer men X die een paard heeft verkocht aan IJ, maar wanprestatie pleegt doordat hij vóór de levering aan IJ het paard heeft verkocht en geleverd aan Z, aansprakelijk zou stellen krachtens art. 1401 B.W. De handeling van A is ongetwijfeld onrechtmatig, maar de onrechtmatigheid bestaat niet in aantasting van een CREDITEURSrecht. Voor DEZE onrechtmatigheid geeft de wet de bijzondere regeling van wanprestatie in de artt. 1279 v. B.W., welke aan de algemeene regeling van art. 1401 derogeert. In het geval van ongeoorloofde oorzaak is echter geen crediteursrecht geschonden en geen wanprestatie gepleegd. Er is slechts IN SCHIJN een contract tot stand gekomen en het wekken van dien schijn komt ten laste van de partij die er schuld aan heeft ex art. 1401 B.W.

Van de partij die er schuld aan heeft. Het is nl. ook denkbaar, dat de wederpartij evenzeer schuldig is. Zoo kan A zijn plan om C uit wraakzucht of jalouzie te dooden aan B hebben medegedeeld en B daarvan partij hebben getrokken om aan A een revolver te verkoopen. In een dergelijk geval is B mede in het complot en komt schadevergoeding natuurlijk niet te pas. Civielrechtelijk ontvangen beide partijen haar prestaties als onverschuldigd terug en dragen ieder de aan haar schuld te wijten schade. Een andere oplossing wordt wel voorgesteld met een beroep op het adagium in pari turpitudinis causa cessat repetitio. Dit adagium komt echter niet in de wet voor en de verdediging ervan door Capitant (p. 248—249) met een beroep op de historie achten wij zeer zwak. De wet kent terugvordering wegens onverschuldigde betaling duidelijk toe en het beginsel van de artt. 932 en 1378 B.W. behoort naar wij meenen ook voor de uitlegging van de wet zelve te gelden. Slechts wanneer toepassing van art. 1395 B.W. tot een onredelijk resultaat zoude leiden, zoude wegens onduidelijkheid een beroep op de historie toelaatbaar zijn. Toepassing van het adagium zoude trouwens civielrechtelijk neerkomen op feitelijke sanctioneering van nietige ongeoorloofde verbintenissen — zie de beslissingen door Capitant vermeld op p. 251—252 en noot 1 op p. 254—255. Adagia als si et dantis et accipientis turpis causa sit possesso-

rem potiorem esse — welke geen genade konden vinden in de oogen van D o m a t — kunnen in het moderne recht alleen dan worden toegelaten, wanneer ze worden losgemaakt van het Romeinsche recht en opgevat als te zijn gegrond op de onderscheiding tusschen goede en kwade trouw. Hun beteekenis is dan, dat hij die te goeder trouw presteert — quoties solius accipientis turpis causa versatur — veilig is, maar dat hij die te kwader trouw presteert — ubi et dantis et accipientis turpis causa sit — de nadeelen daarvan aan zichzelf heeft te wijten en moet dragen — vgl. H a r t o g h, p. 266—267.

Door de schuldvraag in concreto te beantwoorden kan de rechter tot hem bevredigende beslissingen komen. Tusschen de twee genoemde uitersten — nl. dat de wederpartij volkomen te goeder trouw en dat zij volkomen te kwader trouw is — liggen overgangsstadia. Zoo kan B van het plan van A op de hoogte zijn geweest, doch, zich niet des koopers hoeder achtende, zich daarom niet hebben bekommerd. Dan komt het den rechter wellicht billijk voor aan B eenige schuld toe te rekenen en de vergoeding van schade en verhouding tot den schuldgraad te bepalen. Aldus kan men tot den door S u y l i n g (II, no. 60) besproken compensatieregel komen. Zoo weigert de Fransche rechter den tegen de vroegere maîtresse ingestelden eisch tot restitutie ten volle toe te wijzen. Men kan hier van meening zijn, dat de ontrouwe minnaar meer schuld heeft dan de maîtresse, dat zij een deel van haar leven heeft opgeofferd. Dat aan den rechter aldus groote discretionaire bevoegdheid wordt toegekend, willen wij geenszins ontkennen. Doch met deze discretionaire rechterlijke bevoegdheid is men van lieverlede vertrouwd geraakt. Meer en meer heeft de overtuiging veld gewonnen, dat veel aan den rechter moet en kan worden overgelaten, zonder dat daarvoor gevaar wordt geschapen van het overheerschen van sectarische opvattingen.

G. Causalisme en anticausalisme.

De zgn. klassieke causaleer beperkt de causa van een verbintenis uit een wederkeerig of synallagmatisch contract tot de tegenverbintenis. Daartegen richt zich het zgn. anticausalisme betoogende, dat de causaleer met betrekking tot de nietigheid wegens ongeoorloofdheid te kort schiet, wijl een verbintenis uit een kennelijk ongeoorloofde overeenkomst soms geen ongeoorloofde causa heeft. Zoo zijn beide verbintenissen uit een overeenkomst tusschen een verkiezingscandidaat en een caféhouder

tot verstrekking van consumptie aan de kiezers op zichzelf geoorloofd en geen der verbintenissen is derhalve nietig wegens ongeoorloofde oorzaak of tegenverbintenis, hoewel de overeenkomst, als hebbende omkooping van kiezers ten doel, ongeoorloofd moet worden geacht. Naar de meening van de zgn. anticausalisten zoude dan ook de leer van de ongeoorloofde oorzaak dienen te worden vervangen door die van de ongeoorloofde overeenkomst. Niet enkel in een bepaald element, causa genaamd, zoude de ongeoorloofdheid moeten worden gezocht, doch in de overeenkomst in haar geheel.

Inderdaad schiet de zgn. klassieke causaleer te kort. De wederkeerige overeenkomst als een organisch geheel ziende, acht zij daarin steeds een causa aanwezig (vgl. Moltzer p. 186—187, Capitant p. 31). Daaruit trekt het anticausalisme de conclusie, dat de causa tot den inhoud van de overeenkomst behoort en dat de eisch der geoorloofde oorzaak behoort te worden vervangen door dien van den geoorloofden inhoud. Van Goudoever (Asser-Van Goudoever, p. 321—322) geeft er daarom de voorkeur aan te spreken van geoorloofd onderwerp in plaats van geoorloofde oorzaak.

Vereenzelviging van onderwerp en oorzaak is evenwel in strijd met de wet die beide duidelijk onderscheidt en Van Goudoever geeft dan ook toe, dat zijn opvatting jus constituendum is door op wijziging van de oorzaak-artikelen aan te dringen en ze te vervangen door bepalingen in den geest van §§ 134 en 138 D.B.G. Dabin (no. 93), die dezelfde opvatting als Van Goudoever huldigt, tracht dit jus constituendum tot positief recht te verklaren met een beroep op art. 6 C.c. (art. 14 A.B.). Daartoe moet hij echter den tekst van dit artikel geweld aandoen. Art. 6 C.c. zoude op grond van de Travaux préparatoires en in verband met de artt. 900 en 1133 C.c., welke de immoreele voorwaarde en de zgn. klassieke oorzaak gelijk stellen met de verboden voorwaarde, moeten worden gelezen: „On ne peut déroger par des conventions parti-„culières aux lois qui intéressent l'ordre public et aux bonnes moeurs." De artikelen 1131—1133 C.c. zouden slechts toepassingen van dit art. 6 C.c. zijn en daarnaast zelfstandige beteekenis missen. Dat de Fransche jurisprudentie dit niet ruiterlijk zoude willen erkennen en de oorzaakterminologie handhaaft, zoude moeten worden toegeschreven aan haar wensch om haar beslissingen op een artikel van den Code te grondvesten, benevens aan vrees voor de doctrine welke scherpe scheiding tusschen causa en motief verlangt. Dabin beroept zich dus op de historie en op

— het door hem naast art. 6 overbodig geoordeelde — art. 1131 om zijn uitlegging van art. 6 C.c. te motiveeren. Daartegen zij opgemerkt, dat art. 6 C.c. (art. 14 A.B.) duidelijk is en dat van de duidelijke redactie overeenkomstig het beginsel van de artikelen 932 en 1378 B.W. niet mag worden afgeweken. Het artikel bepaalt, dat van dwingend recht niet mag worden afgeweken. Hetgeen dwingend recht is, moet voor de toepassing van dit artikel worden nagegaan. Bij dit onderzoek nu stuit men op de artikelen 1131—1133 C.c. (art. 1371—1373 B.W.) inzooverre deze handelen over de geoorloofde oorzaak. Deze artikelen zijn naast art. 6 C.c. (art. 14 A.B.) niet overbodig, terwijl art. 6 C.c. niet overbodig is naast artt. 1131—1133 C.c. Zonder art. 6 C.c. zoude de vraag kunnen worden opgeworpen — vgl. Suyling II, p. 116 — of partijen den regel der geoorloofde oorzaak ter zijde kunnen schuiven. Voor ontkennende beantwoording zoude dan een dubbel beroep op deze artikelen noodig zijn. Eerst zoude moeten worden beslist, dat een verbintenis uit ongeoorloofde oorzaak nietig is en vervolgens, dat een verbintenis om te voldoen aan zoodanige nietige verbintenis evenzeer als verbintenis met ongeoorloofde oorzaak nietig is. Door art. 6 C.c. (art. 14 A.B.) wordt deze dubbele constructie overbodig. Men zoude nog kunnen beweren, dat art. 6 en artt. 1131—1133 C.c. eigenlijk beide overbodig zijn, wijl zij voor zichzelf spreken; doch dit zoude van tal van civielrechtelijke bepalingen kunnen worden getuigd. Over het algemeen zullen in het civiele recht geen excentrieke bepalingen worden aangetroffen, want de wet begeert den mensch binnen de grenzen der redelijkheid te dienen (vgl. Suyling I, p. 35). De vraag is, met welke bepalingen en op welke constructieve wijze de wet een redelijke oplossing tracht te verkrijgen. Terecht zoekt o.i. dan ook de Fransche jurisprudentie, fijngevoelig zoowel voor de realiteit des levens als voor die der wet, een wettekst om haar beslissingen inzake de ongeoorloofdheid te fundeeren. En terecht acht zij o.i. daarvoor de artt. 1131—1133 C.c. aangewezen en niet art. 6 C.c., vermoedelijk gevoelende, dat bij verplaatsing van het zwaartepunt van de artt. 1131—1133 C.c. naar art. 6 C.c. het in wezen individualistische stelsel van den Code zoude worden ontwricht. Ook van zgn. anticausalistische zijde wordt trouwens art. 6 C.c. (art. 14 A.B.) als basis van de leer der ongeoorloofdheid verworpen. Hartogh, die inzake het causavraagstuk op vrijwel hetzelfde standpunt staat als Dabin, schrijft daaromtrent (p. 266): „Toch wordt art. „1373 B.W. (art. 1133 C.c.) overbodig geoordeeld naast art. 14 A.B.

„(art. 6 C.c.) en wel, zonder opgave van redenen, door Laurent, „Opzoomer en Mr. Naber. Planiol schaart zich bij dezen, „omdat hij in art. 6 C.c. zonder blikken of blozen leest: Un acte juridique „est nul, s'il est contraire soit aux lois qui intéressent l'ordre public, *soit* „aux bonnes moeurs."

Hoewel wij de leer van de ongeoorloofde overeenkomst niet in overeenstemming achten met de Fransche en de Nederlandsche wet, zien wij daarin een noodzakelijke verruiming van de zgn. klassieke causalistische doctrine. Bij de keuring van de overeenkomst in haar geheel op geoorloofdheid, worden de partijmotieven in het gezichtsveld betrokken. Hartogh (p. 262—263) schrijft in dit verband: „Als men onder prestatie „niet alleen begrijpt de mechanische handeling, die voorwerp is der ver„bintenis, maar ook den zin en de strekking dier handeling, dan is moei„lijk te onderscheiden tusschen den inhoud der overeenkomst en de „oogmerken van partijen. De strekking der overeenkomst is het doel der „partijen, hetwelk te bereiken haar oogmerk is." Aldus nadert men een motievenleer, waarop Capitant (no. 110) bij de bespreking van de Fransche rechterlijke beslissingen inzake tolerantiehuizen de aandacht vestigt. Deze beslissingen keurt hij goed, zoodat er in de praktijk geen antithese tusschen causalisme en anticausalisme bestaat.

Tweeërlei nuance meenen we bij deze heerschende leer te onderscheiden. Eenerzijds de opvatting, dat slechts die ongeoorloofde partijmotieven in aanmerking behooren te komen welke uit den contractsinhoud zelf blijken. Aldus Suyling (II p. 78): „Motieven die niet uit de regeling „van de verplichtingen blijken, zijn irrelevant." Anderzijds de opvatting, dat een ongeoorloofd gemeenschappelijk partijmotief steeds in aanmerking komt, ook al blijkt daarvan niet uit den contractsinhoud. Zoo Moltzer (prae-advies p. 216—218): „Het ongeoorloofde van eenige „overweging, die partijEN tot het aangaan eener overeenkomst deed „OVEREENSTEMMEN, geeft noodwendig aan dit rechtsfeit een onge„oorloofd karakter, ook al zijn de zin en strekking dier overeenkomst, „ZELFS NAAR DER PARTIJEN BEDOELING, geheel LOS en ON„afhankelijk van zoodanige overweging. Aan haar ontstaan kleeft dan „een smet, die, al moge de overeenkomst OP ZICH ZELVE ook niets „afkeurenswaardigs bevatten, haar toch steeds een rechtsfeit doet zijn, „waarvan het kan worden aangetoond dat het, DOOR BEIDE PARTIJEN „als middel, immers MET BEWUSTHEID, is aangewend tot bereiking „van eenig ongeoorloofd oogmerk." Ook bij deze laatste opvatting kun-

nen nu nog weer twee nuances worden onderscheiden. Daaromtrent schrijft Dabin (p. 326): „Nous touchons à la vraie difficulté. Que „faut-il entendre par but COMMUN? En principe, il ne suffit pas que le „co-contractant ait CONNU le but illicite visé par l'autre; il faut encore „qu'il ait voulu S'ASSOCIER à ce but et, par son intervention, en favoriser „la réalisation." In de Engelsche praktijk daarentegen schijnt men het voldoende te achten, dat de mede-contractant het ongeoorloofde motief heeft gekend. In de befaamde bontmantelprocedure legden de Engelsche rechters er den nadruk op, dat de leverancier van den bontmantel wist met welk doel de officier den mantel kocht*). Verder werd daarin betoogd, dat de wetenschap van de wederpartij een feitelijke vraag is en dat in dit concrete geval die wetenschap moest worden aangenomen, terwijl dit in andere dergelijke gevallen niet noodwendig eveneens het geval zoude zijn **).

Nu gaan wij nog een stap verder dan de Engelsche praktijk schijnt te gaan. Wij zien, zooals wij betoogden, dat de Fransche en de Nederlandsche wet zich op individueel debiteursstandpunt plaatsen, zoodat ook het door den mede-contractant ongekende ongeoorloofde motief nietigheid te weeg brengt. Eventueele wetenschap van den crediteur omtrent het ongeoorloofde motief van den debiteur heeft o.i. invloed op de door den debiteur te vergoeden schade, waardoor de rechter een middenweg kan bewandelen en niet behoeft te kiezen tusschen totale ontzegging van eenig recht of volkomen toekenning van de bedongen prestatie. Bij de valsche oorzaak, waar niet het algemeen belang doch het particuliere belang van den debiteur de causavraag beheerscht is dit anders. Daar heeft de rechter steeds het uiterste te kiezen en wel dat uiterste waardoor de rechtszekerheid wordt gediend (vgl. Moltzer, p. 162). Tenslotte wenschen wij nog op te merken, dat o.i. teveel aandacht wordt geschon-

---

*) Lord Justice Bankes: The defendence was that the goods were supplied to the knowledge of the Plaintiffs, to take the language of pleading, in order to induce the lady to have or to continue to have immoral intercourse with the deceased gentleman.

**) Lord Justice Atkin: Nor does it necessarily as a matter of law conclusively affirm the proposition that any gift bought by a man for this mistress need not be paid for. It must depend upon the facts of the particular case.

Door bemiddeling van Prof. Van Brakel ontvingen wij afschrift van de desbetreffende stukken ter inzage van Mr. W. A. Telders, waarvoor wij hier gaarne onzen dank betuigen.

ken aan de sexueele ongeoorloofdheid, hetgeen Dabin (p. 329) de klacht ontlokt, dat „la jurisprudence aboutit à écarter du prétoire toute „une catégorie de justiciables, par ce seul motif qu'ils exercent une pro-„fession déshonnête" (vgl. Colin III, section IV, § 1, no. 2). Bij de beoordeeling van de ongeoorloofdheid zal o.i. de rechter niet moeten toegeven aan een overdreven puritanisme, dat den eisch der geoorloofde oorzaak zou willen uitbuiten. Zoo schijnt de Engelsche rechter terecht verkoop en levering van kleederen edgl. aan prostituées geldig te achten, wijl niet a priori vast staat, dat de koop is geschied met het oogmerk een ongeoorloofd bedrijf uit te oefenen.

V. Valsche oorzaak.

A. Valsche oorzaak is dwaling en geen simulatie.

Het motief dat een debiteur tot contracteeren leidt, omvat de voorstelling van het nut van de te verkrijgen contraprestatie en het nut van de te verliezen eigen prestatie. Deze uiteraard subjectieve voorstelling kan reëelen grond ontberen. Zoo ontvangt de kooper van een gouden horloge wien een koperen wordt geleverd, niet het door hem verwachte nut van de contraprestatie en evenmin verkrijgt dit de kooper van paarden die kocht in den waan dat zijn eigen paarden waren omgekomen. In dergelijke gevallen is er dwaling. Dwaling, waanvoorstelling, valsch motief en valsche oorzaak zijn verschillende woorden voor hetzelfde begrip. In Frankrijk heeft men dan ook de erreur traditioneel als fausse cause betiteld, terwijl art. 1110[2] C.c. eveneens spreekt van een dwaling als hoofdoorzaak der overeenkomst. „Elle (l'erreur) n'est point une cause de nul„lité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention „de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la „cause principale de la convention" zegt dit artikel en D a b i n (p. 206) veronderstelt o.i. terecht, dat het er de Fransche jurisprudentie toe heeft gebracht fausse cause en erreur sur une qualité gelijk te stellen.

Ten onzent heeft men evenwel op het voetspoor van A s s e r (§ 705 van Het Nederl. B.W. vergeleken met het Wetboek Napoléon) onder valsche oorzaak veelal gesimuleerde oorzaak verstaan. Ten onrechte naar wij meenen. Art. 1371 B.W. handelt niet over de onware VERMELDE oorzaak, maar over de onware WERKELIJKE oorzaak, terwijl art. 1372 B.W. doet uitkomen, dat de vermelding van een bepaalde oorzaak geenerlei beteekenis heeft. Evenmin als een belofte zonder VERMELDING van oorzaak ongeldig is als belofte *zonder oorzaak*, evenmin is een belofte waarvan een geoorloofde oorzaak is vermeld, terwijl de werkelijk bestaande oorzaak ongeoorloofd is, ongeldig als belofte met *valsche oorzaak*. Laatstgenoemde belofte is nietig wegens *ongeoorloofde oorzaak* gelijk H a r t o g h (p. 283 met noot 2) terecht opmerkt.

B. Dubbele wettelijke regeling der dwaling.

De wet behandelt de dwaling eerst als gebrek in de regeling der toestemming — art. 1357—1358 B.W. —, vervolgens als gebrek in de oor-

zaak of motiveering der toestemming — art. 1371 B.W. Dit laat zich gereedelijk verklaren, want toestemming en oorzaak zijn ten nauwste verbonden. Het komt op hetzelfde neer, of men den wil door dwaling gevitieerd dan wel de oorzaak valsch acht. „La cause qui forme la base „de l'engagement est fausse ou si l'on veut il n'y a point de consentement „et aux yeux de la loi se tromper n'est pas consentir," schreef M e r l i n. De wet zoude eveneens de regeling der wilsgebreken dwang en bedrog aan het vereischte der oorzaak hebben kunnen doen aansluiten — vgl. J o s s e r a n d no. 90. Dat dit niet is geschied, is verklaarbaar door de omstandigheid, dat zich bij deze wilsgebreken meer dan bij de dwaling de constructie van den onvrijen wil op den voorgrond schuift. Bij de onafhankelijk van menschelijk ingrijpen ontstane dwaling stond de wetgever op den tweesprong en hij heeft beide wegen ingeslagen door eerst de in dwaling gegeven toestemming te regelen als onvrije toestemming, vervolgens als op valsche oorzaak steunende toestemming. In art. 1371 zien wij niets anders dan een korte herhaling van het in de artt. 1357—1358 bepaalde.

C. Beperking van het beroep op dwaling tot de dwaling in de zelfstandigheid der zaak welke het onderwerp der overeenkomst uitmaakt.

Anders dan bij de ongeoorloofde oorzaak, waar tegenover het belang van den debiteur het algemeene dat van den crediteur praevaleerende belang staat, bevindt zich bij de valsche oorzaak, welker regeling ten behoeve van den debiteur strekt, tegenover het belang van dezen het g e l ij k w a a r d i g e belang van den crediteur. Bescherming van dit gelijkwaardige belang is aangewezen tegen mogelijk te zijnen profijte ongerechtvaardigd benutten door den debiteur van de regeling der valsche oorzaak. Art. 1358 B.W. verleent den crediteur preventieve bescherming door het beroep op dwaling sterk te verkleinen en de relevante dwaling te beperken tot de dwaling welke de zelfstandigheid der zaak die het onderwerp der overeenkomst is, betreft.

De zelfstandigheid eener zaak is niets anders dan die zaak zelf. Zij omvat het complex eigenschappen dat de zaak als begrensd deel der buitenwereld doet verschijnen, haar een eigen cachet, een eigen wezen, zelfstandigheid of identiteit verleent. Vroeger had men neiging onder zelfstandigheid alleen de warenkundige eigenschappen te verstaan welke een zaak karakteriseeren, doch geleidelijk is men ertoe gekomen ook

andere kenmerkende eigenschappen eronder te begrijpen, waartoe in Frankrijk vooral Demolombe (Cours de Code Napoléon, Paris 1868 XXIV p. 92) heeft bijgedragen. De identiteit eener zaak gaat op in haar zelfstandigheid; zij omvat *alle* kenmerkende eigenschappen der zaak, welke de zaak zoodanig begrenzen, dat zij een eenige is — vgl. Asser-Van Goudoever p. 301 noot.

Welke (zelfstandigheid eener) zaak onderwerp van een bepaalde overeenkomst is, wijst de benaming die deze zaak in die overeenkomst draagt, uit. Steeds heeft men dan ook terecht op het verband tusschen benaming en (zelfstandigheid der) zaak de aandacht gevestigd — vgl. Josserand p. 76. Art. 1358 nu eischt, dat de dwaling zal betreffen de (zelfstandigheid van de) zaak welke door de benaming als onderwerp der overeenkomst wordt aangewezen. Op tweeërlei wijze kan dit plaats hebben: de dwalende debiteur kan wanen, dat de zaak als onderwerp der overeenkomst door haar benaming juist is omschreven, maar hij kan ook wanen, dat zij valsch is omschreven. Zoo blijkt de kooper van een bepaald *gouden* horloge tegen hoogen prijs te hebben gedwaald, wanneer het hem geleverde horloge een koperen horloge blijkt te zijn. Doch eveneens heeft gedwaald de kooper die tegen lagen prijs met zooveel woorden een *koperen* horloge heeft gekocht, welk horloge inderdaad van koper is doch dat hij een gouden horloge waande, terwijl hij deze valsche voorstelling voor den verkooper heeft verborgen gehouden om dezen z.i. niet wijzer te maken. Het zoude absurd zijn ook aan dezen laatstgenoemden kooper een beroep op dwaling toe te kennen. Dit toch zoude neerkomen op bescherming van kwade trouw. Daartoe zoude een beroep op de letter van art. 1358 B.W. onvoldoende zijn. Deze redactie leent zich wegens haar vaagheid niet voor een dergelijk beroep; zij is wat Josserand (p. 76) noemt een „formule laconique". *) De strekking van het artikel in aan-

---

*) Hoe men in een redactie kan vervallen welke men volkomen duidelijk acht, doch welke naderhand dubbelzinnig blijkt te zijn, daarvan getuigt het door Opzoomer betoogde. Deze schreef (VI, p. 99—100) naar aanleiding van de leer van Diephuis die enkel relevante dwaling aanneemt, wanneer de zaak in werkelijkheid niet is hetgeen zij volgens de contractsomschrijving schijnt te zijn: „Wat is dit „anders dan de leer, dat de in het contract gebruikte termen beslissen, en dat de „dwaling alleen geen grond voor vernietiging is, maar dat zij het slechts dan is, wan„neer de eigenschappen, die zij raakt tot een onderwerp der overeenkomst gesteld „zijn? In jure constituendo juist mijn gevoelen, maar in jure constituto stellig onwaar „en in lijnrechten strijd met art. 1357 en 1358." Houwing (p. 130) prijst de woor-

merking nemende, welke strekking is het beroep op dwaling te beperken, kan men aan art. 1358 B.W. geen andere beteekenis toekennen dan deze, dat een contractant slechts dan relevant dwaalt, wanneer hij waant, dat de zaak als onderwerp der overeenkomst *juist* is omschreven en dat hij irrelevant dwaalt in alle andere gevallen van dwaling. Hier ligt verschil tusschen de ongeoorloofde en de valsche oorzaak. Bij de ongeoorloofde oorzaak stelt de wet in het algemeen geenerlei beperking, wijl de regeling daarvan in het algemeen belang is; bij de valsche oorzaak daarentegen beperkt de wet de valsche oorzaak tot het valsche onderwerp, wijl de regeling daarvan in het belang van den dwalende is.

D. Relevante dwaling van de zijde van den debiteur is hetzelfde als wanprestatie van de zijde van den crediteur.

Dat het de bedoeling van de wet is *persoonlijke* vergissingen van den debiteur irrelevant te verklaren door te eischen, dat de relevante dwaling zich in het onderwerp der overeenkomst duidelijk manifesteert, en daardoor voor de wederpartij kenbaar is, zoodat bij relevante dwaling dit onderwerp valsch is, laat zich gereedelijk uit verschillende artikelen afleiden.

Ten eerste hecht art. 1099[2] geen beteekenis aan den persoonlijken waan van den erfgenaam, dat er geen testament zoude bestaan. Wil hij zich op benadeeling kunnen beroepen, dan is noodig, dat iedereen in den waan verkeerde, dat er geen testament was.

Ten tweede is het niet voldoende voor een beroep op geweld, dat de debiteur persoonlijk voor den op hem geoefenden druk is bezweken; noodig is, dat hij als redelijk mensch is bezweken — art. 1360 — zoodat het voor iedereen kenbaar is, dat het geweld de oorzaak van zijn belofte is geweest.

Ten derde schenkt de wet geen aandacht aan een valsche beweegreden

---

den „zoodat zij het slechts dan is, wanneer de eigenschappen die zij raakt, tot een „onderwerp der overeenkomst zijn gesteld" als een juiste redactie. Evenwel zoude ook bij deze redactie de kooper van een koperen horloge, dat hij een gouden horloge waant, een beroep op dwaling kunnen doen. Immers de eigenschap, dat het horloge van koper is, is tot onderwerp gesteld, terwijl deze eigenschap door de dwaling van den kooper wordt „geraakt". Bedoeld is, dat de eigenschap dat het horloge van goud is, tot onderwerp der overeenkomst moet zijn gesteld om de dwaling, bestaande in de valsche voorstelling, dat het een gouden horloge is, relevant te doen zijn, m.a.w. dat het onderwerp valsch moet zijn.

bij testamenten. Zelfs als de valsche beweegreden in het testament is vermeld is dit niet voldoende. Noodig is bovendien, dat uit het testament zelf blijkt, dat zij de oorzaak van dit testament is geweest — art. 937 B.W. Anders handelt de wet t.o.v. de ongeoorloofde beweegreden. Enkele vermelding is voldoende, zelfs wanneer blijkt, dat deze vermelding steunde op een valsche voorstelling van zaken — art. 938 B.W.; vgl. Suyling VI nos. 114—115.

Ten vierde is volgens art. 251 W.v.K. dwaling van den verzekeraar slechts dan van beteekenis, wanneer de verzekerde — de wederpartij — deze dwaling kon begrijpen. Molengraaff (Leiddraad 5e druk p. 784) acht dit artikel veeleer een regeling van het bedrog dan van de dwaling. Naar wij meenen regelt het beide. Het kan en zal voorkomen, dat een verzekerde opzettelijk onjuiste opgaven doet. Dan is er kwade trouw en bedrog. Het kan en zal echter evenzeer voorkomen, dat hij te goeder trouw hem bekende omstandigheden vergeet te vermelden of bij vergissing verkeerde opgaven doet. Dan is er dwaling van den kant van den verzekeraar, terwijl de verzekerde niet van bedrog kan worden beticht. De wet houdt met deze mogelijkheid uitdrukkelijk rekening door van goede trouw bij den verzekerde te gewagen.

Ten vijfde noemen wij art. 1489 B.W. Van Goudoever (Asser-Van Goudoever p. 297) acht in de slotwoorden van dit artikel een sterke aanwijzing gelegen, dat de wet bij relevante dwaling in de eerste plaats denkt aan zulke gevallen, waarin de wederpartij heeft begrepen of had behooren te begrijpen, dat er dwaling was. Terecht. De verkooper die een horloge als een gouden horloge verkoopt, zal het horloge moeten terugnemen, wanneer het van koper blijkt te zijn. Heeft hij te goeder trouw verkocht, dan is er geen reden hem bovendien schadevergoeding te laten betalen. Dit is wel het geval, wanneer bewezen wordt, dat hij geweten heeft, dat het horloge niet van goud was. Dan rijst ook de vraag, of hij zich aan bedrog heeft schuldig gemaakt. Dit behoeft niet noodwendig het geval te zijn. Voor bedrog eischt onze wet een zekere mate van activiteit bij den bedrieger; enkel passieve verzwijging van hem bekende feiten doet iemand zich nog niet schuldig maken aan bedrog — art. 1364 B.W. Intusschen zal de grens tusschen het bezigen van kunstgrepen in den zin van art. 1364 B.W. en passieve verzwijging van wetenschap dikwijls moeilijk zijn te trekken.

Ten zesde vestigen wij de aandacht op de artt. 1279 v. B.W. De wet doelt daarin enkel op wanprestatie bestaande in persoonlijke gedragingen

van den schuldenaar en zwijgt over wanprestatie bestaande in het verrichten van ondeugdelijke prestatie — vgl. Suyling II no. 175, Star Busmann R.M. 1919 p. 221 en Asser-Van Goudoever p. 149—150. Wij zijn van meening, dat de persoonlijke wanprestatie — bijv. de verkooper weigert het verkochte gouden horloge te leveren — wordt beheerscht door de artt. 1279 v. en de daarbij behoorende artt. 1302—1303 B.W., de zakelijke wanprestatie — bijv. de verkooper levert, hetzij te goeder hetzij te kwader trouw, een koperen horloge als het verkochte gouden — daarentegen door de artt. 1357—1358 i.v.m. 1482 v. Dat relevante dwaling zakelijke wanprestatie oplevert, komt vooral tot uiting in de omschrijving die de Fransche praktijk en ten onzent Houwing (p. 147) van relevante dwaling geven, nl. dat deze aanwezig is, wanneer de bedongen eigenschappen eener zaak blijken te ontbreken. In de Fransche literatuur is dan ook de vraag, of relevante dwaling niet is gelijk te stellen met wanprestatie, ter sprake gekomen — vgl. Dabin nos. 158—160, Josserand no. 66. Meestal wordt zij ontkennend beantwoord onder aanvoering, dat dwaling de geldigheid der overeenkomst aantast, wanprestatie daarentegen niet. Ten onrechte. Zoowel bij dwaling als bij wanprestatie is het contact aanvankelijk geldig. Vernietiging op grond van dwaling treedt eerst in, wanneer de debiteur daartoe een verzoek tot den rechter richt. Evenzoo bij de wanprestatie. Daar treedt de oplossing van de verbintenis in eene tot schadevergoeding of de ontbinding in, wanneer de debiteur erom vraagt. Deze ontbinding is van denzelfden aard als de vernietiging wegens dwaling — artt. 1302—1303 i.v.m. art. 1301 eenerzijds; art. 1358 i.v.m. artt. 1488—1489 anderzijds. Het eenige verschil is, dat de in dwaling aangegane overeenkomst (verbintenis) aanstonds behept *is* met een vordering tot vernietiging, terwijl in geval van wanprestatie de verbintenis nà haar ontstaan daarmede behept *wordt* — vgl. Josserand no. 66. Dit verschil is evenwel slechts van formeelen aard; materieel is er volkomen overeenstemming tusschen vernietiging wegens relevante dwaling en ontbinding wegens wanprestatie: de debiteur ontvangt niet hetgeen hij verwachtte te zullen ontvangen en wordt op zijn verzoek van zijn verbintenis ontslagen. Wel is een tweede, door Josserand (no. 66) vermeld, verschilpunt van beteekenis. De ontbinding wegens wanprestatie krachtens de artt. 1302—1303 B.W. is enkel bij wederkeerige beloften mogelijk, de vernietiging wegens dwaling daarentegen ook bij eenzijdige. Ook de schenker kan zich op dwaling beroepen, wanneer de door hem

als aardig oud schilderstukje geschonken schilderij een Rembrandt blijkt te zijn. In zooverre omvat relevante dwaling ook wanprestatie in negatieven zin. De verkooper die een schilderij als aardig oud schilderij heeft verkocht, mag vernietiging (= materieel ontbinding) vragen op grond, dat deze schilderij een Rembrandt blijkt. Ten aanzien van den kooper is wanprestatie in negatieven zin gepleegd; de kooper heeft veel meer ontvangen dan hem toekwam. In zooverre is het juister, dat de wet in art. 1358 B.W. van dwaling en niet van wanprestatie gewaagt. Daardoor omvat zij mede dergelijke abnormale gevallen. Dat de wet van dwaling en niet van wanprestatie spreekt, moet worden gezocht in de omstandigheid, dat zij zich bij de regeling van het verbintenissenrecht in het algemeen niet op het standpunt van den crediteur, maar op dat van den debiteur plaatst. Zij beschouwt een kooper niet in zijn hoedanigheid van crediteur aan wien niet geleverd wordt hetgeen hij heeft bedongen, doch in zijn kwaliteit van debiteur die zich niet zoude hebben verbonden zoo hij beter had geweten.

Ten zevende en ten slotte wijzen wij op de artt. 1378 v. Volgens deze artikelen wordt een debiteur niet verbonden tot hetgeen hij *wil* beloven, maar tot hetgeen hij *belooft* d.w.z. tot hetgeen hij zich wenscht te verbinden te oordeelen naar zijn aan de wederpartij bekende gedragingen. Versprekingen en verschrijvingen zijn volgens deze artikelen irrelevant en evenzeer zijn bij vergissing afgelegde beloften bindend. Dat spreekt trouwens voor zichzelf. Iemand die naar aanleiding van een door hem ontvangen bericht paarden koopt in de valsche overtuiging, dat zijn eigen paarden zijn omgekomen, moge zijn handelwijze betreuren, hij zal niet ontkennen, dat hij paarden heeft gekocht. Enkel wanneer kennelijk tot voorwaarde is gesteld, dat de koop afhankelijk is gesteld van de juistheid van het bericht, zoude de koop kunnen worden aangetast. De kooper is verbonden den koopprijs te betalen, want zijn belofte is volkomen duidelijk. Duidelijk zal de belofte volgens art. 1378 B.W. toch wel in de eerste plaats zijn, wanneer zij het is voor de wederpartij, die met alle feitelijke de belofte omringende omstandigheden bekend is. Evenwel, ware art. 1358 B.W. er niet, dan zoude de paardenkoop kunnen worden aangetast wegens valsche oorzaak of waanvoorstelling. Aangenomen moet dan ook wel worden, dat art. 1358 B.W. de tusschen art. 1371 B.W. eenerzijds en de artikelen 1378 v. B.W. anderzijds bestaande breuk heelt.

E. Historie.

Dat onder relevante dwaling van de zijde van den debiteur wanprestatie van de zijde van den crediteur moet worden verstaan, blijkt ook uit de historie. De opvatting der Fransche praktijk dat de relevante dwaling via een voorwaarde in de overeenkomst binnendringt en zich daardoor in het onderwerp der overeenkomst manifesteert, gaat terug op P o t h i e r die tot zijn dwalingsleer is geïnspireerd door P u f e n d o r f. „C'est en suivant „cette règle, que l'on doit décider avec P o t h i e r et B a r b e y r a c, que „l'erreur dans les motifs n'est une cause de nullité, que dans les cas, „où la vérité de ces motifs peut être regardée comme une condition, dont „il soit clair, que les parties ont voulu faire dépendre leur engagement", zegt B i g o t tijdens de beraadslagingen over den Code.

P o t h i e r handelt over de dwaling in zijn Traité des obligations (nos. 16—20; 42) en in zijn Traité de la procédure civile (nos. 737—738). Het meest bekend is zijn eerstgenoemde werk en daarvan schijnt het bekende voorbeeld van den kandelarenkoop in no. 18 grooten invloed te hebben gehad op art. 1110 van den Code. Dit no. 18 laten wij hier volgen:

> L'erreur annulle la convention, non seulement lorsqu'elle tombe sur la chose même, mais lorsqu'elle tombe sur la qualité de la chose que les contractants ont eue principalement en vue, et qui fait la substance de la chose. C'est pourquoi si, voulant acheter une paire de chandeliers d'argent, j'achète de vous une paire de chandeliers que vous me présentez à vendre, que je prends pour des chandeliers d'argent, quoiqu'ils ne soient que de cuivre argenté; quand même vous n'auriez eu aucun dessein de me tromper, étant dans la même erreur que moi, la convention sera nulle, parce que l'erreur dans laquelle j'ai été détruit mon consentement; car la chose que j'ai voulu acheter est une paire de chandeliers d'argent; ceux que vous m'avez présentés à vendre étant des chandeliers de cuivre, on ne peut pas dire que ce soit la chose que j'ai voulu acheter. C'est se que Julien décide en une espèce à peu près semblable, en la loi 41 § 1 ff eod. tit. et Ulpien en la loi 41 § 1 ff eod. tit. lorsqu'il dit: Si aes pro auro veneat, non valet.
>
> Il en est autrement lorsque l'erreur ne tombe que sur quelque qualité accidentelle de la chose.
>
> Par exemple, j'achète chez un libraire un certain livre, dans la fausse persuasion qu'il est excellent, quoiqu'il soit au-dessous du médiocre: cette erreur ne détruit pas mon consentement, ni par conséquent le contrat de vente; la chose que j'ai voulu acheter, et que j'ai eue en vue, est véritablement le livre que le libraire m'a vendu, et non aucune autre chose; l'erreur dans laquelle j'étais sur la bonté de ce livre, ne tombait que sur le motif qui me portait à l'acheter, et elle n'empêche pas que ce soit le livre que j'ai voulu acheter: or nous verrons dans

peu que l'erreur dans le motif ne détruit pas mon consentement; il suffit que les parties n'aient pas erré sur la chose qui en fait l'objet, et in eam rem consenserint.

In dit no. 18 is Pothier niet zoo duidelijk als het gezegde van Bigot wel zou doen vermoeden. Pothier geeft meer te verstaan dan dat hij zegt, dat de kooper ZILVEREN kandelaren heeft gekocht. Dat dit zijn bedoeling is, laat zich slechts uit zijn betoog afleiden.

Ten eerste blijkt dit uit de woorden „quand même vous n'auriez eu „aucun dessein de me tromper étant dans la même erreur que moi". Hierop vestigt Josserand (p. 88 noot) terecht de aandacht. Vervolgens blijkt het uit de tegenstelling welke Pothier maakt tusschen het voorbeeld van den koop der kandelaren en dat van den koop van het boek. Psychologisch staan beide koopers, gelijk Houwing (p. 134) terecht opmerkt, volkomen op een lijn. Uit de omstandigheid, dat Pothier den kooper der kandelaren wel, dien van het boek geen dwalingsactie geeft, moet wel worden afgeleid, dat Pothier veronderstelt, dat die kooper ZILVEREN kandelaren heeft gekocht m.a.w. dat hij niet ontvangt hetgeen hij JURIDISCH heeft gewild. Tenslotte doen de door Pothier ingeroepen Romeinschrechtelijke teksten denken aan het geval, dat er geen overeenkomst bestaat tusschen hetgeen als onderwerp is aangeduid en hetgeen inderdaad aanwezig is. Zoo bijv. de tekst van Julianus: „mensam argento coopertam mihi ignoranti *pro solida* „VEN*didisti* imprudens: nulla est emptio pecuniaque eo nomine data „condicetur" — vgl. Houwing p. 137 noot. *)

Dat Pothier deze teksten met betrekking tot den kandelarenkoop aldus heeft begrepen, blijkt volkomen duidelijk uit Pufendorf's betoog. De Fransche vertaling van Pufendorf's werk door Barbeyrac (Le droit de la nature et des gens par le baron de Pufendorf traduit du latin par Jean Barbeyrac, Basle 1750) is zooals uit het

---

*) Overigens is het de vraag, of de Romeinen in deze en dergelijke teksten met consensus hebben bedoeld psychologischen consensus dan wel juridischen consensus, m.a.w. innerlijken consensus dan wel consensus naar algemeen maatschappelijke opvatting. Zie daaromtrent Modderman, Handboek voor het Romeinsche recht, 5e druk, 1913, eerste deel, p. 172, 175 en 186. De teksten geven zoowel voor de eene als voor de andere opvatting aanleiding al naarmate men zich stelt op het standpunt van de (strenge) wilsleer dan wel op dat van de vertrouwensleer. In Pothier's tijd was de vertrouwensleer niet volledig ontwikkeld, zoodat weifeling mogelijk was. Daardoor verklaren wij, dat Pothier bij de bespreking van de dwaling in den persoon, waarover Pufendorf niet handelt, overstag gaat.

gezegde van B i g o t en ook uit zijn eigen werk (Traité des Obligations no. 20) blijkt, van invloed op P o t h i e r geweest. P u f e n d o r f nu laat zich duidelijk uit omtrent de dwaling. Zijn betoog laten wij hier volgen:

Livre III, chaptre VI.

§ VII. Pour ce qui regarde *l'erreur en matière de conventions,* il faut distinguer, si l'on a été porté à traiter par une fausse persuasion ou si l'erreur se trouve dans la chose même au sujet de laquelle on a traité.

A l'égard du premier, je crois qu'on doit encore considérer si la chose est ou n'est plus en son entier. Si l'on a été porté par quelque erreur à faire une convention ou un contrat, et que l'on s'en aperçoive pendant que la chose est encore en son entier ou qu'il n'y a encore rien d'exécuté de part ni d'autre, il est juste sans contredit qu'on ait la liberté de se dédire; surtout lorsqu'en traitant on a donné à entendre la raison qui nous y obligeait. Mais si la chose n'est plus en son entier et que l'erreur se découvre seulement après que la convention est déjà accomplie ou en tout ou en partie, celui qui s'est trompé ne peut plus rompre l'accord, à moins que l'autre partie ne veuille bien y consentir par honnêteté. Supposons, par exemple, qu'un homme étant en voyage, il lui vienne un faux avis que les chevaux de son écurie sont tous morts. Dans cette persuasion, qu'il donne suffisamment à connaître, il marchande d'autres chevaux et conclut le marché. Cependant, avant que le prix convenu soit payé ou que les chevaux soient délivrés, il apprend qu'on l'avait mal informé. Je soutiens que cette condition tacite, et cela sans que le vendeur lui-même l'ignorât, il n'est point obligé à tenir son marché, quoique par les règles de l'équité il doive dédommager le vendeur du profit qu'il a manqué de faire, ou au moins du dommage qui lui en revient positivement. Mais lorsque le vendeur a délivré les chevaux et reçu le prix convenu, quoique l'acheteur n'ait plus besoin des chevaux, il ne pourra légitimement obliger le vendeur à les reprendre et à rendre l'argent, à moins que cette condition n'eût été formellement stipulée dans le contrat.

Que si l'erreur se trouve dans la chose même au sujet de laquelle on a traité, la convention n'est pas tant nulle alors à cause de cette erreur que parce que l'autre contractant n'a point satisfait aux conditions de l'accord. Car, comme dans toute convention la chose au sujet de laquelle on traite doit être connue avec ses qualités, là où cette connaissance manque, on ne saurait concevoir qu'il y ait un véritable consentement. Ainsi du moment qu'on s'est aperçu de quelque défaut, celui qui se trouverait lésé par là peut ou rompre son engagement ou obliger l'autre contractant à réparer le défaut; ou même, s'il y a de la fraude ou simplement quelque faute de sa part, exiger de lui les dommages et intérêts. On a même ce droit non seulement lorsque l'on s'aperçoit sur le champ du défaut, mais encore lorsqu'on ne le découvre que quelque temps après. Et ce temps, s'il n'y a point de loi civile qui le fixe, se doit régler par le jugement équitable d'un arbitre qui ne favorise ni la fraude de l'une des parties ni la

trop grande négligence de l'autre à examiner la chose qui fait la matière du contrat. Il faut aussi accorder à celui qui s'est trompé un terme plus long pour reconnaître son erreur, lorsque le défaut de la chose ne se fait pas sentir à la regarder simplement au dehors ou qu'il ne peut être découvert que par les plus habiles.

Pour ce que l'on dit ordinairement que l'erreur ne rend les conventions nulles que quand elle tombe sur les *choses essentielles* et non pas lorqu'elle regarde seulement les *choses accidentelles*, cette maxime doit être expliquée en sorte que par *choses essentielles* on entende non seulement tout ce qui entre dans l'essence physique de la chose au sujet de laquelle on traite, mais encore les qualités que le contractant a eues principalement en vue. Car il arrive souvent que l'on fait beaucoup plus de cas d'une certaine qualité de la chose que de sa substance physique, qui n'est regardée alors que comme un accessoire absolument nécessaire. Ainsi un contrat de vente est nul non seulement lorsque l'acheteur, ayant fait marché pour *Davus*, le vendeur lui a délivré *Syrus*, mais encore, lorsqu'après avoir déclaré qu'on prétend acheter un esclave qui soit bon cuisinier, le vendeur nous en donne un qui n'entend rien à la cuisine.

§ VIII. Tout ce que nous venons de dire a lieu quand même il n'y aurait point de fraude qui eût contribué à faire croire ce qui n'est pas. A plus forte raison l'erreur annulle-t-elle l'engagement lorsque l'on a été trompé par le dol ou la mauvaise foi de quelqu'un .....

Pufendorf betoogt in de door hem zelf gecursiveerde woorden zeer duidelijk, dat dwaling hetzelfde is als wanprestatie. *) Ook bezigt hij niet de uitdrukking error in substantia, hoewel hij het woord substantia kent. Hij spreekt enkel over dwaling in de zaak en acht het enkel van belang, of de eigenschappen waarop de kooper blijkens zijn verklaring heeft gedoeld al dan niet aanwezig zijn, onverschillig of die eigenschappen warenkundige dan wel andere zijn. Pothier vat Pufendorf's betoog in een andere formuleering samen en schijnt als volgt te redeneeren. Wanneer het aankomt op de door den contractant aanwezig veronderstelde eigenschappen, dan kunnen we die eigenschappen substance noemen, waardoor we in overeenstemming zijn met de formule van Ulpianus: error in substantia. En wanneer het eveneens aankomt op de door den contractant aanwezig veronderstelde eigenschappen blijkens zijn verklaring, dan kunnen we dit doen uitkomen door in plaats van het enkelvoud le contractant het meervoud les contractants te gebruiken. Ook bij de opstelling van den Code heeft men blijkbaar niet verder aandacht aan de materie geschonken en zich met de laconieke formule van art. 1110 vergenoegd. Men redeneerde vermoedelijk, dat

*) Vgl. ook Pufendorf Livre V chap. XII § II.

de zaak welke partijen blijkens haar verklaring op het oog hebben, het onderwerp der overeenkomst vormt en dat, bij beperking der relevante dwaling tot de dwaling betreffende dit onderwerp, de dwaling welke niet uit de partijverklaringen blijkt, als irrelevant wordt beschouwd, zoodat een eenzijdige dwaling, welke Pufendorf nog eenigermate had toegelaten, op het voetspoor van Pothier (T. d. O. no. 20) als relevant wordt uitgesloten. Uit de geschiedenis mag met stelligheid worden opgemaakt, dat men bij de opstelling van den Code, zooals uit de woorden van Bigot blijkt, de bedoeling heeft gehad alleen de dwaling bestaande in het niet voldoen, hetzij te goeder hetzij te kwader trouw, door de wederpartij aan een ondubbelzinnig gestelde voorwaarde te erkennen. Achteraf bleek eerst, dat art. 1110[1] onkenbare dwaling als relevant zoude toelaten, wanneer men het artikel naar de letter en los van het stelsel van den Code zoude beschouwen. Daaraan trachtte men te ontkomen door het begrip zelfstandigheid eng te omschrijven en daaronder enkel de warenkundige eigenschappen der zaak te verstaan (Aubry et Rau, Cours de droit civil français 1871, Tome IV p. 296—297; vgl. daarbij Opzoomer VI p. 89 noot 3). Het verst in de beperking der zelfstandigheid der zaak schijnt Huc te zijn gegaan door onder zelfstandigheid enkel te verstaan hetgeen wordt aangeduid door het zelfstandig naamwoord dat tot de benaming der zaak behoort. Vermoedelijk dacht Huc hierdoor alle onkenbare dwaling uit te sluiten. Praktisch is dit ook inderdaad het geval. Immers komt dit zelfstandig naamwoord steeds in de overeenkomst voor, waardoor de daardoor aangeduide eigenschappen der zaak tot *bedongen* eigenschappen worden. Men zoude evenwel zich het geval kunnen denken, dat een zonderling erin slaagde te bewijzen, dat hij bij het door hem als „paard" gekochte dier eigenschappen aanwezig waande, welke een normaal mensch enkel in verband met het woord „leeuw" pleegt te brengen. Dit geval toch, hoewel het practisch irreëel is, staat theoretisch op een lijn met het geval, dat iemand een „horloge" koopt in den waan, dat het een gouden horloge is, of een „schilderij" wanend, dat zij een Rembrandt is.

F. Verborgen gebreken.

Uit de geschiedenis blijkt, dat men bij de regeling der dwaling vooral aan den koop eener lichamelijke zaak heeft gedacht. Niet alleen bij de regeling der dwaling is dit het geval geweest. Uit de wet zelf blijkt, dat

zij bij de algemeene regeling van het verbintenissenrecht het oog heeft gericht op den koop van een lichamelijke zaak en dat zij ook verder zeer concreet denkt. De artikelen 1368—1370 B.W. verwisselen de lichamelijke zaak welke het voorwerp (onderwerp) der verbintenis om te geven vormt, met deze verbintenis, welke verbintenis zelve, als onlichamelijke zaak, onderwerp (voorwerp) van de overeenkomst is — vgl. Asser-Van Goudoever p. 323; Suyling II no. 65. Ook art. 1108 C.c., dat als geldigheidsvereischte eener overeenkomst stelt „un objet certain „qui forme la matière de l'engagement", doet aan dergelijke concretiseering denken.

Een en ander behoeft niet te verwonderen. Het koopcontract trekt als zeer oud en zeer frequent contract vanzelf de aandacht. „In het leven zijn „het vooral vergissingen omtrent de eigenschappen eener lichamelijke „zaak welke tot geschil aanleiding geven, en de error in substantia werd „het historische Durchbruchspunkt: het concrete geval, waarin de abstracte „gedachte voor het eerst zich openbaarde, om pas later in hare volle con-„sequentie te worden ontwikkeld," schrijft terecht Houwing R.O. p. 237 noot. Naar wij meenen zal nog meer dan de afwezigheid van bepaalde eigenschappen de aanwezigheid van gebreken de dwalingsvraag in de praktijk hebben doen rijzen. Koop van een oogenschijnlijk gezonde doch inderdaad zieke koe, ziedaar een typisch voorbeeld van relevante vergissing van den kooper. Pufendorf begon dan ook, naar wij meenen zeer terecht, aanstonds over verborgen gebreken te spreken bij de behandeling der dwaling — zie bovenstaand citaat. De controverse tusschen Meyers (W.P.N.R. 2749—2752), die het leerstuk der verborgen gebreken beschouwt als onderdeel van de leer der dwaling, en Star Busmann (R.M. 1919 p. 218—220), die dit leerstuk tot de leer der wanprestatie rekent, heeft naar wij meenen geen reden van bestaan, aangezien wij relevante dwaling als het spiegelbeeld van wanprestatie zien.

Het komt voor een kooper op hetzelfde neer, of hij een zaak ontvangt die aan haar naar algemeen maatschappelijke opvatting inhaerente eigenschappen niet blijkt te bezitten, dan wel dat hem een zaak wordt geleverd die deze eigenschappen wel bezit, doch welker nuttige werking is verlamd door de aanwezigheid van gebreken. Die gebreken zijn te beschouwen als negatieve eigenschappen welker niet veronderstelde aanwezigheid de afwezigheid van bepaalde wel veronderstelde positieve eigenschappen tengevolge heeft. Heeft iemand varkens gekocht, dan beteekent dit, dat hij psychologisch en juridisch heeft gemeend, dat het vleesch der

dieren voor consumptie geschikt is. Hij blijkt zich relevant te hebben vergist, wanneer hem geen varkens doch honden zijn geleverd, terwijl dit eveneens het geval is, wanneer hem weliswaar varkens zijn geleverd, doch varkens welker vleesch wegens een onaangename lucht tengevolge van door deze dieren genuttigd voedsel voor de consumptie ongeschikt is. In beide gevallen is er teleurstelling van den kooper, waarvoor de verkooper moet opkomen en al naarmate men zich stelt op het standpunt van den kooper in zijn kwaliteit van debiteur dan wel in zijn hoedanigheid van crediteur kan men van relevante dwaling of wanprestatie spreken.

Niet enkel feitelijke, doch evenzeer juridische gebreken eener zaak kunnen relevante dwaling of wanprestatie opleveren. De kooper van een huis wordt niet alleen teleurgesteld, wanneer het gekochte huis reeds tijdens den koop was afgebrand, maar ook wanneer het toen aan een ander behoorde, zoodat het later werd uitgewonnen, of wanneer het met erfdienstbaarheden was bezwaard. De regeling der relevante dwaling en die der vrijwaring wegens verborgen gebreken of wegens uitwinning zijn o.i. materieel volkomen van denzelfden inhoud nl. regeling van niet behoorlijke voldoening door den eenen contractant en daarop gevolgde teleurstelling van den anderen. Markant voor de wijze, waarop zij elkaar aanvullen, is het voorbeeld van koop en verkoop van een individueel bepaald effect, waaromtrent Molengraaff (Leiddraad, 5e druk p. 401) schrijft: „De kooper heeft, als de schuldvordering door den schul„denaar wordt betwist (het stuk is ongeldig, geamortiseerd, enz.), eene „vordering tot vrijwaring ingevolge art. 1570 B.W.; als het stuk wordt „opgevorderd (art. 2014 lid 2 i.v.m. art. 637 B.W.), eene vordering tot „vrijwaring wegens uitwinning volgens artt. 1528 v. B.W.; als het stuk „een verborgen gebrek heeft, eene vordering tot vrijwaring volgens artt. „1540 v. B.W.; als hij heeft gedwaald in de zelfstandigheid der zaak (het „stuk is uitgeloot), eene vordering tot nietigverklaring (artt. 1358, 1488, „1490 v. B.W.)." *)

In de regeling van de vrijwaring wegens verborgen gebreken en wegens uitwinning is de wet uitvoeriger dan in het laconieke artikel 1358 B.W., terwijl zij tevens duidelijker is, doordat zij zich op het standpunt van den

---

*) Vgl. hierbij Asser-Van Goudoever, p. 299—300, alwaar ter gelegenheid van den koop van den gothieken bisschopsstaf eveneens art. 1358 B.W. in verband met art. 1540 v. B.W. wordt gebracht.

crediteur en niet op dat van den debiteur plaatst. Terecht heeft dan ook de jurisprudentie naar M e y e r s in zijn bovengenoemd artikel betoogt de dwalingsleer uit het leerstuk der verborgen gebreken aangevuld. Op de volgende punten dit leerstuk betreffende vestigen wij de aandacht.

Ten eerste op het o.i. karakteristieke woord ON in art. 1641 C.c. (art. 1540 B.W.) luidende: „Le vendeur est tenu de la garantie à raison des „défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage „auquel ON la destine, ou qui diminuent tellement CET usage, que l'ache„teur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, „s'il les avait connus." Niet het subjectieve persoonlijke gebruik van den individueelen kooper, doch het objectieve gebruik van den normalen kooper is beslissend. Slechts dwaling in dit objectieve gebruik is relevant. Ook is niet elk onbeduidend gebrek relevant, evenmin als de kooper zich op het ontbreken van een onbeduidende eigenschap der zaak kan beroepen — bijv. de gekochte Decamps is wel van Decamps maar niet van de tentoonstelling Decamps — evenmin kan hij zich op een onbeduidend verborgen gebrek begrepen.

Ten tweede op art. 1541 B.W. De gebreken moeten zoodanig verborgen zijn geweest, dat de kooper ze niet heeft kunnen ontdekken. Niet voldoende is, dat hij ze persoonlijk niet heeft ontdekt, evenmin als het voor een beroep op dwaling voldoende is, dat de kooper het gekochte horloge persoonlijk voor een gouden horloge heeft aangezien.

Ten derde noemen wij art. 1542 B.W. De verkooper kan zijn aansprakelijkheid wegens verborgen gebreken uitsluiten. Voor den kooper beteekent dit, dat hij bij voorbaat van zijn beroep op dwaling afstand kan doen. Dit moet dan ook voor de dwaling volgens art. 1358 B.W. worden aangenomen. De kooper van een antieke Gothische kast die erin bewilligt, dat hij de kast neemt zooals zij is, doet ondubbelzinnig afstand van zijn beroep op dwaling. Ook achteraf kan hij daarvan nog afstand doen — art. 1492 B.W.

Ten vierde wijzen wij erop, dat de wet de verbintenis van den kooper eener met verborgen gebreken behepte zaak niet automatisch nietig, doch evenals de in dwaling aanvaarde verbintenis voor vernietiging door den rechter vatbaar verklaart.

De actie wegens uitwinning en verborgen gebreken zien wij als een verkleinde dwalingsactie. Men schijnt op rechtspolitieke gronden de dwalingsactie wat den tijdsduur betreft te hebben willen bekorten — vgl. P l a n i o l II (no. 1467). In concrete gevallen zal menigmaal twijfel rijzen,

of de algemeene regeling der dwaling of zakelijke wanprestatie, neergelegd in de artt. 1358 i.v.m. 1485 v. B.W., dan wel de bijzondere regeling door de artt. 1540 v. B.W. van toepassing is. Van een met ongedierte bezet huis zoude kunnen worden beweerd, dat het geen „huis" is, zoodat de kooper of huurder van zoodanig huis zoude hebben gedwaald in de (maatschappelijke zelfstandigheid van de) verkochte of verhuurde zaak. Dit schijnt evenwel overdreven en de bewering, dat het wel een huis, zij het een tijdelijk onbewoonbaar huis, is, kan op meer juistheid bogen. In dergelijke gevallen kan het door S t a r B u s m a n n genoemde criterium (R.M. 1919 p. 220) goede diensten bewijzen. Hij acht de regeling der vrijwaring wegens verborgen gebreken uitgeschakeld, wanneer verandering in de gekochte zaak nà den koop uitgesloten moet worden geacht.

G. Typische voorbeelden van dwaling.

De wet heeft, naar wij betoogden, blijkens de artt. 1368—1370 B.W. het oog vooral gericht op den concreten koop van een lichamelijke zaak. Deze concretiseering heeft naar wij meenen niet geschaad. De naar aanleiding van het concrete geval opgestelde en in art. 1358 B.W. minder juist geformuleerde regel, dat het onderwerp der belofte valsch moet zijn om de dwaling relevant te doen zijn, gaat ook in andere gevallen op — vgl. H o u w i n g R.O. p. 237 noot 2. Wij stellen de volgende typische gevallen van dwaling.

I. A koopt van B een bepaald paard, wanende, dat zijn eigen paard is omgekomen.
Omschreven zaak: een paard; werkelijke zaak: een paard.

II. A koopt van B het bij den koop niet aanwezige paard van B, dat naar noch A noch B weet juist voor den koop is verdronken.
Omschreven zaak: een paard; werkelijke zaak: een cadaver.

III. A koopt in den winkel van B een uitgestald (koperen) horloge dat hij van goud waant zonder daaromtrent te spreken en tegen betaling van voor koperen horloges gangbaren prijs.
Omschreven zaak: een (koperen) horloge; werkelijke zaak: een (koperen) horloge.

IV. A vraagt in den winkel van B een gouden horloge te koop; de winkelier biedt hem te goeder trouw enkele exemplaren ter bezichtiging aan, waaruit A er een kiest; later blijkt dit een koperen horloge.

Omschreven zaak: een gouden horloge; werkelijke zaak: een koperen horloge.

V. A bestelt telegrafisch aan B een bepaalde hoeveelheid thee; het telegram wordt verminkt, zoodat B koffie levert.
Omschreven zaak: koffie; werkelijke zaak: koffie.

VI. A te Groningen bericht schriftelijk aan B te Amsterdam, dat hij de in het Dagblad De Telegraaf aangeboden eerste étage te Amsterdam huurt. A verstaat onder eerste étage een woning gelijkvloers; B begrijpt er een bovenwoning onder — zie Houwing p. 48.
Omschreven zaak ? ; werkelijke zaak: een bovenwoning.
Art. 1382 beslist omtrent de omschrijving, zoodat:
Omschreven zaak: een bovenwoning; werkelijke zaak: een bovenwoning.

VII. A bestelt in den winkel van B een „Diephuis" daarmede bedoelende de drie deelen van het „Handboek", terwijl B er de dertien deelen van „Het Systeem" onder verstaat — zie Asser-Van Goudoever p. 278.
Omschreven zaak: ? ; werkelijke zaak: een exemplaar van „Het Systeem".
Gesteld, dat het woord „Diephuis" dermate ondubbelzinnig is, dat er geen bepaalde beteekenis aan is te hechten. Dan:
Omschreven zaak: ? ; werkelijke zaak: een exemplaar van „Het Systeem".

In alle zeven gestelde gevallen is er dwaling en de debiteur zoude niet hebben beloofd, zoo hij beter had geweten. In de gevallen I, III, V en VI is de contractsomschrijving en derhalve het onderwerp — de verbintenis tot levering der omschreven zaak — niet valsch; de repressieve werking van den risicoregel wegens „schuldige dwaling" wordt door art. 1358 B.W. uitgesloten. In de gevallen II en IV is het onderwerp valsch en de verbintenis van den debiteur op zijn verzoek vernietigbaar. In geval VII mist de overeenkomst verbindende kracht wegens gemis aan bepaald onderwerp — art. 1356 sub 3° B.W.

Asser-Van Goudoever (p. 302 met noot 2) acht in geval II gemis aan onderwerp aanwezig. Op de keper beschouwd is niet het paard onderwerp, maar de verplichting tot levering van het niet bestaande paard onderwerp, zoodat de overeenkomst vernietigbaar is wegens valsche

of vooze verbintenis (onderwerp). Wel kan objectief worden geredeneerd en betoogd, dat de verbintenis wegens gemis aan voorwerp niet bestaat. Wij prefereeren echter de subjectieve voorstellingswijze en zeggen, dat voor den kooper het onderwerp zijner belofte — nl. de aanvaarde tegenverbintenis — valsch is, waardoor uitkomt, dat gemis aan onderwerp oneigenlijke dwaling omvat. *)

In de gevallen I—IV wordt van eigenlijke, in de gevallen V—VI van oneigenlijke dwaling gesproken. De in eigenlijke dwaling verkeerende contractant legt zijn verklaring af met de bedoeling ze te duiden zooals zij naar de wet inderdaad geduid wordt. De in oneigenlijke dwaling verkeerende contractant daarentegen waant, dat zijn verklaring van een andere beteekenis is dan zij naar de wet inderdaad heeft. Eigenlijke en oneigenlijke dwaling komen echter voor den contractant feitelijk precies op hetzelfde neer — vgl. H o u w i n g R.O. p. 218 — en H o u w i n g (p. 37) schrijft terecht: „Wie daarom logisch spreken wil, behoort niet „te zeggen, dat men in het motief dwaalde, maar dat de dwaling mo„tief was." Terecht identificeert naar wij meenen dan ook de wet dwaling en valsch motief, terwijl art. 1358 B.W. zoowel de eigenlijke als de oneigenlijke dwaling omvat. **)

---

*) De verbintenis van den kooper in geval II staat op een lijn met die van den debiteur die zich heeft verbonden onder het stellen eener onmogelijke voorwaarde. In geval II is evenwel de verbintenis niet op grond van art. 1290 B.W. nietig, want de door den kooper gestelde voorwaarde, dat de verkooper zich zijnerzijds tot levering zoude verplichten, is inderdaad vervuld. De door de vervulling in het leven geroepen verbintenis is echter praktisch niets waard, zoodat herstel van den status quo ante noodig is.

**) Dat veelal de regel wordt gesteld, dat dwaling in de beweegreden irrelevant is, moet worden verklaard, doordat men aan de gevallen I—IV denkt. Geval III wordt als abnormaal stilzwijgend uitgeschakeld. Geval II kan desgewenscht als luce clarius worden terzijde gesteld. Geval I wordt dan tegenover geval IV geplaatst, terwijl beweegreden eng wordt opgevat in de beteekenis van het persoonlijke gebruik dat de kooper zich van de gekochte zaak voorstelt. In geval I is dan de persoonlijke doelstelling of beweegreden valsch, in geval IV normaliter niet, zoodat de regel ontstaat, dat de valsche beweegreden irrelevant is. Beweegreden moet echter ruimer worden opgevat. Daaronder moet worden verstaan de voorstelling welke den contractant op het moment van het contract bezielt en daartoe behoort ook de juiste of valsche voorstelling van de gekochte zaak naast de juiste of valsche voorstelling van het persoonlijke gebruik door hem van deze zaak te maken.

H. Nietigheid en vernietigbaarheid. Eisch en verweer bij dwaling of wanprestatie.

Tegen de gelijkstelling van dwaling en valsche oorzaak wordt aangevoerd, dat de valsche oorzaak nietigheid — art. 1371 B.W. — de dwaling daarentegen slechts vernietigbaarheid zoude teweegbrengen. — vgl. H o u w i n g p. 96—97, P l a n i o l II no. 1059. Ten onrechte naar wij meenen. Aan het enkele woord nietig in art. 1371 B.W. kan geen beslissende beteekenis worden gehecht. De wet gewaagt in de artt. 1482 v. B.W. in een adem van verbintenissen die van rechtswege nietig of voor vernietiging vatbaar zijn. Het woord nietig in art. 1371 B.W. kan zoowel beteekenen nietig als vernietigbaar en uit de strekking van de bepaling zal de beteekenis moeten worden afgeleid.

De regeling der ongeoorloofde oorzaak heeft, zooals wij herhaaldelijk betoogden, ten doel bescherming van het algemeen belang. Daarop zal het ieder vergund zijn een beroep te doen en de rechter die de ongeoorloofde oorzaak constateert, zal ambtshalve nietigheid moeten uitspreken. De regeling der valsche oorzaak dient het particuliere belang van den in dwaling verkeerenden debiteur evenals de regeling der minderjarigheid en der curateele — vgl. art. 1367 lid 2 B.W. Nu ligt het in den aard van het privaatrecht, dat iemand de hem geboden bescherming mag afslaan. Aan zijn eigen inzicht wordt dit overgelaten en zoo mag ook de dwalende contractant zijn recht van beroep op de valsche oorzaak prijsgeven, waarmede absolute nietigheid niet zoude zijn te rijmen. *)

Behalve deze ratio speelt de afkeer van eigenrichting en de daarmede verband houdende rechterlijke contrôle op de dwaling of zakelijke wanprestatie een rol. Ook bij persoonlijke wanprestatie is dit het geval en is een rechterlijke uitspraak noodig — artt. 1280; 1302—1303 B.W. Vooral de Fransche rechter is op zijn recht van contrôle zeer gesteld bij de toepassing van art. 1184 C.c. (artt. 1302—1303 B.W.). Rechterlijke contrôle kan echter worden gemist, wanneer de dwaling of zakelijke wan-

---

*) Intusschen zal dit in de praktijk weinig verschil maken. Want ook de nietigheid wegens ongeoorloofdheid zal feitelijk niet werken, alvorens zij door den rechter is geconstateerd. Het verschil komt hierop neer, dat de rechter de nietigheid wegens ongeoorloofde oorzaak ambtshalve moet uitspreken, zoodra de ongeoorloofdheid ten processe komt vast te staan, doch met de vernietiging wegens valsche oorzaak moet wachten, tot dat daarop een ondubbelzinnig beroep wordt gedaan, hetgeen van belang is voor derden. — Vgl. H.R. 24 Feb. 1933 N.J. 1933 p. 649 met onderschrift M e y e r s.

prestatie luce clarius is bijv. wanneer het verkochte huis tijdens den koop reeds was afgebrand. Voor de gevallen, waarin de wanprestatie onbetwistbaar is, geeft de wet speciale bepalingen — artt. 1480, 1508, 1589 B.W. —; voor de overige gevallen heeft de rechter discretionaire macht en zoo zal hij bijv. ingeval van verborgen gebreken den kooper een kleiner of grooter deel der kooppenningen kunnen toewijzen.

Een dwalende contractant heeft 5 jaar den tijd de rechtsvordering tot vernietiging in te stellen, nadat hij zijn dwaling heeft ontdekt. De algemeene verjaringstermijn van 30 jaar (art. 2004 B.W.) is voor de actie wegens dwaling verkort tot 5 jaar — in den Code tot 10 jaar (art. 1304 C.c.). Zijn verweer is evenwel aan geen termijn gebonden. Juist ter beslissing van de onder art. 1304 C.c. gerezen vraag over de rechtskracht van het adagium quae temporalia ad agendum perpetua sunt ad excipiendum is het laatste lid van art. 1490 B.W. opgenomen. Art. 1492 i.v.m. art. 1929 lid 3 B.W. belet evenwel, dat een contractant stilzit. Gedraagt hij zich op dusdanige wijze, dat ondubbelzinnig blijkt van zijn afstand van het recht van beroep op dwaling, dan kan hij noch eischend noch verwerend meer optreden — vgl. M e y e r s, W.P.N.R. 2752 sub XII.

Het zich door een beroep op dwaling (zakelijke wanprestatie) verweren beteekent materieel een tegenaanval en de rechtspraak eischt, dat dergelijk beroep ondubbelzinnig geschiedt, zij het dat een formeele tegenaanval in den vorm van een eisch in reconventie niet noodzakelijk is — vgl. S t a r B u s m a n n, W. 10832; S u y l i n g I p. 356. Een contractant zal er de voorkeur aan geven zich te verweren, wanneer hij zijnerzijds nog niet heeft gepresteerd. Door in dit geval het verweer te kiezen en prestatie te weigeren bewerkt hij, dat de overeenkomst juridisch, hoewel aantastbaar, blijft bestaan, doch feitelijk van het tooneel verdwijnt. Dit is eigenlijk in strijd met het verbod van eigenrichting, doch de wet laat dergelijke feitelijke eigenrichting toe, teneinde noodelooze processen te voorkomen en waakt tegen misbruik door het bepaalde in de artt. 1492 i.v.m. 1929 lid 3 B.W. De kooper, wien bedorven kaas is geleverd, behoeft niet aanvallend op te treden door het instellen der dwalingsactie, doch kan volstaan met het geleverde terug te geven en betaling te weigeren. Door de teruggave doet hij ondubbelzinnig blijken, dat hij prijs stelt op zijn beroep op dwaling, terwijl de verkooper, wanneer hij meent sterk te staan, zijnerzijds tot dagvaarding kan overgaan.

Tenslotte noemen wij art. 1489 B.W., welk artikel van toepassing zal zijn, wanneer de verkooper edgl. te kwader trouw is geweest of, wan-

neer hij weliswaar niet opzettelijk ondeugdelijke prestatie heeft verricht, doch hem te dien aanzien schuld kan worden verweten.

I. Historie.

De geheele 8° Afdeeling van den 4° Titel van het 3° Boek van het Burgerlijk Wetboek (Code civil, Livre III, titre III, chapitre IV, section VII) is blijkbaar ontleend aan de nos. 743—747 van P o t h i e r's Traité de la procédure civile. Daarin handelt P o t h i e r over de middelen van niet-ontvankelijkheid bij het aanvragen van lettres de rescision. Deze middelen zijn tweeërlei; ten eerste bekrachtiging der overeenkomst, ten tweede tijdsverloop, dat P o t h i e r beschouwt als stilzwijgende bekrachtiging. Daardoor is in den Code en ons B.W. de bepaling gekomen, dat de dwalingsactie verjaart na 10 resp. 5 jaar. Juister ware het geweest, wanneer de wetgever niet van verjarings- doch van aansprakelijkheidstermijnen hadde gesproken. Dit blijkt vooral bij art. 1547 B.W. Dit artikel maakt van den algemeenen verjaringstermijn een verkorten vervaltermijn. Nu rust het instituut der verjaring en het daarmede verwante van het verval der actie op de lijdelijkheid van den gerechtigde. De termijn kan geen aanvang nemen, alvorens de gerechtigde in staat is zijn recht geldend te maken hetgeen wordt uitgedrukt door de adagia: actioni nondum natae non praescribitur en toties praescribitur actioni nondum natae quoties navitas est in potestate creditoris. Aangenomen zal dan ook dienen te worden, dat de in art. 1547 B.W. bedoelde termijn begint te loopen op het oogenblik, dat de kooper het gebrek kan ontdekken evenals de verjaringstermijn van art. 1490 op het oogenblik van de ontdekking der dwaling aanvangt. Tot op het moment van de mogelijkheid van ontdekking van het gebrek kan de kooper zijn actie niet instellen en kan hem dienaangaande geen lijdelijkheid met als straf verval van recht worden verweten. Evenwel betoogt V a n B r a k e l (Themis 1926, p. 336) terecht, dat het geen zin heeft een van het moment van de (mogelijkheid van) ontdekking loopenden termijn in functioneel verband te brengen met den aard van het gebrek en dat veeleer als de gedachtengang van den wetgever moet worden verondersteld, dat het gebrek zich binnen een bepaalden met zijn aard varieerenden termijn moet hebben geopenbaard wil er van vernietiging van den koop sprake zijn. Zoo begreep ook P u f e n d o r f het leerstuk der verborgen gebreken en zoo begrepen het eveneens de Fransche veewetten van 1838 (A u b r y et R a u 1871, p. 392). Dat deze gedachtengang niet in de wet tot uiting is gekomen en dat de wet over den termijn van teniet-

gang der actie handelt in plaats van over den termijn waarbinnen zij kan ontstaan schrijven wij toe aan de koppeling van de leer der dwaling aan die der wilsgebreken door P o t h i e r, die P u f e n d o r f niet volkomen schijnt te hebben begrepen. Naar onze meening had de wetgever, evenals hij zulks in art. 1645 B.W. ten aanzien van den aannemer heeft gedaan, een met den aard der verschillende gebreken varieerenden aansprakelijkheidstermijn voor den verkooper wegens verborgen gebreken moeten bepalen. Zoo noodig had hij daaraan een vervaltermijn voor de actie kunnen verbinden gelijk de artt. 344 b en 344 f die kennen. *)

---

*) Hetzelfde doet zich uiteraard voor ten aanzien van art. 1490 B.W.
Gesteld, dat iemand in 1910 een schilderij heeft gekocht die toenmaals als onvervalschte Rubens te boek stond en ook thans (1933) door ieder deskundige als zoodanig wordt aangezien. Gesteld verder, dat in 1945 een vinding wordt gedaan met behulp waarvan naar de alsdan geldende opvattingen onbetwistbaar wordt vastgesteld, dat de schilderij vervalscht is. Zal dan de kooper vernietiging van den koop wegens dwaling mogen vorderen? Eerst in 1945 toch begint zijn actie te verjaren? Hem zal echter moeten worden voorgehouden, dat hij bij het sluiten van het koopcontract in 1910 *niet* heeft gedwaald in de (*maatschappelijke*) zelfstandigheid der gekochte schilderij, aangezien toenmaals *iedereen* zijn meening, dat zij een Rubens was, deelde. Overeenkomstig ware ten aanzien van verborgen gebreken welke tengevolge van een veterinaire ontdekking aan het licht komen, te betoogen. Echter ware het o.i. beter, wanneer de wet zoude bepalen, dat een verkooper 5 jaar voor de echtheid der door hem verkochte schilderij instaat en dat hij de afwezigheid van een bepaalde ziekte bij het door hem verkochte vee gedurende een bepaalden met den aard dier ziekte varieerenden termijn garandeert.

VI. Ontbindingsrecht bij wanprestatie.

A. Art. 1184 C.c. en artt. 1302—1303 B.W.

In verband met de causaleer is ook steeds het ontbindingsrecht wegens wanprestatie ter sprake gekomen. Capitant (p. 259 v.) acht art. 1184 C.c. een toepassing van de leer der oorzaak, wijl bij wanprestatie van de eene partij de verbintenis van de andere partij oorzaakloos zoude worden. *) Inderdaad bestaat er ook naar onze meening zeer nauw verband tusschen de leer van de ontbinding bij wanprestatie en de causaleer, want beide hebben betrekking op het motief van een der contractanten. Een kooper belooft (verbindt zich) den door den verkooper gevraagden prijs te zullen betalen op voorwaarde, dat deze zich zijnerzijds tot levering van de door den kooper gevraagde zaak verplicht. Voldoet de verkooper aan de hem gestelde voorwaarde, dan wordt de tot dusverre voorwaardelijke verbintenis van den kooper zuiver en zijn partijen wederkeerig verbonden. Wanprestatie van den verkooper verandert daaraan juridisch niets; de door den kooper gestelde voorwaarde is en blijft vervuld. Het zoude evenwel lijnrecht tegen de bedoeling van den kooper indruischen hem bij wanprestatie van den verkooper verbonden te houden. Daarmede houdt de wet rekening en zij bevrijdt den kooper repressief door de wanprestatie van den verkooper te stempelen tot de vervulling van een aan de verbintenis van den kooper gehechte ontbindende voorwaarde, als een inversie van de vervulde opschortende voorwaarde door welker vervulling de verbintenis van den kooper zuiver is geworden. **)

---

*) Men bedenke, dat Capitant stelt: oorzaak der verbintenis = *uitvoering* van de tegenverbintenis. Wij bepalen ons tot Capitant die het standaardwerk van Cassin over dit onderwerp volgt.

**) In dit verband wijzen wij op de meening van Planiol, die art. 1184 C.c. afleidt uit het karakter van het wederkeerige contract, wijl partijen „en quelque sorte" slechts voorwaardelijk haar toestemming geven. Capitant rekent Planiol dit aan als het toepassen van een vermomde oorzaakleer en voert tegen hem aan, dat met het begrip voorwaarde de rechterlijke interventie niet te rijmen zoude zijn, aangezien de voorwaarde een partijzaak is, waarmede de rechter geenerlei bemoeienis heeft. Het betreft hier echter geen voorwaarde expressis verbis, doch een voorwaarde als uitvloeisel van de partijbedoeling. De twistappel tusschen Capitant en Planiol schijnt ons voos. Planiol heeft o.i. gelijk,

B. Persoonlijke wanprestatie.

De kooper waande de bedongen zaak te zullen verkrijgen en zoude zich niet hebben verbonden, zoo de toekomst voor hem geen gesloten boek ware geweest en hij hadde geweten, dat de verkooper in wanprestatie zoude geraken. Hij verkeert in dezelfde feitelijke omstandigheden als de kooper die een zaak heeft gekocht welke slechts in der partijen verbeelding bestond. Het zoude dan ook mogelijk zijn de wanprestatie van een der partijen te construeeren als relevante dwaling van de andere partij. Men zoude kunnen redeneeren, dat een debiteur zijn wederpartij aanziet voor een behoorlijk mensch die zijn verplichtingen nakomt en dat hij, wanneer hij zich daarin blijkt te hebben vergist, vernietiging van zijn verbintenis op grond van dwaling kan vragen. Deze constructie ligt evenwel niet voor de hand. Boven merkten wij op, dat J o s s e r a n d het verschil tusschen art. 1110 C.c. (art. 1358 B.W.) en art. 1184 C.c. (artt. 1302—1303 B.W.) zoekt in de omstandigheid, dat bij dwaling de verbintenis van stonde af aan behept is met de vatbaarheid voor vernietiging, bij wanprestatie daarentegen er eerst later mede behept wordt. Op den keper beschouwd, zoude men dit kunnen betwisten en zoude kunnen worden betoogd, dat, menschelijkerwijs gesproken, de handelaar die tarwe verkoopt, terwijl hij kan voorzien, dat tarwe niet verkrijgbaar is, van stonde af aan in wanprestatie verkeert en de verbintenis van den kooper van stonde af aan voor vernietiging vatbaar is, ook al blijkt dit, evenals bij dwaling, eerst later. Doch bij de beschouwing van het concrete geval van den koop en verkoop eener bepaalde zaak doet zich dit verschil ter dege gevoelen en het is zeer begrijpelijk dat de wet een dubbele constructie van de wanprestatie heeft gekozen. De kooper die een koperen voor een gouden horloge heeft gekocht, is van stonde af aan in dwaling geweest, terwijl de verkooper van stonde af aan in wanprestatie is geweest. De wortel van de wanprestatie ligt hier bij de zaak; er is zakelijke wanprestatie. Daarentegen stond het, menschelijkerwijs gesproken, niet van stonde af aan vast, dat de verkooper zoude gaan weigeren het verkochte gouden horloge te leveren. De wortel

---

wanneer hij art. 1184 C.c. beschouwt als een gegeneraliseerd pactum commissorium, waardoor hij aan het organische begrip van wederkeerige overeenkomst tornt. C a p i t a n t heeft o.i. gelijk, wanneer hij een beroep doet op de bedoeling van een der partijen, op de oorzaak, en nagaat of in die bedoeling een dergelijke voorwaarde ligt opgesloten. De voorwaarde moet strooken met de partijbedoeling.

van de wanprestatie ligt bij de persoonlijke gedragingen van den verkooper; er is persoonlijke wanprestatie. Bij de zakelijke wanprestatie komt de verleening van een terme de grâce niet te pas — het geleverde bepaalde koperen horloge blijft van koper, hoelang de verkooper ook uitstel krijgt; bij de persoonlijke wanprestatie daarentegen laat zij zich verklaren.

De wettelijke regeling der wanprestatie of relevante dwaling zien wij als volgt:

1°. Betreft de dwaling de zaak, waaromtrent werd gecontracteerd, in dier voege, dat deze zaak niet (meer) bestond of teniet gaat, dan geeft de wet afzonderlijke regelingen — artt. 1300, 1480, 1508, 1589, 1641, 1643 B.W. edgl.

2°. Betreft de dwaling de zaak in dier voege, dat zij weliswaar fysiek bestaat, doch niet met de eigenschappen welke haar door partijen werden toegedicht — m.a.w. wanneer zij juridisch niet bestaat — dan geldt de algemeene regeling van artt. 1358 lid 1 i.v.m. 1485 v. B.W. eventueel aangevuld met bijzondere regelingen als die van de artt. 1519 v, 1528 v., 1538, 1540 v. B.W.

3°. Betreft de dwaling den persoon van de wederpartij in dier voege, dat haar maatschappelijke persoonlijkheid, zooals die door het contract werd omschreven, niet aanwezig was, dan geldt art. 1358 lid 2 B.W.

4°. Betreft de dwaling de gedragswijze van de wederpartij bij de uitvoering van het contract, dan gelden de artt. 1279 v. of 1302—1303 B.W. Hieronder is te verstaan zoowel het geval, dat de wederpartij de door haar aanvaarde verbintenis in het geheel niet nakomt, als het geval, dat zij die verbintenis onvoldoende nakomt.

C. Rechterlijke interventie.

Is de wanprestatie van den verkooper inderdaad van dien aard, dat het lijnrecht tegen de bedoeling van den kooper indruischt hem verbonden te houden? De beantwoording van deze vraag komt toe aan den rechter en vooral de Fransche rechter is op zijn contrôlerecht zeer gesteld. Hij weigert ontbinding wegens futiele wanprestatie, waartoe de Code hem het recht verleent. Ten eerste verbiedt de Code aan de partij te wier aanzien persoonlijke wanprestatie is gepleegd, eigenmachtig tot ontbinding

over te gaan evenals zij de partij die heeft gedwaald in de (eigenschappen van) de zaak verbiedt eigenmachtig haar verbintenis te vernietigen. Ten tweede bezigt zij de woordverbinding ne .... point. „La condition réso-„lutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, „pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera p o i n t à son engage-„ment". Dit wijst erop, dat slechts totale wanprestatie, welke het nut van het contract voor de partij te welker aanzien zij wordt gepleegd geheel doet verloren gaan, ontbinding rechtvaardigt. In verschillende bijzondere artikelen wordt de bevoegdheid tot contrôle van den rechter aangedikt — bijv. art. 1729 C.c. (art. 1597 B.W.). Meestal wordt ook de zakelijke wanprestatie onder art. 1184 C.c. gebracht en art. 1110 C.c. beperkt tot die gevallen, waarin een totaal andere zaak dan de bedongene wordt geleverd. Dan komt de bevoegdheid tot souvereine rechterlijke beoordeeling scherper uit — artt. 1636, 1638 C.c. (artt. 1536, 1538 B.W.) en dan valt licht op C a p i t a n t's bestrijding van de toepassing van art. 1184 C.c. door de jurisprudentie ook in geval van overmacht. De jurisprudentie redeneert nl., dat art. 1184 C.c. het eenige artikel is, dat handelt over bevrijding van den debiteur bij wanprestatie en dat, zoo men zich op den Code wil beroepen, dit artikel in het vuur moet brengen. Weliswaar schijnt art. 1184 C.c. enkel aan toerekenbare wanprestatie te denken, doordat het in een adem van ontbinding en schadevergoeding gewaagt, doch dit is volgens de rechtspraak geen bezwaar voor analogische toepassing. C a p i t a n t (p. 305) bestrijdt deze opvatting onder aanroeping van de artt. 1722, 1741 en 1867 C.c. (artt. 1589, 1685 B.W.), maar is in zijn aanval niet sterk. Dat kan ook haast niet anders. Evenals bij de toerekenbare wanprestatie moet bij overmacht worden beoordeeld, of de wanprestatie van dien aard is, dat zij ontbinding rechtvaardigt. In de gevallen geregeld door de door C a p i t a n t aangeroepen artikelen is dit luce clarius, zoodat daar rechterlijke beoordeeling geen zin heeft. In twijfelachtige gevallen is zij daarentegen wel noodig. De Fransche rechter schijnt bij de hanteering van zijn contrôlerecht liberaal. Zoo weigerde hij ontbinding van een arbeidscontract op grond, dat de als reservist in militairen dienst opgeroepen werknemer tijdelijk niet kon arbeiden en besliste hij, dat tijdelijk werkende overmacht als mobilisatie, ziekte en werkstaking de overeenkomst niet ontbindt, doch in haar werking slechts opschort, in welke opvatting hij door de wetten van 1901 en 1909 (C a p i t a n t p. 304 noot 2) in het gelijk werd gesteld. „De aan de classieke Manchester school toegedichte

„leer der ongebreidelde concurrentie doet ook in de rechtzaal niet langer „opgeld" zoude men met Suyling (II p. 4) kunnen zeggen en ook overigens stemmen dergelijke beslissingen overeen met den geest van art. 1184 C.c., dat het persoonlijke element doet uitkomen door den schuldenaar clement te behandelen en hem, door het verleenen van een terme de grâce, in de gelegenheid te stellen alsnog aan zijn verplichtingen te voldoen.

D. Exceptio non adimpleti contractus of règle des corrélatifs.

De exceptio non adimpleti contractus is de tegenhanger van de ontbindingsactie. Evenmin als de zakelijke wanprestatie een contractant dwingt zich aanstonds tot den rechter te wenden, evenmin doet dit de persoonlijke wanprestatie. De partij te welker aanzien zij is gepleegd, kan, zoolang zij zelve nog niet heeft gepresteerd, volstaan met prestatie te weigeren en zich bij dagvaarding op de wanprestatie te beroepen, waardoor haar voorloopige feitelijke eigenrichting ongedaan wordt gemaakt. Frangenti fidem non est fides servanda. Wordt nu de in den vorm van verweer gestelde eisch tot ontbinding subsidiair vervangen door den eisch tot nakoming, dan openbaart zich de exceptie als eisch van gelijk oversteken — van prestatie trait pour trait.

Bij de bespreking van deze exc. n. a. c. houdt Capitant consequent rekening met de partijbedoeling en hij laat het verweer slechts dan toe, wanneer eene in het licht van die partijbedoeling als principaal verschijnende verplichting door de wederpartij niet wordt nagekomen, terwijl hij de exceptie ontzegt, wanneer de partij daarvan kennelijk afstand heeft gedaan door zich tot vóórprestatie te verbinden. Terecht meent hij o.i., dat er geen reden is het beginsel van de exc. n. a. c. te beperken tot het wederkeerige contract, maar dat dit beginsel ook in andere gevallen behoort te worden toegepast. Zoo zullen, wanneer een wederkeerig contract is ontbonden (nietig verklaard) de reeds geleverde prestaties trait pour trait moeten worden teruggegeven.

E. Res perit emptori.

Bij de bespreking van de exc. n. a. c. brengt Capitant (nos. 134—136) den regel res perit emptori ter sprake. Deze regel vormt een uitzondering op het beginsel van art. 1184 C.c. en geldt enkel voor den specieskoop. Hij zal door zijn ouderdom moeten worden verklaard — vgl. Asser-Van Goudoever p. 144. In de oude tijden, waaruit hij

stamt, zal de levering wel steeds met den koop zijn gepaard gegaan. Ook de huidige wet schijnt nog op dit standpunt te staan. Wat den Code betreft heeft daartoe in sterke mate medegewerkt de bepaling van art. 1583 C.c., krachtens welke het eigendomsrecht van de gekochte speciezaak terstond met den koop op den kooper overgaat, zoodat juridisch naar Fransch recht niet de regel res perit emptori doch de regel res perit domino geldt. Capitant merkt echter terecht op, dat de kooper niet tevreden is met het eigendomsrecht, doch de feitelijke beschikkingsmacht over de zaak wil hebben. Daarbij verdient evenwel art. 1247 C.c., dat alle schuld tot haalschuld stempelt, de aandacht. De wet schijnt van de opvatting uit te gaan, dat een kooper de door hem gekochte specieszaak aanstonds ontvangt, althans haar aanstonds, aangezien zij bepaald is, kan afhalen, zoodat het van zijn eigen talmen afhangt, hoeveel risico hij loopt. In onze wet is de bepaling van art. 1583 C.c., inhoudende dat de eigendom aanstonds op den kooper eener specieszaak overgaat, niet overgenomen — art. 1496 B.W. Des te merkwaardiger is het dan ook, dat art. 1429 B.W., hetwelk van art. 1247 C.c. afwijkt door schulden tot brengschulden te stempelen, niet van den Code is afgeweken voor zoover het speciesschuld betreft. Voor gevallen van specieskoop, waarbij een termijn is bepaald, zoodat de kooper het niet in zijn macht heeft de zaak onmiddellijk af te halen, kan o.i. art. 1496 B.W. wel worden uitgeschakeld. *)

F. Historie.

Dat Pothier vermoedelijk Pufendorf niet al te bewust heeft gevolgd bij de bespreking van de leer der dwaling blijkt ook uit Houwing's artikelen omtrent den oorsprong van art. 1184 C.c. (Houwing R.O. p. 166 v.).

Art. 1184 C.c. stamt uit het Canonieke recht. Dit recht verleende, in afwijking van de Romeinsche lex commissoria welke den huurder met

---

*) De verbintenis van den verkooper eener specieszaak vertoont in het Fransche recht de merkwaardigheid, dat zij gelijktijdig met haar ontstaan tenietgaat voor zoover zij betreft de verschaffing van eigendomsrecht. De verkooper is zoowel krachtens eigendomsrecht als krachtens vorderingsrecht van den kooper verplicht de zaak aan dezen in feitelijk bezit over te dragen (délivrance). T.a.v. genuszaken heeft de Code een andere regeling. Art. 1585 C.c. bepaalt, dat de genuszaken voor risico van den verkooper blijven, totdat zij zijn gewogen, geteld of gemeten en daardoor zoodanig geïndividualiseerd, dat zij met specieszaken op één lijn staan.

(3 jaren) huurschuld onverbiddelijk van de hoeve verbande, aan een huurder die (gedurende 2 jaren) nalatig was met de betaling van de pacht een termijn om zich alsnog te beteren. Op persoonlijke wanprestatie slaat art. 1184 C.c. blijkens zijn oorsprong.

Pothier echter heeft eveneens de zakelijke wanprestatie in verband met het ontbindingsrecht wegens wanprestatie behandeld. In zijn Traité du Contrat de la Vente bespreekt Pothier naar aanleiding van de lex commissoria zoowel de persoonlijke wanprestatie of het verwijl (la demeure) als de zakelijke wanprestatie of inexécution. Deze inexécution is dwaling van de wederpartij. Dat blijkt uit de door Pothier gegeven voorbeelden, welke voornamelijk aan het leenrecht zijn ontleend. Zoo noemt hij als voorbeeld van inexécution het geval, dat een verkocht onroerend goed een bepaalde toegezegde leenrechtelijke eigenschap miste. Dit is ook een voorbeeld van dwaling volgens Pothier. Immers die toegezegde leenrechtelijke eigenschap was „la qualité que les parties ont „eue principalement en vue et qui fait la substance de la chose." Houwing (R.O. p. 201) wijst er dan ook terecht op, dat de ontbinding wegens inexécution bij Pothier overgaat in een vordering wegens dwaling. Doordat Pothier de inexécution met de lex commissoria in verband brengt en tengevolge van de omstandigheid, dat de constructie op art. 1110 C.c. moeilijker is dan die op art. 1184 C.c. moet o.i. worden verklaard, dat art. 1110 C.c. in de praktijk niet tot groei is gekomen. *)

---

*) In zijn Traité de la procédure civile, no. 737, sub 4°, behandelt Pothier een leenrechtelijk geval wel als voorbeeld van dwaling. Dat laat zich begrijpen, omdat het daar niet dwaling omtrent de contraprestatie, maar dwaling omtrent de eigen prestatie betreft. Ook dwaling omtrent de contraprestatie, hetgeen objectief inexécution is, is echter dwaling. Dat Pothier de inexécution niet als dwaling behandelt is vermoedelijk ook toe te schrijven aan invloed van Domat. Deze behandelt dwaling in de eigenschappen niet gelijk Pothier als erreur sur la substance, maar op het voetspoor van Pufendorf als onderdeel van de leer der verborgen gebreken (Liv. I, tit. II, sect. 11), hetgeen Pothier bij de bespreking van het koopcontract ertoe schijnt te hebben geleid zijn dwalingsleer in den steek te laten en over te loopen naar de leer der inexécution, die evenwel dezelfde is als die der dwaling.

VII. Zonder oorzaak.

Ook de verbintenis of overeenkomst *zonder oorzaak* is volgens art. 1371 B.W. nietig. De anticausalisten hebben menigmaal deze bepaling benut om de voosheid der causaleer aan te toonen. Hoe kan iemand zich zonder motief verbinden? Dit schijnt inderdaad niet mogelijk. Evenwel men bedenke tweeërlei.

Ten eerste kan de woordverbinding „zonder oorzaak of uit valsche oorzaak" in art. 1371 B.W. als een tautologie worden beschouwd. Beziet men een in dwaling aanvaarde verbintenis objectief, dan zal men geneigd zijn te zeggen, dat zij een (ware) oorzaak mist en dat zij in het geheel niet bestaat. Beziet men haar van subjectief debiteursstandpunt, dan zal men ertoe komen haar uit valsche oorzaak en voor vernietiging vatbaar te achten. Pothier (T. d. O. no. 42) en Toullier gebruiken de termen sans cause en fausse cause dan ook door elkaar en daaruit zoude kunnen afgeleid, dat de wet moet worden geacht dit eveneens te doen. Wij geven echter de voorkeur aan de subjectieve beschouwingswijze en achten de in de dwaling aanvaarde verbintenis niet objectief zonder oorzaak, maar subjectief uit valsche oorzaak. Dit voert ons tot het volgende.

Ten tweede kan naar wij meenen aan de uitdrukking „zonder oorzaak" een eigen zelfstandige beteekenis worden gehecht. Niet elk psychologisch motief kan tevens als juridisch motief worden aangemerkt — vgl. boven p. 49. Voor zooverre het ongeoorloofde plannen, welke meestal misdadige zijn, betreft is dit in het oog springend. Eveneens is het verklaarbaar, dat het valsche motief in beginsel juridisch geen basis voor een verbintenis kan vormen, al moet ter wille van de zekerheid van het verkeer groote inbreuk op dit beginsel worden gemaakt. Naast het ongeoorloofde en het valsche motief kan nu nog een derde soort motief worden gesteld, dat juridisch ondeugdelijk moet worden geacht. Wij bedoelen het onredelijke motief. Coninck Liefsting zag dit o.i. zeer juist in, toen hij schreef (p. 242), dat niet slechts de verbintenissen uit onzedelijke en ongeoorloofde redenen aangegaan, maar ook die welke voor de maatschappij of nadeelig of in het geheel geen gewicht hebben, voor rechtssteun onvatbaar behooren te zijn. Eveneens gaat Suyling in deze richting, schrijvende (II no. 46): „Het vermogen om verbintenissen

„te scheppen is den mensch niet tot ijdel gebruik gegeven. Rechten, be-
„paaldelijk verbintenissen, mogen alleen in het leven worden geroepen,
„als zij een economisch doel dienen .... Of eene overeenkomst eene
„prestatie van economische waarde tot voorwerp heeft, zal doorgaans
„niet tot geschil aanleiding geven .... Mocht echter eens een keer de
„kwestie van de economische waarde der bedongen prestatie worden
„opgeworpen, dan zal de rechter ze, overeenkomstig de gewone verkeers-
„opvatting, dienen uit te maken. De omstandigheden van het bijzondere
„geval behoort hij daarbij wel in het oog te vatten. De afspraak, waarbij
„iemand zich tegenover een zonderling op boete verbindt zijn huis rood
„te schilderen, dient geen enkel *redelijk* (cursiveering van ons) be-
„lang en is daarom economisch waardeloos. Als een bekend architect van
„den principaal, voor wien hij eene villa bouwde, bedingt, dat het buiten-
„verblijf in bepaalde kleuren zal worden geverfd, waarborgt daarentegen
„die overeenkomst den kunstenaar, dat het artistiek effect van zijne schep-
„ping niet bedorven wordt. Zij strekt bijgevolg tot bescherming van een
„*respectabel* (cursiveering van ons) belang." Inderdaad, op het belang
dat een contractant voor oogen heeft, komt het aan. Dit belang mag niet
ongeoorloofd zijn, maar evenmin mag het onredelijk zijn. Onredelijk
moet het belang worden geacht, wanneer zijn behartiging nutteloos of
sociaal-economisch onverantwoord is. Economisch in Suyling's ge-
citeerd betoog beteekent *sociaal*-economisch. Individueel-economisch
handelt de zonderling rationeel. Hij vindt een rood geverfd huis zoo
prachtig, dat hij tot het verkrijgen daarvan zich gaarne verbindt. Sociaal-
economisch gesproken handelt hij echter onredelijk en de wetgever zoude
in strijd komen met zijn doelstelling — behartiging van het algemeen
belang — wanneer hij de verbintenis van den zonderling zoude sanctio-
neeren. De verbintenis van den zonderling mist, als zijnde zonder rede-
lijke oorzaak, rechtskracht. Hetzelfde vinden wij naar wij meenen terug
in de regeling van de curateele wegens verkwisting. Den rechtsgrond
daarvan zien wij in het vermoeden, dat de verbintenissen van den gecu-
rateerden verkwister als dienstbaar aan verkwisting een redelijke oorzaak
missen. Verbintenissen zonder oorzaak achten wij verbintenissen zonder
sociaal-economisch redelijke oorzaak en wij vinden het merkwaardig,
dat in de geschiedenis van het leerstuk der causa herhaaldelijk sprake is
van den eisch van een redelijke oorzaak of cause raisonnable. — Vgl.
M. de Villiers, Themis 1927 p. 69.

Meestal worden de sociaal-economisch onredelijke contracten over den

boeg der ongeoorloofdheid uitgeworpen. Zoo schrijft Suyling (II no. 66): „Overeenkomsten, naar haren inhoud te oordeelen, bestemd om „door de wet of de goede zeden gewraakte gevolgen in het leven te „roepen, missen verbindende kracht, *de oneconomische contracten — als „onzedelijk — inbegrepen.*" (Cursiveering van ons). Dat laat zich wel begrijpen, want immoraliteit en sociaal-economische onverantwoordelijkheid liggen dicht bijeen en de grenzen ertusschen zijn vaag. Niettemin moet tusschen beide naar onze meening onderscheid worden gemaakt. Wij denken in dit verband in het bijzonder aan de woekercontracten. Deze baren voor de leer welke met de gemeenschappelijke partijbedoeling opereert, een groote moeilijkheid. Van den handelsagent die den werkeloozen arbeider onder schoone voorspiegelingen een duren stofzuiger aansmeert, welken deze naar hij weet onmogelijk kan betalen, kan wel worden beweerd, dat hij immoreel handelt. De arbeider kan echter van immoraliteit niet worden beticht; hem kan enkel onverantwoordelijk handelen worden voorgehouden. Dergelijk contract kan o.i. dan ook moeilijk als ongeoorloofd contact worden gebrandmerkt. In de anticausalistische doctrine niet, wijl de gemeenschappelijke partijbedoeling niet ongeoorloofd is. Suyling schrijft dan ook (II no. 51): „Dat een der partijen „een ongeoorloofd oogmerk najaagt, geeft in beginsel niet het recht om „de overeenkomst, de gemeenschappelijke handeling der partijen, tot eene „immoreele te stempelen. Op dezen regel kent ons recht ééne uitzonde„ring. Woekerovereenkomsten zijn ongeoorloofd, hoewel slechts een der „partijen op ongeoorloofd gewin uit is. De verklaring van deze afwijking „ligt in de regelen der billijkheid." Evenmin is het ongeoorloofd volgens de geldende wet naar wij meenen. De wet stelt zich niet op het standpunt van den crediteur, maar op dat van den debiteur; zij kent geen nietige vorderingsrechten doch nietige verbintenissen. Niet de beweegreden van den crediteur, maar slechts die van den debiteur kan de verbintenis vitieeren. *)

*) In het Duitsche recht is het anders. Het Duitsche Burgerlijke Wetboek bepaalt in § 138:

Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.

Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, welche den Wert der Leistung dergestalt übersteigen, dass den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Missverhältnisse zu der Leistung stehen.

Hier wordt met zooveel woorden bepaald, dat het eenzijdige ongeoorloofde han-

De woekerverbintenis vertoont gelijkenis met de door geweld (dwang) afgeperste verbintenis van art. 1360 B.W. Bij deze bestaat het geweld in de uitoefening van niet-economische macht, terwijl het bij de woekerverbintenis in de uitoefening van economische macht bestaat. Evenals bij het geweld van art. 1360 B.W. zal voor de woekerverbintenis de constructie van vernietigbaarheid wegens onredelijke oorzaak met als staart mogelijke schadevergoeding zijn aangewezen. Overigens houdt naar wij meenen de verbintenis uit een onredelijke oorzaak het midden tusschen een verbintenis uit ongeoorloofde oorzaak en eene uit valsche oorzaak. De nietigheid wegens onredelijke oorzaak strekt zoowel ter bescherming van het belang van den debiteur als van het algemeen belang tegen sociaal-economisch verwerpelijke verbintenissen.

Gaat dit evenwel niet veel te ver? Wordt aldus het verkeer door het scheppen van rechtsonzekerheid niet in de war gestuurd? Dergelijke vragen stelt H a r t o g h, schrijvende (p. 279): „Is het koopen van entree-„biljetten voor eene circusvoorstelling, het koopen van parfumerieën, het „leenen van geld aan Societeit Minerva, door een ieder tot verkeersge-„wichtige handelingen te brengen? Geeft Mr. C o n i n c k L i e f s t i n g „den rechter niet vrijheid te vonnissen, dat het bijeenbrengen van geld „voor eene openbare leeszaal, een sportclub, een standbeeld, en de ver-„bintenissen, die daaruit kunnen voortkomen, bijv. uit inzameling, uit koop „van terrein, uit aanneming en uitvoering der benoodigde werken, uit „aanstelling van beambten etc., naar diens politiek-economische inzichten „moeten geacht worden voor het maatschappelijk verkeer òf nadeelig te „zijn òf geen gewicht te hebben? Kan niet op eerbiedwaardige economi-„sche en maatschappelijke gronden het belang van brandersbedrijf, oester-„winning en diamanthandel worden ontkend?"

Op deze vragen moeten wij ontkennend antwoorden. Ongetwijfeld heeft de rechter bij de beoordeeling van de redelijkheid der oorzaak groote discretionaire bevoegdheid. Evenals ten aanzien van de ongeoorloofdheid der oorzaak, zal men zich daarmede vertrouwd moeten maken. Aan het wijs beleid van den rechter zal de delicate taak van het formuleeren

---

delen van den *crediteur* de tweepartijdige overeenkomst nietig maakt, terwijl uit het woord „insbesondere" kan worden opgemaakt, dat niet steeds wederkeerige ongeoorloofdheid voor de nietigheid eener overeenkomst is vereischt, doch dat het voldoende is, dat de via het Rechtsgeschäft te verwezenlijken gevolgen, hetzij door den crediteur hetzij door den debiteur, ongeoorloofd zijn.

van de in zijn tijd algemeen gangbare sociaal-economische opvattingen moeten worden overgelaten. Evenals bij de beoordeeling der ongeoorloofdheid zal hij zich dienen te onthouden van het doen bovendrijven van sectarische opvattingen.

De algeheele uitsluiting van den rechter tot beoordeeling van de sociaal-economische redelijkheid der verbintenissen kan niet worden verdedigd met een beroep op de individueele vrijheid — vgl. Hartogh p. 283. Dergelijk beroep is o.i. het gevolg van een bepaalde sociaal-economische opvatting, nl. die der onbeperkte vrijheid van individueel-economisch handelen. Het kan zijn, dat deze de heerschende opvatting weergeeft. Is dit het geval, dan zal de rechter de redelijkheid der causa buiten beschouwing laten en verbintenissen van verkwisters en soortgelijke verbintenissen geldig moeten achten, wijl ieder absoluut vrij is in de benutting en beschikking van zijn vermogen. Naar wij meenen heeft evenwel het positieve recht nooit dergelijke absolute vrijheid van vermogensbeschikking gekend evenmin als het de leer van den souvereinen privaatrechtswil heeft gehuldigd. De causaleer heeft steeds in verband gestaan met de begrippen woeker en ongerechtvaardigde verrijking. In de Middeleeuwen was de onredelijke oorzaak een geducht wapen in de handen van de costumiere praktijk ter bestrijding van den woeker. Ook in het verdere verloop van de geschiedenis is dit verband niet verbroken en niet ten onrechte acht Hartogh (p. 132) o.i. in de causaleer van Domat en Pothier een overblijfsel van de Canonieke leer van het justum pretium, van den eisch van gelijkwaardigheid van prestatie en contraprestatie aanwezig. Evenmin heeft men tijdens het tot stand komen van den Code den eisch eener redelijke oorzaak laten varen. Boven (p. 41—42) vestigden wij de aandacht op de uiteenzettingen van Portalis. Daaruit blijkt, dat deze Code-redacteur bij het begrip verbintenis zonder oorzaak in de eerste plaats denkt aan benadeelings- of woekercontracten en door elkaar spreekt van verbintenis of overeenkomst zonder oorzaak, zonder evenredige oorzaak of zonder redelijke oorzaak.

Weliswaar is de leer van het justum pretium met haar absoluut renteverbod naar modern inzicht theoretisch onjuist. Aan den eisch van gelijkwaardigheid kan niet worden voldaan, wijl er geen objectieve gelijkwaardigheid bestaat in het ruilverkeer. De wederzijds bedongen ruilaequivalenten hebben geen objectieve gelijke waarde, doch hebben voor iedereen, voor de contractanten in de eerste plaats, subjectieve en daardoor veelal ongelijke waarde. Dit sluit evenwel niet in, dat de verhouding van pres-

tatie en contraprestatie rechtens irrelevant zoude zijn. Op grond van de ervaring vormen zich algemeen gangbare opvattingen van hetgeen als ruilaequivalent van een bepaalde prestatie is te beschouwen. Hoewel deze opvattingen op een wankele basis steunen en aan sterke wisseling onderhevig zijn, *) zullen niettemin bepaalde verhoudingen tusschen prestatie en contraprestatie als wanverhouding moeten worden gekwalificeerd, zoodat twijfel aan de redelijkheid en eventueel aan de geoorloofdheid van de oorzaak van een der verbintenissen zal rijzen. Zoo moge de geldopnemer het gebruik van een bepaalde geldsom in het heden hooger schatten dan het gebruik van het vijfvoudige bedrag na een jaar tijds, zoodat hij bereid is 400 % rente te betalen, de verhouding tusschen prestatie en contraprestatie moet als wanverhouding worden aangemerkt, wijl de normale rentevoet minder dan 400 % pleegt te zijn. In den laatsten tijd heeft de wetgever ten aanzien van het contract van geldleening in de Geldschieterswet ingegrepen en de Canonieke leer van het justum pretium in gematigden vorm positiefrechtelijk gegrondvest. Eveneens kan dergelijke wanverhouding zich in andere contracten voordoen. De verkoop van een huis ter (geschatte) (ruil)waarde van ƒ 12.000 tegen den prijs van ƒ 9500 zal niet als onredelijk kunnen worden aangemerkt, doch het begrip wanverhouding zal zich sterker opdringen, naarmate men zich den verkoopsprijs lager denkt. In den Code heeft men als grens aangenomen, waarbij de verhouding in wanverhouding overgaat, $^5/_{12}$ van den normalen prijs. Niemand zal ook den verkoop van een huis ter waarde van ƒ 12.000 tegen ƒ 4500 als redelijk kwalificeeren en nog minder tegen den „spotprijs" van ƒ 100.—. De verbintenis van den debiteur-verkooper van zoodanig huis tegen dergelijken lagen prijs heeft vermoedelijk geen redelijke oorzaak. Wellicht wilde hij echter het huis niet verkoopen, doch het schenken en werd hij daarbij geleid door een redelijk, waar en geoorloofd motief. In dat geval zoude zijn verbintenis weliswaar niet als verkoopsverbintenis, doch als schenkingsverbintenis geldig kunnen zijn. Dit voert ons echter af van het gebied der zgn. synallagmatische contracten, hetgeen niet onze bedoeling was.

---

*) Vooral in tijden van kentering der conjunctuur van hausse naar baisse blijken deze opvattingen veranderlijk en vertoonen zich onrustbarende dalingen van goederen- en effectenprijzen.

GERAADPLEEGDE LITERATUUR.

Asser, Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoléon, nagelaten werk van Mr. Carel Asser, 1838.

Asser—Van Goudoever, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Derde Deel, Verbintenissenrecht, Eerste stuk, 2e druk, bewerkt door Mr. H. van Goudoever.

Asser—Meyers, Idem, Vierde Deel; Erfrecht, bewerkt door Mr. E. M. Meyers, 2e druk, Zwolle, Tjeenk Willink, 1924.

Aubry et Rau, Cours de droit civil français, 4ième édition, 1871.

Van Bemmelen R. O., Rechtsgeleerde Opstellen II (1886—1890), door P. van Bemmelen, Lid van den Hoogen Raad der Nederlanden, E. J. Brill, Leiden, 1891.

Van Brakel, Over den termijn van art. 1547 B.W., door Dr. S. van Brakel, Themis, 1926, p. 336—353.

Bregstein, Ongegronde vermogensvermeerdering, door M. H. Bregstein. Proefschrift, Amsterdam, 1927.

Bruins, Een onderzoek naar den rechtsgrond der schadevergoeding, door G. W. J. Bruins, Proefschrift Leiden, 's-Gravenhage, 1906.

Capitant, De la cause des obligations par Henri Capitant, 3ième édition, Dalloz, Paris, 1927.

Cassin, De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution, par René Cassin, Thèse, Paris, 1914.

Chevrier, Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations par G. Chevrier, Recueil Sirey, Paris, 1929.

Colin, Théorie de la cause des obligations conventionnelles par P. Colin, Paris, 1896.

Coninck Liefsting, Algemeene Beginselen van de leer der regtsgeldigheid van verbindtenissen uit overeenkomst zooals die zich in het Romeinsche regt gevormd en later in Europa ontwikkeld heeft, door Mr. F. B. Coninck Liefsting, 's-Gravenhage, 1890.

Coumaros, Nicolas Coumaros. Le Rôle de la Volonté dans l'Acte Juridique. Tome I. Étude critique de la conception classique. Préface de M. Roger Bonnard, Recueil Sirey, Paris, 1931.

Dabin, La Théorie de la Cause. Thèse pour le doctorat spécial en droit civil par Jean Dabin, Université de Liège, Pierre Van Fleteren, Bruxelles, 1919.

Idem, Les récentes destinées de la théorie de la cause des obligations, par J. Dabin, La Belgique Judiciaire, 87eAnnée, No. 11, 1er Juin 1929.

Demolombe, Traité des contrats (Cours de Code Napoléon, Vol. XXIV), Paris, 1868.

Djuvara, Mircea Djuvara. La théorie de la cause à la lumière de la Théorie du Droit, Revue Internationale de la Théorie du Droit, Année VI, 1931—1932, No. 2—4, p. 91—105.

Domat, J. Domat. Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et le legum delectus. Nouv. éd. rev. corr. et augm. des troisième et quatrième livres du Droit public par de Hericourt, des notes — de Bouchevret sur le Legum delectus et de celles de — Berroyer et Chevalier, Paris, 1756.

Dubreuil, Des mobiles dans les contrats, par L. Dubreuil, Thèse Toulouse, 1909.

Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil par P. A. Fenet, Paris, 1836.

Van Goudoever, Zie Asser—Van Goudoever.

De Grooth, De Schuldbekentenis, door G. de Grooth, Proefschrift Leiden, 1918, A. H. Kruyt, Amsterdam.

Grotius, Inleiding tot De Hollandsche Rechtsgeleerdheid, beschreven bij Hugo de Groot, Nieuwe Uitgave, door Mr. S. J. Fockema Andreae, Arnhem, Gouda Quint, 1910.

Hartogh, De oorzaak van overeenkomst en schuldbekentenis, historisch beschouwd door H. A. Hartogh, Proefschrift Leiden, 1907, J. H. de Bussy, Amsterdam, 1907.

Van der Heyden, De toerekenbare schijn en de bronnen der verbintenis, door Prof. Mr. E. J. J. v. d. Heyden, Rechtsgeleerd Magazijn, 1928, p. 1—46.

Idem, Prae-advies voor de jaarlijksche Algemeene Vergadering van de Broederschap der Notarissen in Nederland, Correspondentie-Blad, Mei 1932.

Houwing, Dwaling bij overeenkomsten naar Nederlandsch recht, door Dr. J. F. Houwing, Ie gedeelte (art. 1358 B.W.), Proefschrift Leiden, 1888.

Houwing R. O., Rechtskundige Opstellen van Mr. J. F. Houwing, uitgegeven onder toezicht van Prof. Mr. P. Scholten, De Erven Bohn, Haarlem, 1921.

Ionasco, Les récentes destinées de la théorie de la cause dans les obligations par Trajan—R. Ionasco, Revue trimestrielle de Droit Civil, 30e Année, Janvier—Mars No. 1, 1931, p. 29—68.

Josserand, Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé par L. Josserand, Dalloz, Paris, 1928.

Kotzé, Causa in the Roman and Roman — Dutch Law of Contract by the Hon. Sir John G. Kotzé, LL. D, Juta & Co Ltd., Cape Town, 1922.

Levenbach, Iets over de spanning van de kontraktsband bij verandering in de omstandigheden, door M. G. Levenbach, Proefschrift Amsterdam, 1923.

Locré, La législation civile, commerciale et criminelle de la France, par M. le baron Locré, Paris, 1828.

Merlin, Recueil alphabétique des Questions de Droit, Paris, 1819.

Van der Meulen, De geopenbaarde beweegreden, door Dr. J. E. van der Meulen, Weekblad voor het Recht, No. 12118.

Idem, Geopenbaarde beweegreden en dwaling, door Dr. J. E. van der Meulen, Weekblad voor het Recht, No. 12129.

Meyers, De grondslag der aansprakelijkheid van contractueele verplichtingen, door Prof. Mr. E. M. Meyers, Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie, No. 2675—2679.

Idem, Opmerkingen omtrent het leerstuk der dwalingen, door Prof. Mr. E. M. Meyers, Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie, No. 2749—2752.

Idem, Zie Asser-Meyers.

Molengraaff, Leiddraad bij de beoefening van het Nederlandsche Handelsrecht, door Mr. W. L. P. A. Molengraaff, I en II, 5e herziene druk, De Erven F. Bohn, Haarlem, 1923 en 1925.

Idem, Inleiding tot het Nederlandsche Handelsrecht, door Dr. W. L. P. A. Molengraaff, 3e herziene druk, De Erven Bohn, Haarlem, 1930.

Moltzer, Moet de verbintenis uit overeenkomst afhankelijk gesteld worden van het bestaan en de geldigheid eener schuldoorzaak? Praeadvies van Prof. J. P. Moltzer, Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, 1889, I, p. 129—221.

Naber, Idem. Prae-advies van Prof. Mr. J. C. Naber, Handelingen N.J.V., 1889, I, p. 20—58.

Idem, Begrip of etiket? Rechtsgeleerd Magazijn, VIII, p. 22—36.

Oertmann, Die Geschäftsgrundlage, von Dr. Paul Oertmann, Leipzig, 1921.

Opzoomer, Het Burgerlijk Wetboek verklaard door Prof. Mr. C. W. Opzoomer, Zesde Deel, Amsterdam, 1868—1878.

Van Oven, Wilsgebreken, goede trouw en oorzaak, door Prof. Mr. J. C. van Oven, Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie, No. 3240—3243.

Pekelharing, Terugvordering van vermogensvermeerdering zonder oorzaak naar Nederlandsch recht, Proefschrift Utrecht, 1897.

Planiol, Traité Elémentaire de Droit Civil, par Marcel Planiol, 10e édition, Paris, 1926.

Pothier, Oeuvres de Pothier annotés et mis en corrélation avec le code civil et la législation actuelle, par M. Bugnet, Paris, 1848.

Prévôt, Prévôt de la Jannès. Les principes de la Jurisprudence française, exposés suivant l'ordre des diverses espèces d'actions qui se poursuivent en Justice, Paris, 1750.

Pufendorf, Le droit de la nature et des gens par le baron de Pufendorf, traduit du latin par Jan Barbeyrac, Basle, 1750.

Schlossmann, Der Vertrag, Leipzig, 1876.

Scholten, Rechtsgeleerde opstellen van de hand van oud-leerlingen, aangeboden aan Paul Scholten ter gelegenheid van zijn 25-jarig hoogleeraarschap, De Erven F. Bohn, Haarlem, 1932.

Smit, De grondslagen van ons verkeersrecht in theorie en praktijk, door Mr. M. Smit, Kampen, 1906.

Spies, De l'observation des simples conventions en droit canonique, par François Spies, Recueil Sirey, Paris, 1928.

Stampe, Das Causa-Problem des Civilrechts, Greifswald, 1904.

Star Busmann, Hoofdstukken van Burgerlijke Rechtsvordering, door Mr. C. W. Star Busmann, Haarlem, De Erven F. Bohn, I, 2e druk 1924; II, 2e druk 1925; III, 1927; IV, 1930.

Star Busmann, Bespreking van het proefschrift van Mr. Kuyck over Vrijwaring bij Koop in Rechtsgeleerd Magazijn, 1919, p. 218—220.

Suyling, Inleiding tot het Burgerlijk Recht, door Mr. J. Ph. Suyling, I. Eerste stuk, 1e en 2e gedeelte, tweede druk, De Erven F. Bohn, Haarlem, 1927 en 1928. II. Tweede stuk, 1925. VI. Zesde stuk (erfrecht) met medewerking van Mr. H. F. R. Dubois, 1931.

Toullier, Le Droit Civil Français, par Mr. C. B. M. Toullier, cinquième édition, Tome sixième, Bruxelles, 1824.

Villiers, De „redelijke oorzaak" van het Romeinsch-Hollandsch Recht, door Melius de Villiers, Themis, 1927, p. 64—69.

Zevenbergen, Aard en werking der goede trouw in het Romeinsche Verbintenissenrecht, Inaugureele Rede, Utrecht, 1928.

Zeijlemaker, Overeenkomst en Wilsovereenstemming, door Jb. Zeijlemaker Jnz., Proefschrift Leiden, 1921.

PERSONEN-REGISTER.

(DE CIJFERS VERWIJZEN NAAR DE BLADZIJDEN.)

Asser 29, 55, 56, 57, 78.
Atkin 76 noot.
Aubry et Rau 89, 98.

Bankes 76 noot.
Barbeyrac 85, 86.
Beaumanoir 50.
Van Bemmelen 16 noot, 17, 18, 20 noot, 27, 29, 30, 50, 52 noot, 59.
Bigot-Préameneu 41, 85, 86, 87, 89.
Blackstone 43.
Van Brakel 76 noot, 98.
Le Bras 45.
Bruins 12 noot.

Capitant 2, 3, 7, 18, 24, 29, 38, 42, 43, 45, 55, 66, 71, 73, 75, 100, 100 noot, 103, 104, 105.
Cassin 100 noot.
Chevrier 20, 29, 45, 46, 48, 49, 50.
Colin 5, 21, 32, 43, 44, 45, 77.
Coninck Liefsting 27, 58, 59, 60, 107, 110.
Connanus 48.
Coumaros 3, 4, 7, 12 noot.

Daam Fockema 57.
Dabin 18, 22, 28, 29, 30, 33, 35, 36, 39, 43, 44, 49, 61, 63, 73, 74, 76, 77, 78, 83.
Demolombe 80.
Diephuis 53, 80 noot.
Djuvara 4.
Domat 28, 29-39, 41 noot, 43, 44, 48, 49, 50, 72, 106 noot, 111.
Van Doorne 52 noot.
Dubreuil 4, 43.
Dumoulin 48.

Ferrière 66.

De Grooth 7.
Grotius 50, 51.
Van Goudoever 18, 19, 26, 55, 73, 80, 82, 83, 90, 91 noot, 94, 104.

Hartogh 4, 5 noot, 27, 29, 30, 33, 35, 36, 50, 51, 52, 56, 56 noot, 57, 58, 59, 65, 72, 74, 75, 78, 110, 111.
Van der Heijden 13 noot.
Houwing 10, 80 noot, 83, 86, 90, 93, 94, 95, 96, 105, 106.
Huc 89.

Jason 49.
Josserand 66, 67, 79, 80, 83, 86, 101.
Julianus 86.

Karsten 45 noot.
Van der Keesel 52 noot.
Kisch 44 noot.
Kotzé 50, 51, 51 noot.

Laurent 58, 75.
Leetz 10.
Van Leeuwen 50, 51.
Levenbach 12 noot.
Van der Linden 52 noot.
Losecaat Vermeer 23.

Merlin 43, 79.
Van der Meulen 16.
Meyers 6, 11, 11 noot, 20, 24, 90, 92, 96 noot, 97.
Modderman 86 noot.
Molengraaff 22 noot, 24, 82, 91.
Moltzer 9, 26 noot, 73, 75, 76.
Mouricault 41.

Naber 20, 20 noot, 55, 75.

k 820

Napoleon 53, 54.

Oertmann 10.
Opzoomer 75, 80 noot, 89.
Van Oven 10.

Percerou 67.
Planiol 75, 92, 96, 100 noot.
Polak 25.
Portalis 41, 42, 111.
Pothier 28, 29, 41 noot, 43, 50, 85-89, 98, 99, 105, 106, 107, 111.
Prévôt de la Jannès 40, 41.
Pufendorf 85-89, 88 noot, 90, 98, 99, 105, 106 noot.

Schlossmann 9, 12 noot, 20.
Seuffert 45 noot.
Smit 12 noot, 53, 54-56.
Spies 45, 46, 50.
Star Busmann 2, 66, 83, 90, 93, 97.
Suyling 4, 17, 22, 23, 24, 26, 28, 69, 72, 74, 75, 82, 83, 90, 97, 104, 107, 108, 109.

Telders 76 noot.
Thaller 67.
Thomas van Aquino 46.
Toullier 107.

Ulpianus 88.

Villiers 108.
Voorduin 55.

Wttwaal 27, 55.

Zevenbergen 10.
Zeylemaker 6, 10, 20, 44, 45, 48, 49.

ARTIKELEN-REGISTER.

Art.	Blz.
14	A.B. 73, 74.
344b	B.W. 99.
344f	B.W. 99.
589	B.W. 66.
932	B.W. 71, 74.
935	B.W. 69.
937	B.W. 24, 82.
938	B.W. 24, 25 noot, 82.
1099	B.W. 81.
1177	B.W. 64.
1269	B.W. 14, 15, 15 noot.
1279	B.W. 6, 71, 82, 83, 102.
1280	B.W. 96.
1290	B.W. 69, 95 noot.
1294	B.W. 22.
1297	B.W. 22.
1300	B.W. 102.
1301	B.W. 83.
1302	B.W. 22, 65, 83, 96, 101, 102.
1303	B.W. 83, 96, 101, 102.
1349	B.W. 18, 19, 21, 22, 53-56, 64, 65.
1356	B.W. 16, 19, 26, 55-56, 65, 94.
1357	B.W. 78, 79, 80 noot, 83.
1358	B.W. 8, 78, 79, 80, 80 noot, 81, 83, 84, 91, 91 noot, 92, 93, 94, 95, 96, 101, 102.
1360	B.W. 81, 110.
1364	B.W. 82.
1367	B.W. 96.
1368	B.W. 90, 93.
1369	B.W. 90, 93.
1370	B.W. 90, 93.
1371	B.W. 5 noot, 7, 24, 26, 66, 67, 74, 78, 79, 96, 107.
1372	B.W. 20, 24, 25-27, 56, 56 noot, 57, 68, 74, 78.
1373	B.W. 24, 26, 66, 74.
1374	B.W. 13.
1375	B.W. 13.
1378	B.W. 71, 74, 84.
1383	B.W. 22.
1388	B.W. 14, 15.

Art.	Blz.
1389	B.W. 14.
1390	B.W. 15.
1395	B.W. 70, 71.
1401	B.W. 70, 71.
1429	B.W. 105.
1480	B.W. 97, 102.
1482	B.W. 83, 96.
1485	B.W. 93, 102.
1488	B.W. 83.
1489	B.W. 82, 83, 97.
1490	B.W. 97, 98, 99 noot.
1492	B.W. 92, 97.
1496	B.W. 105.
1508	B.W. 97, 102.
1519	B.W. 102.
1528	B.W. 102.
1536	B.W. 103.
1538	B.W. 102, 103.
1540	B.W. 91 noot, 92, 93, 102.
1541	B.W. 92.
1542	B.W. 92.
1547	B.W. 98, 99.
1570	B.W. 91.
1584	B.W. 23.
1589	B.W. 97, 102, 103.
1597	B.W. 103.
1637a	B.W. 23.
1637b	B.W. 23.
1641	B.W. 102.
1643	B.W. 102.
1645	B.W. 99.
1655	B.W. 65.
1656	B.W. 65.
1685	B.W. 103.
1690	B.W. 24, 65.
1731	B.W. 23.
1777	B.W. 23.
1791	B.W. 23.
1929	B.W. 97.
2002	B.W. 66.
2004	B.W. 97.
48	B.Rv. 71.
3	W.v.K. 24, 25, 67.
36	W.v.K. 64.
36a	W.v.K. 64.
37	W.v.K. 64.
251	W.v.K. 82.
6	C.c. 73, 74.
900	C.c. 69, 73.
1101	C.c. 18, 19, 53-56.
1102	C.c. 19.
1108	C.c. 16, 17, 19, 19 noot, 55-56, 90.
1110	C.c. 19, 78, 80, 85, 89, 101, 103, 106.
1131	C.c. 7, 17, 19, 19 noot, 66, 74.
1132	C.c. 19, 20, 21, 25-27, 68, 74.
1133	C.c. 66, 73, 74.
1172	C.c. 69.
1184	C.c. 96, 100, 100 noot, 101, 103, 104, 105, 106.
1247	C.c. 105.
1304	C.c. 97.
1370	C.c. 14.
1371	C.c. 15.
1583	C.c. 105.
1585	C.c. 105 noot.
1636	C.c. 103.
1638	C.c. 103.
1641	C.c. 92.
1722	C.c. 103.
1729	C.c. 103 .
1741	C.c. 103.
1867	C.c. 103.
1915	C.c. 54.
1917	C.c. 54.
632	C.d.c. 67.
134	D.B.G. 73.
138	D.B.G. 74, 109 noot.

STELLINGEN.

I.

Bij derden-beslag op vorderingen welke eerst na opzegging door den debiteur opeischbaar zijn, treedt de opeischbaarheid in na het verstrijken van den op het tijdstip van het uitbrengen van de dagvaarding tot verklaring en afgifte loopenden opzeggingstermijn.

II.

Het verzoek tot openlegging van koopmansboeken ingevolge art. 8 W. v. K. moet aan soortgelijke eischen van bepaaldheid voldoen als welke aan een dagvaarding worden gesteld.

III.

De Kamerontbinding in 1933 was gerechtvaardigd als een beroep op den volksgeest tot tempering van het parlementaire stelsel.

IV.

Niet-uitoefening van kiesrecht behoort niet crimineel strafbaar te zijn, doch aan herhaalde niet-uitoefening behoort tijdelijk of blijvend verlies van kiesrecht te worden verbonden.

Eveneens behoort hij die zich het kiesrecht niet waardig betoont, dit recht tijdelijk of blijvend te verliezen.

V.

Verduistering moet onder meer worden aangenomen:

1°. Wanneer iemand die eenig vermogensbestanddeel onder zich heeft met verplichting het tot eenig bepaald doel te benutten, ter bereiking van eigen voordeel of ten voordeele van een derde daarover beschikt in strijd met deze verplichting tot eenig ander doel, wetende, dat van deze beschikking benadeeling van dengene te wiens nutte hij het vermogensbestanddeel onder zich heeft, het gevolg kan zijn;

2°. Wanneer hij weliswaar tot het bepaalde doel over het vermogensbestanddeel beschikt, doch met het oogmerk uit winstbejag dengene te wiens nutte hij het onder zich heeft, te benadeelen door kennelijk in strijd met de goede trouw het ten nadeele van dezen aan te wenden.

VI.

Door de woorden „te zijnen aanzien" in art. 68 W. v. S. wordt aangeduid, dat de einduitspraken genoemd in de artt. 348—349 W. v. Sv. niet, die genoemd in de artt. 351—352 W. v. Sv. wel herhaling van vervolging uitsluiten.

VII.

De Oostenrijksche grenswaarde-leer geeft een hypothetisch-historische verklaring van het ruilverkeer.

VIII.

Inhouding op bezoldiging of pensioen kan worden toegepast, niettegenstaande cessie van bezoldiging of pensioen heeft plaats gehad.

IX.

Korting en beperking van beslag op de aan zgn. mobilisatie-slachtoffers ingevolge de Wet van 3 December 1931, S. 489, toegekende uitkeeringen is in overeenstemming met de strekking van de Ambtenarenwet 1929, S. 530; een uitdrukkelijke wets-bepaling dienaangaande is noodig.