De leer der laesio enormis en haar toepassing bij boedelscheiding

DE LEER DER LAESIO ENORMIS EN HAAR TOEPASSING BIJ BOEDELSCHEIDING

Mr. P. GROENEBOOM

JURIDISCHE BOEKHANDEL EN UITGEVERIJ
A. JONGBLOED
's GRAVENHAGE

Drukkerij „Lorentz", 's Gravenhage

DE LEER DER LAESIO ENORMIS EN HAAR TOEPASSING BIJ BOEDELSCHEIDING

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN DOCTOR IN DE RECHTSGELEERDHEID AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT, OP GEZAG VAN DEN WAARNEMENDEN RECTOR MAGNIFICUS PROF. L. VAN VUUREN, HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER LETTEREN EN WIJSBEGEERTE, TE VERDEDIGEN TEGEN DE BEDENKINGEN VAN DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID OP WOENSDAG 11 FEBRUARI 1942, DES NAM. TE 4 UUR DOOR

PETRUS GROENEBOOM

GEBOREN TE UTRECHT

JURIDISCHE BOEKHANDEL EN UITGEVERIJ

A. JONGBLOED

's GRAVENHAGE

1942

AAN MIJN OUDERS.

AAN MIJN VROUW.

Bij het bewerken van dit proefschrift, waarvoor veel oude rechtsliteratuur diende te worden geraadpleegd, moest ik het wel als een groote moeilijkheid ondervinden, dat niet alleen de eigen bescheiden boekerij te Rotterdam, doch ook vrijwel alle belangrijke verzamelingen ter plaatse, in het bijzonder die van het Rotterdamsch Leeskabinet, in Mei 1940 verloren zijn gegaan, terwijl mijn werkkring mij weinig gelegenheid liet, om andere bibliotheken te bezoeken. Hoewel ik veel medewerking ondervond van het personeel van dit Leeskabinet, dat weleer het wetenschappelijk toevluchtsoord van de Rotterdamsche Balie was, heeft dit instituut nog steeds zijn oude welvoorzienheid niet herkregen. Ik moge deze nuttige instelling derhalve nog eens in de belangstelling aanbevelen.

Het is voor mij een bijzonder voorrecht, dat ik Prof. Mr. Chr. Zevenbergen bereid heb gevonden als mijn promotor op te treden. Voor de hulp en steun, bij de voltooiïng van deze dissertatie ondervonden, ben ik hem zeer erkentelijk.

INLEIDING.

§ 1. „Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengenen, die dezelve hebben aangegaan, tot wet" (art. 1374 lid 1 B.W.). Niet „wettiglijk gemaakt" is de overeenkomst o.m., wanneer aan de toestemming van één der partijen een wilsgebrek kleeft. De wet noemt drie wilsgebreken met name, nl. dwang, dwaling en bedrog.

Langen tijd is als een vierde wilsgebrek aangemerkt benadeeling, bijv. hierin gelegen, dat de verkooper aanmerkelijk minder voor zijn goed ontving dan de werkelijke waarde, dat de kooper een prijs betaalde, welke ver uitging boven wat normaal voor de verworven waar diende te worden besteed en in het algemeen, dat de waarde der praestatie van één der partijen bij een overeenkomst belangrijk afweek van de objectieve waarde der contra-praestatie.

Een wilsgebrek kan men dit verschijnsel inderdaad noemen, wanneer men het ongunstige resultaat, dat op deze wijze voor één der partijen uit de overeenkomst voortvloeit, toeschrijft aan de omstandigheid, dat zij, vooral in economischen zin, de mindere was van de wederpartij of dat zij tot het aangaan der overeenkomst is gekomen onder den invloed van moreel overwicht.

Waarschijnlijk een gevolg van deze opvatting is, dat in het latere Romeinsche recht deze „tenuior" werd vergeleken met een minor en hem als rechtsmiddel de in integrum restitutio ter beschikking werd gesteld, om de nadeelige gevolgen zijner verbintenis ongedaan te maken.

Behalve ten behoeve van de minores kende het klassieke Romeinsche recht deze bescherming van den zwakkere of minder ontwikkelde niet. De voor elke verbintenis afzonderlijk vastgestelde prijs gold als juist, waarbij het er dus volstrekt niet toe deed, of deze en de normale, gangbare prijs elkaar dekten. Objectieve equivalentie speelde geen rol; uitsluitend partijen zelve hadden

de wederzijdsche praestaties te bepalen en waren aan haar subjectieve waardeering gebonden.

Naast economische factoren, waren het later mogelijk ook overwegingen van moreelen en Christelijken aard, welke vermoedelijk eerst ten tijde van Justinianus de leer van het justum (niet in den zin van: volgens het recht, doch van: rechtvaardig) pretium in het privaatrecht ingang deden vinden, een leer, zonder welke het ontstaan van een begrip als dat der laesio enormis, zeer aanmerkelijke benadeeling in vergelijking met de werkelijke waarde, ondenkbaar is.

In de Middeleeuwen en in het daarop volgende tijdperk heeft dit begrip zich in velerlei nuances ontwikkeld en het heeft groote beteekenis gehad in het rechtsleven tot aan de 19de eeuw.

Het had afgedaan met de Fransche revolutie, afkeerig als deze was van Christelijke leerstellingen, omdat, in theorie althans, gelijkheid voor allen bestond en dus geen tegenstelling tusschen sterken en zwakken en omdat in het privaatrecht partijen niet aan banden moesten worden gelegd, doch zij ook hier vrij dienden te worden gelaten om alle (en desnoods ook voor één harer nadeelige) overeenkomsten aan te gaan. Als praktisch bezwaar tegen de leer van het justum pretium deed zich daarbij gelden de omstandigheid, dat de voortdurende wisselende koers der geldmiddelen en de groote verscheidenheid daarvan het vrijwel ondoenlijk maakten, voor een praestatie een ook maar eenigszins stabiel justum pretium vast te stellen.

Een decreet van 14 fructidor van het jaar III schafte dan ook de rechtsvordering tot ontbinding wegens benadeeling tusschen meerderjarigen af [1]).

§ 2. In den Code civil (vgl. Hoofdstuk III) en in onze wetgeving is aan het begrip benadeeling slechts een zeer bescheiden plaats ingeruimd, zij het, dat daaraan bij de behandeling van den titel „van koop en verkoop" ampele beschouwingen zijn gewijd [2]).

In ons Burgerlijk Wetboek, nl. in art. 1158, 3° e.v., wordt nog slechts meer uitvoerig geregeld de vernietiging eener boedelscheiding wegens benadeeling.

---

[1]) La convention nationale, sur le rapport de son comité de législation, décrète: Article premier: L'action en rescision de contrats de vente ou équipollant à vente entre majeurs pour lésion d'outre moitié, est abolie à l'égard des ventes, qui seront faites à compter de la publication de la présente loi.

[2]) Voorduin, Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken (1838), V, pag. 146—158.

Terwijl vroeger scheiding en deeling veelal gelijk werd gesteld met ruiling of met koop, heeft zij zich geleidelijk ontwikkeld tot een afzonderlijk leerstuk. Aan de omstandigheid, dat men in het algemeen vrij is een overeenkomst aan te gaan dan wel dit na te laten, terwijl men bij een boedelscheiding tot het verrichten van rechtshandelingen gedwongen is, dankt waarschijnlijk de leer der laesio enormis haar in het B.W. opgenomen erkenning. Zij strekt hier tot bescherming van den deelgerechtigde of de deelgerechtigden, die door de scheidingshandelingen aanmerkelijk zijn benadeeld.

Intusschen schijnt na een eeuw van ongenade aan de begrippen justum pretium en laesio enormis een nieuw leven te zijn beschoren.

In enkele wetgevingen van jongeren datum is het standpunt verlaten, dat de vrijheid van partijen bij het aangaan harer overeenkomsten volkomen ongebreideld behoort te zijn en dat de economisch sterkere zijn positie volledig mag uitbuiten. Aan deze veranderde opvatting ligt ongetwijfeld de gedachte ten grondslag, dat de zwakkere in vele gevallen volstrekt niet vrij is, om een overeenkomst aan te gaan of daarvan af te zien, al naar het hem lijkt.

Het B.G.B. verklaart in par. 138 in strijd met de goede zeden en nietig een rechtshandeling, waarbij de een, door van den noodtoestand, de lichtzinnigheid of de onervarenheid van den ander misbruik te maken, voor zich of een derde iets bedingt, dat zoozeer de waarde der eigen praestatie te boven gaat, dat, de omstandigheden in aanmerking genomen, de bedongen voordeelen in duidelijke wanverhouding staat tot de (eigen) praestatie [1]).

De Zwitsersche Code des Obligations bepaalt in art. 21, dat ontbinding eener overeenkomst kan worden gevraagd, wanneer nadeel veroorzaakt is door misbruik te maken van moeilijke omstandigheden, lichtzinnigheid of onervarenheid [2]).

De bepaling van het B.G.B. werd overgenomen en uitgebreid met de rechterlijke bevoegdheid, om den omvang der verbintenis van den benadeelde te matigen, in het Nederlandsch-Indisch Recht (K.B. 17 Juli 1916, Ind. Stbl. 1916, no. 643):

„Indien bij eene overeenkomst eene der partijen, misbruik makende van de lichtzinnigheid, onervarenheid of noodtoestand

---

[1]) Vgl. hiervoor Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3de dr. (1927), pag. 483 e.v. en Leonhard, Besonderes Schuldrecht (1931), II, pag. 355 e.v.

[2]) Vgl. hiervoor von Tuhr, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts (1924), pag. 280 e.v.

der wederpartij, voor zich of een derde eenig voordeel heeft bedongen, dat hare eigen uit de overeenkomst voortvloeiende verpligting zoodanig in waarde overtreft, dat, in verband met de omstandigheden, de onevenredigheid van de wederzijdsche verbintenissen buitensporig is, kan de rechter, op verzoek der benadeelde partij, de verpligting dier partij matigen of de overeenkomst nietig verklaren en zal hij bij zijn uitspraak in het geding tevens de gevolgen voor beide partijen naar billijkheid regelen, met dien verstande, dat ingeval van nietigverklaring van de overeenkomst, partijen zooveel mogelijk zullen moeten worden hersteld in den staat, waarin zij zich vóór het aangaan van de verbintenis bevonden.

Het bewijs door getuigen is in alle gevallen toegelaten."

In de praktijk vond deze bepaling weinig toepassing [1]), omdat het verzoek daartoe diende uit te gaan van de benadeelde partij en omdat op deze — volgens vrijwel constante jurisprudentie — de bewijslast rustte, dat de wederpartij „misbruik" had gemaakt van „lichtzinnigheid, onervarenheid of noodtoestand".

In onbekendheid met het rechtsmiddel ontkende de benadeelde partij veelal iedere overeenkomst met de wederpartij, waarbij uiteraard een beroep op de bepaling was uitgesloten.

Daarnaast werd door de benadeelden het bewijs van eigen lichtzinnigheid, onervarenheid of noodtoestand te beschamend geacht en was dit bewijs evenmin gemakkelijk te leveren als dat van het „misbruik", dat de wederpartij van de genoemde omstandigheden moest hebben gemaakt.

Daarom is een gewijzigde regeling ingevoerd, krachtens welke de rechter bevoegd is ambtshalve in te grijpen, terwijl daarbij onevenredigheid der verplichtingen op zichzelf reeds voldoende grond is om abnormale omstandigheden eenerzijds en misbruik anderzijds te presumeeren.

De „Woeker-ordonnantie 1938" (Indisch Staatsblad 1938, no. 524) bepaalt thans in artikel 2:

„Indien tusschen de wederzijdsche verplichtingen der partijen bij eene overeenkomst van den aanvang af een zoodanig verschil in waarde heeft bestaan, dat, in verband met de omstandigheden, de onevenredigheid van die verplichtingen buitensporig is, kan de rechter, op verzoek der benadeelde partij of ook ambtshalve, de verplichting dier partij matigen of de overeenkomst nietig verklaren, tenzij aannemelijk is, dat de benadeelde partij de gevolgen

---

[1]) Vgl. Memorie van toelichting op het ontwerp der Ordonnantie tot bestrijding van den woeker, opgenomen in no. 18 van de Wetgevingsbijlagen van het Indisch Tijdschrift van het Recht dd. 11 Juli 1938, pag. 21 e.v.

van de door haar aangegane verbintenis ten volle heeft overzien en zij niet gehandeld heeft in lichtzinnigheid, onervarenheid of noodtoestand.

Het bewijs door getuigen is in alle gevallen toegelaten.

Alvorens een beslissing te nemen, als in het eerste lid bedoeld, zal de rechter partijen in de gelegenheid stellen zich uit te spreken over de omstandigheden, die een buitensporige onevenredigheid van de wederzijdsche verplichtingen zou kunnen rechtvaardigen.

Indien de rechter een beslissing neemt, als in het eerste lid bedoeld, zal hij bij zijne uitspraak in het geding tevens de gevolgen voor beide partijen naar billijkheid regelen, met dien verstande, dat, ingeval van nietigverklaring van de overeenkomst, partijen zooveel mogelijk zullen worden hersteld in den staat, waarin zij zich vóór het aangaan van de verbintenis bevonden."

Uitdrukkelijk bepaald is dus, dat de onevenredigheid der wederzijdsche verplichtingen „buitensporig" moet zijn en dat deze reeds van den aanvang af moet hebben bestaan. Later ingetreden onvoorziene omstandigheden, als waardedaling van het betaalmiddel e.d. blijven dus buiten beschouwing. De rechter is tot ingrijpen bevoegd, doch niet verplicht. Ook echter, wanneer de benadeelde partij de gevolgen van haar verbintenis heeft gekend, is rechterlijke tusschenkomst mogelijk, tenzij er goede gronden voor de buitensporige onevenredigheid hebben bestaan en de benadeelde niet heeft gehandeld in lichtzinnigheid, onervarenheid of noodtoestand.

Grond voor vernietiging der overeenkomst is in deze gevallen niet dwang, bedrog of dwaling, doch een vierde wilsgebrek, dat is te herleiden tot het misbruik maken van de geestelijke of economische minderwaardigheid van den benadeelde.

Verwant aan deze materie is de Engelsche leer omtrent de undue influence [1]), welke als uitvloeisel van de equity-gedachte, den benadeelden contractant een zelfstandig middel geeft, om een onder onredelijken invloed der wederpartij aangegane overeenkomst vernietigd te krijgen [2]).

---

[1]) Vgl. hiervoor Prof. Meijers: „Vernietiging van rechtshandelingen op grond van benadeeling van een der handelende personen" in W.P.N.R. 3371 en 3372.

[2]) De Engelsche leer omtrent de „consideration" staat hier m.i. buiten, omdat deze wel „real" dient te zijn, doch volstrekt niet tot equivalentie behoeft te leiden. Vgl. „Problemen van consideration en causa" door Mr. P. W. van Doorne in den bundel: Rechtsgeleerde opstellen, aangeboden aan Prof. Mr. Paul Scholten (1932), blz. 94 e.v.

§ 3. Ten aanzien van het begrip „benadeeling" bevat ons Burgerlijk Wetboek, behalve het algemeene voorschrift van art. 1486, art. 1099 lid 2, de afwijzende bepaling van art. 1895 lid 2, en de regeling omtrent benadeeling van derden in art. 1377, geen andere bepalingen dan die bij boedelscheiding en over de vraag, of deze in het jus constituendum dienen te worden opgenomen, kan men verschillend denken. Is het immers aan den eenen kant gewenscht, dat de rechter zijn beslissingen kan baseeren op een wettelijke regeling, welke bepaaldelijk voor dit leerstuk is gegeven, aan den anderen kant doet de groote verscheidenheid van gevallen, welke zich in de rechtspraak hebben voorgedaan, zien, dat met één of enkele artikelen niet het geheele gebied zou kunnen worden bestreken en dat ook een meer uitgewerkte serie wettelijke voorschriften nog velerlei lacunes zou vertoonen.

Wellicht verdient het derhalve de voorkeur den rechter vrij te laten en voorshands de ontwikkeling der jurisprudentie af te wachten, welke tot dusver in vele gevallen tot doeltreffende beslissingen heeft geleid. Wanneer nauwe verwantschap met de leer der „Ausbeutung der Notlage" of „undue influence" was aan te toonen, werd meermalen de oorzaak der overeenkomst ongeoorloofd geacht als strijdig met de goede zeden of wordt door den in rechte aangesproken debiteur eener praestatie het verweer gevoerd, dat nakoming voor hem zóó bezwaarlijk of nadeelig zou zijn, dat de crediteur met zijn daartoe strekkende vordering in strijd komt met de eischen van goede trouw (B.W. art. 1374 lid 3) [1]).

Niet alleen echter legt de Hooge Raad tot dusver art. 1374 lid 3 B.W. in dien zin uit, dat een der partijen niet met een beroep op dit wetsvoorschrift ontslagen kan worden van eenig uitdrukkelijk overeengekomen beding [2]), bovendien wordt wel eens teveel met de „goede trouw" geschermd als ultimum remedium, waar een werkelijk juridisch gefundeerd verweer onvindbaar blijkt en slechts een speculatie op het mededoogen van den rechter overblijft. Dan wordt voorbij gezien, dat het wettelijk begrip „goede trouw" eerst

---

[1]) Vgl. praeadviezen Ned. Jur. Ver. 1936 van Mr. A. F. Visser van IJzendoorn en Prof. Mr. M. H. Bregstein: „Moet den rechter de bevoegdheid toekomen verbintenissen uit overeenkomst op bepaalde gronden, zooals goede trouw, te wijzigen?", Handelingen N.J.V. 1936 I (tweede stuk), pag. 8 en 43 e.v. praeadvies Visser van IJzendoorn en pag. 11 e.v. en 36 e.v. praeadvies Bregstein.

[2]) Vgl. o.a. H.R. 8 Januari 1926, N.J. 1926, pag. 202 e.v., W. 11464: „art. 1374 lid 3 en 1375 B.W. hebben niet de strekking, om door de werking der billijkheid aan het uitdrukkelijk bepaalde zijn kracht te ontnemen en dusdoende de uit de overeenkomst voortspruitende verbintenissen te niet te doen".

aan de orde komt bij de uitvoering der overeenkomst en niet bij het sluiten daarvan.

Een aanval op de oorzaak der overeenkomst heeft meer kans van slagen, omdat zij daarmede wordt aangetast in haar werkelijken grondslag en dit schijnt dan ook het aangewezen middel, om zonder begrips-verkrachting tot het verlangde resultaat te komen. Dit klemt te meer, nu de Hooge Raad de nog in 1914 verkondige opvatting [1]), dat de oorzaak der verbintenis is de praestatie der tegenpartij, sedert 1922 [2]) heeft vervangen door de leer, dat de oorzaak is de strekking der overeenkomst, het oogmerk van beide partijen [3]). Toepassing van deze leer op de gevallen, waarin misbruik is gemaakt van den noodtoestand der wederpartij levert echter dit bezwaar op, dat de overeenkomst geldig is, wanneer het immoreele oogmerk slechts bij één der partijen aanwezig is.

§ 4. De herleefde belangstelling voor het vraagstuk der benadeeling deed mij besluiten een onderzoek in te stellen naar de geschiedenis van de laesio enormis en de daaraan zoo na verwante leer van het justum pretium, om vervolgens het leerstuk der benadeeling bij boedelscheiding naar geldend Nederlandsch recht te behandelen en dit aan de verkregen resultaten te toetsen.

Bij mijn beschouwingen over de laesio enormis in het algemeen moet ik mij in hoofdzaak bepalen tot de groote lijnen der historische ontwikkeling, omdat de dogmatiek over zooveel eeuwen verdeeld, zoo veelomvattend en zoo verscheiden is, dat het ondoenlijk is daarvan een ook maar eenigszins volledig overzicht te geven. Bovendien hebben ook deze leerstellingen thans in hoofdzaak nog slechts historische beteekenis, zoodat met het noemen van enkele problemen en de verst uiteenloopende oplossingen daarvan moge worden volstaan.

---

1) H.R. 24 April 1914, N.J. 1914, 668, W. 9665.

2) H.R. 6 Januari 1922, N.J. 1922, 265, W. 10855, vgl. Diephuis Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, X (1886), pag. 413 en 414.

3) Vgl. praeadviezen Ned. Jur. Ver. 1937 van Mr. Dr. Charles van Oppen en Prof. Mr. J. C. van Oven over de vraag: „Is een wettelijke regeling gewenscht van de gevolgen van nietigheid eener overeenkomst wegens ongeoorloofde oorzaak?", Handelingen N.J.V. 1937, I (tweede stuk), blz. 2 e.v. praeadvies v. Oppen en blz. 19 e.v. praeadvies v. Oven. Vgl. ook de artikelen van Prof. van Oven: „Wilsgebreken, goede trouw en oorzaak" in W.P.N.R. 3240 e.v. en „De oorzaak der overeenkomst" in W.P.N.R. 3385 e.v.

§ 5. In de Middeleeuwen waren het de Fransche en Italiaansche Romanisten, die zich in de theorie der laesio enormis verdiepten. Later waren het vooral de Fransche doctores utriusque juris in hunnerzijds wetenschappelijken strijd met het gewoonte-recht, dat door een systeem van renuntiaties tegen een te veelvuldige toepassing van ontbinding der overeenkomsten wegens laesio enormis reageerde.

Verder dienen genoemd te worden onze landgenoot Gerard Noodt (1647—1725) en de Duitsche rechtsgeleerde Christian Thomasius (1655—1728), wiens werk „De aequitate cerebrina legis secundae C. de rescindenda venditione et ejus usu practico" (Halle 1706) zelfs nog bij de totstandkoming onzer wetgeving is aangehaald.

Van de moderne schrijvers noem ik slechts Gradenwitz, Albertario, Brassloff, Solazzi, Meynial, Scheuer, Genzmer en Jolowicz, alsmede de Fransche dissertatie: Les vices de consentement dans les contrats de notre ancien Droit, I, La lésion, van Marcel Mémin (Parijs 1926) en de studie van den Belgischen rechtsgeleerde René Dekkers: La lésion énorme, introduction à l'histoire des sources du droit (Parijs 1937).

HOOFDSTUK I.

DE LEX SECUNDA TOT EN MET JUSTINIANUS.

§ 6. De leer der laesio enormis is gebaseerd op een tekst van den Codex Justinianus uit den titel „De rescindenda venditione" (C. 4,44,2), welke naar de letter de weergave zou zijn van een rescript van Diocletianus uit het jaar 285.

Deze tekst luidt:

> Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Aurelio Lupo: Rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit [1]), humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente judicis, vel, si emptor elegerit, quod deest justo pretio recipies. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.

Eeuwen lang is de authenticiteit van deze lex niet in twijfel getrokken.

Dekkers [2]) schrijft dit toe aan de omstandigheid, dat de Romanisten der Middeleeuwen en der Renaissance in het Latijn dachten en zij daarom den tekst niet behoefden te ontleden. De tegenwerping ligt voor de hand, dat een werkelijk taalkundig onjuiste tekst („de kreupele zinnen") eerder moest opvallen aan degenen, die in de taal van den Codex plachten te denken en te schrijven, dan aan hen, voor wie de klassieke philologie slechts een aangeleerd hulpmiddel is om de Latijnsche teksten te kunnen lezen. Het zou den juristen der Middeleeuwen en van den nieuweren tijd stellig niet aan critiek in puntigen vorm ontbroken hebben, indien de bewoordingen der lex secunda inderdaad zoo belangrijke taalkundige grofheden aankleefden.

Aannemelijker is dan ook de opvatting van o.a. Scheuer [3]), dat

---

[1]) Aldus in de editie Paulus Krueger, Berlijn 1895. In andere uitgaven, o.a. die van den Codex te Amsterdam van 1681 wordt hier gelezen: distraxerit.

[2]) t.a.p., pag. 16.

[3]) Die Laesio enormis im römischen und im modernen Recht, in het Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, deel 47 (1934), pag. 80.

het Corpus juris van Justinianus tot het einde der 16de eeuw heeft gegolden als het gewijde boek der rechtswetenschap, aan welks letterlijken tekst niet geraakt mocht worden.

Tekstcritiek werd het eerst beoefend door Cujas (1522—1590), Faber (1557—1624), Wissenbach (1607—1665), door onzen landgenoot, den Franeker hoogleeraar Huber (1636—1694) en voor wat speciaal de lex secunda betreft door Noodt en Thomasius.

Noodt ontwikkelt in zijn Commentarius in D. Justiniani libros XXVIII Digestorum (XVIII, 5: De rescindenda venditione et quando licet ab emptione discedere) de theorie, dat de lex secunda oorspronkelijk niet van algemeene strekking is, doch slechts een rescript, dat voor een particulier de oplossing brengt van de moeilijkheid, door hem bij een bepaalde koopovereenkomst ondervonden. Noodt is intusschen van oordeel, dat op grond van de aequitasgedachte, welke aan het „humanum est" der lex secunda ten grondslag ligt, ook bij alle overige bonae fidei overeenkomsten de oplossing moet worden gezocht in den zin van het rescript.

Thomasius verkondigde het eerst de opvatting, dat de lex secunda in den overgeleverden vorm niet van Diocletianus afkomstig kon zijn en dat zij dus moest zijn geïnterpoleerd.

Dit standpunt wordt tegenwoordig vrijwel algemeen aanvaard [1]).

§ 7. De beantwoording van de vraag, wanneer en hoe de lex secunda haar definitieven vorm heeft verkregen, is van beslissende beteekenis voor haar interpretatie.

Een begrip als dat der laesio enormis kan slechts ontstaan en zich ontwikkelen, wanneer wordt voldaan aan deze twee voorwaarden, ten eerste, dat het noodzakelijk of gewenscht wordt geacht aan de partij bij een overeenkomst, welke anders dan tengevolge

---

[1]) Anders: L. Landucci, La lesione enorme nella compera e vendita, Atti Istit. Veneto deel 75, 1916, pag. 1189—1255 en Bernhard Fränkel: Die verkannte Laesio enormis (dissertatie Rostock 1930). De studie van Landucci is uitvoerig besproken en bestreden in Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche (deel L. XIII, 1919, pag. 3 e.v.) door L. Andrich, die, naast tal van gedetailleerde argumenten, deze algemeene opmerking maakt (pag. 10), dat een rechtsinstituut niet spontaan in het leven wordt geroepen, wanneer de gedachte daaraan is ontstaan bij dengene, die met de wetgevende macht is bekleed, doch het resultaat is van de ontwikkeling der sociale opvattingen en verhoudingen, welke eenmaal opgekomen in het rechtsleven van een volk, op den duur niet kunnen worden verwaarloosd.

Waar ten tijde van Diocletianus een wettelijke regeling der benadeeling uit het niet zou zijn ontstaan, terwijl zij zich ten tijde van Justinianus aansloot bij een gevestigde rechtsovertuiging, levert m.i. het vermelde betoog van Andrich een sterke aanwijzing op, dat de lex secunda eerst ten tijde van Justinianus in haar huidige redactie is geformuleerd.

van dwang, bedrog of dwaling, door de nakoming harer verbintenis in een bijzonder nadeelige positie komt, een middel tot herstel te verleenen en ten tweede dat, naast een eventueele publiekrechtelijke vaststelling van maximum-prijzen, ook in het privaatrecht aan een objectieve waarde-bepaling wordt gedacht en deze wordt toegepast [1]).

De onderzoekingen nu hebben uitgewezen, dat aan deze beide voorwaarden ten tijde van Diocletianus niet werd voldaan.

Toen in Rome het contractenrecht ontstond en zich geleidelijk ontwikkelde, werd dit omgeven door talrijke waarborgen, als persoonlijke tegenwoordigheid van partijen, het uiten van sacramenteele bewoordingen, aanwezigheid van getuigen en nog andere ceremoniën.

Wanneer in den loop der tijden de beteekenis en de strekking der ceremoniën verloren gaan en deze tot star formalisme zijn geworden, kunnen zij ook niet meer dienen als waarborg, dat degeen, die de voorgeschreven vormen in acht heeft genomen, zich deugdelijk rekenschap heeft gegeven van hetgeen hij gaat ondernemen en worden deze vormvoorschriften slechts aangevoeld als hinderlijke belemmeringen. Dit leidde er op den duur toe, dat het ceremonieel werd afgeschaft of althans grootendeels vervangen door vormvrije overeenkomsten.

Daarbij ontstaat het gevaar, dat de welmeenende het slachtoffer wordt van een wederpartij, welke te kwader trouw is en tracht door onoirbare manoeuvres of zelfs door dwang een voor den ander ongewenschte overeenkomst tot stand te brengen.

Tegen het einde der Republiek kende men de „contractueele delicten", welke hem, die door dolus, vis of metus de medewerking van de wederpartij aan de overeenkomst had verkregen, tot schadevergoeding verplichtten.

De overeenkomst zelve bleef daarbij in stand.

---

[1]) Jolowicz: L'Origine de la laesio enormis (Introduction à l'étude du droit comparé: Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert, 1938, I, pag. 185 e.v.) wijst op den regel uit het Joodsche recht, genaamd „onaah", een aan den kooper van roerend goed (voor zoover niet behoorend tot de uitgezonderde categorieën) toegekende bevoegdheid zich aan de overeenkomst te onttrekken, wanneer de koopprijs 1/6 te hoog is gesteld en op de „bittul miqqah" uit den Babylonischen Talmud, volgens welke in bepaalde gevallen ook overeenkomsten betreffende onroerend goed ontbonden kunnen worden bij een benadeeling, waarvoor de helft wel als limiet wordt aangenomen.

Jolowicz acht met deze instellingen verwantschap aanwezig, doch oordeelt, dat geen onmiddellijke en rechtstreeksche invloed op de leer der laesio enormis, zooals deze in de wetgeving van Justinianus wordt aangetroffen, is aan te toonen.

Een verdere stap in het leerstuk der wilsgebreken bracht hulp aan hem, die zonder dwang of bedriegelijke handeling van de zijde zijner wederpartij, bij toetreding tot de overeenkomst in dwaling had verkeerd. Zoo zag de aanvankelijk weinig omlijnde en gepreciseerde error-theorie het levenslicht.

In den klassieken tijd vond zij weinig toepassing en dan nog uitsluitend bij bonae fidei overeenkomsten.

Wanneer echter een overeenkomst was gesloten, zonder dat een der genoemde gebreken kon worden aangetoond, was er geen sprake van herstel in den vorm van schadevergoeding of anderszins [1]).

Benadeeling heeft dan ook geen delicts-phase doorgemaakt en de eenige algemeene vorm, waarin zij werd gekend en waarbij privaatrechtelijk redres werd verleend, was gelegen in de bescherming van personen onder de 25 jaar door middel eener in integrum restitutio.

Slechts in enkele gevallen schijnt in den lateren Keizertijd op utiliteitsgronden deze bescherming te zijn uitgebreid tot de „tenuiores", die in een periode van economische malaise zich gedwongen zagen, ter voldoening aan belastingplicht en krijgsschatting, of misschien ter voorziening in noodzakelijk levensonderhoud, hun onroerend goed tegen elken prijs te verkoopen aan een lid der categorie van „potentes", de eenigen, die over de middelen beschikten, om tegen contante betaling als kooper op te treden [2]). Wanneer in dergelijke gevallen de koopprijs gelegen was onder de helft van de reëele waarde van het goed, werd de verkooper in dit opzicht gelijk gesteld met een minor en kon de koop worden geannuleerd. Als sanctie op het verbod van benadeeling werd den verkooper vermoedelijk toegekend een condictio ex lege, waartegenover den kooper de keuze werd gelaten, om of de ontbinding der koopovereenkomst te ondergaan, of deze te voorkomen door aan den verkooper tot aan den normalen prijs bij te betalen. Zoo zou dan de aan Diocletianus toegeschreven constitutie niet anders zijn dan de weergave van een reeds meermalen ten behoeve van den economisch zwakkeren landeigenaar tegenover den „potens" getroffen maatregel.

Niet alleen echter is deze voorgeschiedenis niet aan vaststaande

---

[1]) Vgl. hiervoor verder Prof. van Oven: „Opmerkingen over de zoogenaamde wilsgebreken in het Romeinsche Recht" in Tijdskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse Reg, Jaargang 1937, blz. 92 e.v. en jaargang 1938, blz. 14 e.v.

[2]) Vgl. Meynial: „Des conditions requises au Moyen-Age pour l'application de la rescision de la vente pour lésion d'outre-moitié" in Mélanges Girard, 1912, II, pag. 202.

gegevens ontleend en berust zij dus vrijwel geheel op hypothese en is de beslissing, neergelegd in de lex secunda, naar de letter, niet een besluit van algemeene wetgeving, maar de oplossing van een concreet en op zich zelf staand geval, doch bovendien neemt men aan, dat de voorschreven maatregel slechts werd uitgevaardigd in bepaalde ongunstige tijden en dan nog alleen voor een zekere categorie landeigenaren, zoodat de oorsprong van het rescript niet zou liggen in de behoefte aan een in beginsel voor alle tijden geldend wettelijk voorschrift. doch slechts in een incidenteele regeling.

§ 8. Waarschijnlijk is daarentegen, dat ten tijde van Diocletianus in het algemeen benadeeling niet was grond voor ontbinding der overeenkomst en dat het toen geldende beginsel is neergelegd in zijn rescript uit het jaar 293, in den Codex Justinianus opgenomen in C. 4,44,8. Voor zoover hier van belang, luidt dit rescript: „Hoc enim solum, quod (paulo) minori pretio fundum venumdatum significas, ad rescindendam emptionem invalidum est... nisi minus dimidia justi pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione jam emptori praestita servanda".

Waar in het gedeelte van dit rescript, dat aan het geciteerde voorafgaat, eerst sprake is van de nietigheid eener overeenkomst, waarbij bedrog of geweld in het spel is, schijnt het meer dan waarschijnlijk, dat daartegenover een beroep op benadeeling zonder meer wordt afgewezen en dat dus het woord „paulo" en de slotzin, beginnende met „nisi" ten tijde van Justinianus zijn geïnterpoleerd [1]), om den tekst in overeenstemming te brengen met de toen wel aanvaarde leer der laesio enormis.

Opmerkelijk is intusschen, dat Diocletianus in een rescript van het jaar 290 de laesie-gedachte wel toepast bij scheiding en deeling, terwijl hij zich daarbij blijkens het woord „solet" zelfs aansluit bij een bestaande praktijk [2]).

Dat echter Diocletianus de benadeeling in het algemeen niet als

---

[1]) Vgl. Gradenwitz, Interpolazioni e interpretazioni, in Bullettino dell'Istituto di diritto romano, II (1889), pag. 14 e.v.

[2]) C. 3,38,3: Majoribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine judicio factis divisionibus solet subveniri, quia in bonae fidei judiciis et quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur.

Uit de redactie zou, in strijd met de kennelijke bedoeling en het verband, zelfs zijn af te leiden, dat bij alle bonae fidei overeenkomsten de benadeelde zou moeten worden geholpen. Scheiding en deeling nam echter een afzonderlijke plaats in en het daarvoor bepaalde gold stellig niet zonder meer voor de overeenkomsten in het algemeen.

grond voor ontbinding eener overeenkomst erkende, blijkt uit het (niet van interpolatie verdachte) rescript van 293, opgenomen in Cod. Just. 4,44,4: „Ad rescindendam venditionem et malae fidei probationem hoc solum non sufficit, quod magno pretio fundum comparatum minoris distractum esse commemoras".

In integrum restitutio wordt den verkooper, wederom blijkens een rescript van Diocletianus (Cod. Just. 4,44,10) alleen verleend bij dolus, welke beoordeeld wordt „qualitate facti, non quantitate pretii".

In de uit de 4de eeuw dateerende Codices Gregorianus en Hermogenianus worden geen sporen van ontbinding wegens benadeeling aangetroffen, hoewel zij grootendeels constituties van Diocletianus weergeven [1]).

De Codex Theodosianus (5de eeuw) verwerpt elke klacht, gegrond op een te lagen prijs in 3,1,1.: „Nec enim sola pretii vilioris querela contractus sine ulla culpa celebratus litigoso strepitu turbandus est" en in 3,1,7: „semel intra personas legitimas initus empti contractus et venditi, ob minorem adnumeratam pretii quantitatem nequeat infirmari", terwijl een eisch tot aanvulling van den prijs (repetitio in reliquum pretii nomine vilioris) in C.Th. 3,1,4, wordt afgewezen.

Aangenomen kan dan ook worden, dat in het klassieke Romeinsche recht partijen volkomen vrij waren in onderling overleg en desgewenscht na veel gedebatteer en gemarchandeer, den prijs vast te stellen en dat daaraan achteraf niet te tornen viel, wanneer er tenminste geen sprake was van dolus. De klassieke teksten, waarop deze leer is gegrondvest, luiden (D. 19,2,22, § 3): „in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere" en D. 4,4,16, § 4: „idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire".

Wanverhouding tusschen waarde en prijs maakte de overeenkomst dus niet ongeldig. Dit wordt nog eerder aanvaardbaar, wanneer kan worden aangetoond, dat een objectieve waarde-bepaling, de vaststelling van een justum pretium, in het privaat-recht niet bekend was.

Wel in het publieke recht, waar in tijden van economische malaise, gebrek aan levensmiddelen e.d., maatregelen werden getroffen tegen prijsopdrijving en algemeen geldende maximum-

---

[1]) Vgl. Dekkers, t.a.p., pag. 20 en Hermesdorf, Schets van de uitwendige geschiedenis van het Romeinsch recht (1936), pag. 314.

prijzen werden vastgesteld [1]). Daarbij ging het echter om beveiliging van de belangen der gemeenschap, niet van die van de private persoon.

§ 9. In de Digesten en in den Codex is op enkele plaatsen sprake van een justum pretium. Albertario [2]) en andere moderne Romanisten hebben aan de hand van critisch tekstonderzoek bewezen of aannemelijk gemaakt, dat de woorden „justum pretium", „justa aestimatio" e.d. overal zijn geïnterpoleerd.

Voor het bewijs der interpolatie is ten aanzien van de lex secunda van bijzonder belang de vergelijking van Codex 4,46,2 met de in het jaar 1821 gevonden Fragmenta Vaticana [3]).

In den Codex staan de woorden: „Si deserta praedia ... distracta sincera fide justo pretio solemniter comparasti, venditio ob solemnes praestationes necessitate facta convelli non debet" in het fragment: ... v(c)era (is: sincera) fide comparasti et ven(ditio) ...

Solazzi [4]) betoogt, dat de woorden „justo pretio" in het fragment moeten ontbreken, omdat tusschen „vera fide" en „comparasti" geen plaats over is en dat zij om dezelfde reden ook niet gestaan kunnen hebben achter „comparasti", terwijl, hoe men ook het fragment „et ven ..." wil aanvullen, in ieder geval duidelijk is, dat daar een nieuwe zin begonnen is. „Justo pretio" is dus een toevoeging van de samenstellers van den Codex, die de verzekering „convelli non debet" niet konden onderschrijven, voor het geval de verkoop een benadeeling zou hebben bevat.

In andere gevallen is wellicht moeilijker te bewijzen, dat de woorden „justum pretium" inderdaad zijn geïnterpoleerd of dat zij misschien authentiek zijn [5]).

Het voert te ver deze alle achtereenvolgens na te gaan, doch in elk geval kan worden vastgesteld, dat, in welk verband de uitdrukking ook voorkomt, in het klassieke recht — afgezien van overeenkomsten met minores — de geldigheid eener overeenkomst

---

[1]) Vgl. Genzmer, Die antiken Grundlagen der Lehre vom gerechten Preis und der laesio enormis, in Deutsche Landesreferate zum II Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung (1937), pag. 31 e.v.

[2]) Bullettino dell'Istituto di diritto romano XXXI, pag. 1—14.

[3]) Vgl. Scheuer, t.a.p. pag. 92.

[4]) L'origine storica della rescissione per lesione enorme, in Bullettino dell' Istituto di diritto romano XXXI (1921), pag. 55 e.v. = Studi di diritto romano, deel 3 (1936), pag. 403 e.v.

[5]) Vgl. Genzmer, t.a.p., pag. 39 e.v.

nergens wordt beïnvloed door de omstandigheid, dat de overeengekomen en de gangbare prijs elkaar niet dekken.

Wanneer men nu, uitgerust met de argumenten, welke het resultaat vormen van de critiek van Thomasius, van het onderzoek van de teksten, welke door de moderne Romanisten op interpolaties zijn getoetst en van de historisch-juridische studies omtrent de begrippen laesio enormis en justum pretium den tekst van de lex secunda gaat ontleden en tracht vast te stellen, wat daarvan aan Diocletianus is toe te schrijven, dan blijft daarvan niet zoo heel veel over [1]).

---

[1]) Aanvankelijk meende ik, dat de tekst zich vrijwel in zijn geheel liet verdedigen als te zijn afkomstig van Diocletianus. Kort samengevat waren mijn argumenten voor deze opvatting:

1°. het schijnt op zijn minst genomen vreemd, dat Justinianus voor de invoering van een nieuw begrip, zich zou behoeven te bedienen van een uitspraak van een voorganger uit de 3de eeuw, waarin geheel iets anders of misschien zelfs het omgekeerde zou zijn bepaald,

2°. voor zoover ik dat kan beoordeelen, is het rescript in zijn huidigen vorm wellicht niet in elegant, maar toch ook niet in zoo slecht Latijn vervat, dat het onzin oplevert; in dat geval zou het zeer opvallend zijn, dat de interpolaties niet vóór Thomasius ontdekt werden.

3°. Diocletianus vaardigde in het jaar 301 een edict uit (De pretiis rerum venalium), dat de strekking had onredelijke prijsopdrijving, speciaal van levensmiddelen, tegen te gaan. Deze zorg voor een gezonde prijzenpolitiek, in een tijdperk van economische malaise, zou het niet zoo vreemd doen zijn, wanneer de Keizer ook in het privaatrecht had ingegrepen met een constitutie, waarbij bijv. de landbouwers beschermd werden tegen den winzucht van den tusschenhandel, die de kooplieden de schaarsche levensmiddelen ten plattelande tegen lagen prijs deed inkoopen, om deze met groot prijsverschil aan de markt te brengen. Het bestaan van een dergelijke constitutie zou wettigen het gebruik van het woord „res" naast „fundus", het zou verklaren, waarom in het rescript naast elkaar worden gebezigd het enkelvoud „emptor" en de directe rede „recipies" aan het slot van den eersten zin, als overgenomen uit de algemeene constitutie, naast het meervoud „emptoribus" en de woorden „fundus venditus" in de tusschenzinnen als toespelingen op het voorgelegde geval. Bovendien zouden dan de slotwoorden der lex 8: „electione jam emtori praestita servanda" als verwijzing naar de bekend veronderstelde constitutie redelijken zin hebben.

4°. De plaatsen uit den Codex Theodosianus zouden juist wegens de nadrukkelijke bewoordingen, waarin zij zijn vervat, kunnen worden aangemerkt als een desbewuste reactie tegen de leer van Diocletianus.

5°. Indien het woord „paulo" in de lex 8 niet is geïnterpoleerd, levert dit een argument op voor de tegenstelling „paulo minori pretio" en „minus dimidia justi pretii" en sluit deze plaats logisch aan bij de lex 2.

6°. In het sub 5°. bedoelde geval heeft Diocletianus het laesie-begrip niet

Daarbij dient te worden opgemerkt, dat deze ontleding alleen zin heeft, wanneer men daarmede wil nagaan of de inhoud van het rescript een ten tijde van Diocletianus gehuldigde rechtsopvatting weergeeft en of de daarbij gegeven beslissing wettelijken grondslag had en dat het niemand kan interesseeren, of de Keizer in één op zichzelf staand geval ten behoeve van zekeren Lupus een alleen voor hem gunstige uitspraak ad hoc heeft gegeven [1]).

Thomasius zag het eerst in, dat de inhoud der leges 2 en 8 niet overeenstemde met de beginselen van het klassieke Romeinsche recht. Dit bracht hem er toe verschillende teksten nader te onderzoeken. Hij merkte op, dat de plaatsen 3,1,1 en 3,1,7 uit den Codex Theodosianus niet zijn overgenomen in den Codex Justinianus en schreef dit toe aan de omstandigheid, dat deze niet pasten bij de door Justinianus in C. 4,44,2 en 8 ingevoerde laesio enormis. Door vergelijking van lex 4 uit den Codex Theodosianus 3,1 met Codex Justinianus 4,44,15 stelde hij vast, dat in laatstgenoemde plaats het woord „paulo" geïnterpoleerd moet zijn en dus ook het volkomen analoge „paulo" in lex 8.

Daarmede ontviel aan de lex secunda het steunpunt voor den tweeden zin, zoodat hij dezen (onder opmerking, dat hetzelfde ook veel eenvoudiger had kunnen zijn uitgedrukt door in den aanvang van het rescript tusschen „minoris" en „pretii" de woorden „dimidio justi" in te voegen). in zijn geheel als te zijn geïnterpoleerd aanmerkte.

één keer, doch zelfs drie keer tot uiting gebracht, nl. in C. 4,44,2, C. 4,44,8 en C. 3,38,3

7°. Wanneer men in den tweeden zin van het rescript het woord „pretium" den eersten keer vertaalt door „prijs" en den tweeden keer door „waarde", heeft het bepaalde en aanvaardbare beteekenis.

Naast de omstandigheid, dat het bestaan van een door Diocletianus (of één zijner voorgangers) uitgevaardigde constitutie van meer algemeene strekking in den door mij bedoelden zin niet kan worden aangetoond, moet ik volmondig erkennen, dat voorschreven argumenten mij niet houdbaar voorkomen tegenover de wetenschappelijke bewijzen, dat de begrippen „laesio enormis" en „justum pretium" ten tijde van Diocletianus nog niet in het Romeinsche privaatrecht waren doorgedrongen.

[1]) Thomasius (de aequitate cerebrina legis II, pag. 61) oppert de veronderstellingen, dat òf een raadgever den Keizer heeft belezen aan zijn (des raadgevers) vriend Lupus een bijzonder gunstbetoon te verleenen, òf deze raadgever het rescript heeft vervalscht, òf, zelf van de juistheid van de beslissing overtuigd, den Keizer voor dit speciale geval tot zijn zienswijze heeft overgehaald.

In ieder geval zouden wijzere raadslieden den Keizer later hebben overtuigd (blijkens C. 4,44,4 en 8), dat het oordeel onjuist was geweest en niet diende te worden bevestigd.

Den eersten zin hield Thomasius voor echt, zij het dan, dat hij de daarin neergelegde beslissing aan een lapsus toeschreef (vgl. de noot op de vorige bladzijde).

Brassloff [1]) toonde aan, dat in den eersten zin al vast het geheele stuk „vel, si emptor elegerit, quod deest justo pretio recipies" geïnterpoleerd is. De argumenten hiervoor zijn, dat het tweede gedeelte van het alternatief, waarbij sprake is van de keuze van den kooper, niet past in den grammaticalen zinsbouw (ut... vel si emptor elegerit, quod deest justo pretio recipies), dat de onmiddellijke herhaling van hetzelfde werkwoord (ut recipias..... vel recipies) storend aandoet en dit er op wijst, dat de geheele zin niet achter achter elkaar, doch in twee gedeelten is geschreven en dat het meervoud van koopers in het eerste gedeelte van het alternatief (emptoribus) tegenover het enkelvoud in het tweede deel (emptor) uitwijst, dat aanvankelijk alleen sprake was van het concrete geval, doch de beslissing later is geabstraheerd tot een algemeenen norm.

Uit het wegvallen van het tweede gedeelte van het alternatief volgt tevens, dat „vel" voor „pretium" onecht is.

Bij het abstraheeren van het geval moeten tevens de woorden „tu vel" vóór „pater" zijn geïnterpoleerd. Dat „tu" en niet „pater" moet verdwijnen, blijkt uit „distraxit", terwijl bovendien niet valt in te zien, waarom de adressant zijn vader ten tooneele zou voeren, wanneer de onvoordeelige koopovereenkomst niet door dezen, doch door Lupus zelf zou zijn afgesloten. De woorden „tu vel" (in Basilica 19,10 zelfs uitgedijd tot den geheelen zin: hetzelfde recht gaat ook over op de kinderen van den verkooper) zijn klaarblijkelijk ten tijde van Justinianus toegevoegd, om de beslissing te generaliseeren en om aan te geven, dat de actie uit benadeeling ook overgaat op de erfgenamen [2]).

---

[1]) Zur Lehre von der laesio enormis im byzantinischen Recht in Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft XXVII (1912), pag. 262 e.v.

[2]) Vgl. hiervoor Dekkers, pag. 37, die m.i. niet zeer logisch betoogt, dat de strekking van de interpolatie zou zijn, om aan te geven, dat de lex 2 ook op den verkooper zelf toepasselijk was, voor wien zij echter dan ook juist in de eerste plaats was gegeven. Dekkers argumenteert (t.a.p. pag. 18) uit C. Th. 3,1,7 en 1,2,8 tegen het toekennen van een rechtsmiddel, terzake van benadeeling van den vader, aan den zoon, terwijl de vader zelf van dit rechtsmiddel verstoken zou zijn geweest. De bedoelde plaats is kennelijk C. Th. 1,2 De diversis rescriptis 10, waar wordt gezegd: ab herede actionem non incipere, quae non competierit testatori. Hieruit valt af te leiden, dat de lex 2 in haar oorspronkelijken vorm een beslissing moet hebben ingehouden over een geval, waarbij het rechtsmiddel wel aan den vader zou zijn toegekomen en op den zoon-adressant was overgegaan, vermoedelijk dus een klacht wegens dolus, terwijl de interpolatie ten tijde van Justinianus van de woorden „tu vel" dan de strekking had, om aan te geven, dat het nieuwe rechtsmiddel van de lex 2 ook op de erfgenamen overging.

Geïnterpoleerd zijn verder de woorden: „humanum est" [1]); evenmin toch als het laesie-begrip zelf passen deze woorden bij de starre handhaving van het klassieke Romeinsche recht, zooals deze ten tijde van Diocletianus (blijkens de rescripten, voorkomende in titel C. 4,44) plaats had, doch wel stemmen zij overeen met de ten tijde van Justinianus ontstane humanitaire (humanum est) opvattingen, terwijl zij tevens de motiveering opleveren van de nieuwigheid, welke met de lex secunda werd ingevoerd.

De constructie „humanum est ut" is bovendien wat onbeholpen en on-klassiek, daar men hier niet „ut", doch een accusativus cum infinitivo zou mogen verwachten.

Tenslotte zijn ook de aanvangswoorden „rem majoris pretii" onecht [2]). In de eerste plaats is het waarschijnlijker, dat in het concreet voorgelegde geval, sprake is geweest van een bepaald aangeduid goed, een „fundus", eerder dan van een meer onbestemde „res". Taalkundig kan tegen de woorden „fundum venditum" geen bezwaar bestaan, terwijl daarentegen „rem majoris pretii" aandoet als een leelijk pleonasme tegenover „minoris pretii distraxit". Wanneer men moet kiezen, schijnt het natuurlijker te spreken van „een verkoop tegen lageren prijs", dan van een „zaak van hoogeren prijs" [3]). Bovendien is ook in alle andere overeenkomstige gevallen (C. 4,44 : 8, 12 en 15) steeds sprake van een „fundus" of „praedium", terwijl de woorden „rem majoris pretii" als verklaring van en verwijzing naar het volgende „fundum venditum" als volkomen overbodig en slecht gekozen aandoen [4]).

Zonder nog verder te knagen aan den reeds zoo geschonden tekst, kan nog worden vastgesteld, dat de woorden „auctoritate intercedente judicis" de juristen van tal van eeuwen tot wanhoop hebben gebracht, dat deze dan ook in de Basilica eenvoudig zijn weggelaten en dat de juiste beteekenis tot op den huidigen dag nog niet vaststaat. Met name bestaat verschil van meening over de vraag, of het de bedoeling der woorden is een bepaalden magistraat (praeses provinciae of door hem aangestelden beroepsrechter?) aan te wijzen als bevoegd tot kennisname van de rechtsvordering uit

---

[1]) Vgl. Solazzi, t.a.p. pag. 77 en Scheuer, t.a.p. pag. 99 e.v.

[2]) Aan deze woorden is later een groote beteekenis toegekend, omdat daarop de toepasselijkheid van de lex secunda ook op roerend goed werd gebaseerd. De Basilica opteeren, bij de keuze tusschen „res" en „fundus" voor de „res" en spreken uitsluitend over „pragma".

[3]) Vgl. Dekkers, t.a.p. pag. 23.

[4]) Scheuer, t.a.p. pag. 101.

de lex secunda dan wel om de actie zelve op deze wijze te qualificeeren (als een vordering ter verkrijging van de restitutio in integrum ex lege secunda, als de contracts-actie?).

Bij de ten deze bestaande onzekerheid heeft het niet veel nut de meeningen der verschillende schrijvers uitvoerig te relateeren [1]).

Een verklaring zou misschien kunnen zijn, dat de woorden ten tijde van Diocletianus den klager verwezen naar de extra-ordinaria cognitio, waarbij de magistraat, anders dan bij de cognitio ordinaria het geval was, zelf de in integrum restitutio verleende, terwijl Justinianus deze woorden heeft behouden om, terwille van de rechtszekerheid, daarmede aan te geven, dat de actie, voortvloeiende uit de lex secunda, een nieuw en apart rechtsmiddel was en als in integrum restitutio gebonden aan den verjaringstermijn van 4 jaren (C. 2,52,7) en niet was aan te merken als een gewone contracts-actie, welke gedurende 30 jaren kon worden ingesteld.

Het geheel van de tekstcritiek op de lex secunda leidt er dus toe aan te nemen, dat Diocletianus in het jaar 285 een geval heeft beslist, waarbij geen sprake was van benadeeling, doch vermoedelijk van dolus en waarvan de eerste woorden verloren zijn gegaan, doordat deze later zijn vervangen door „rem majoris pretii" [2]).

Resumeerende kan dus worden vastgesteld, dat in den lateren tekst der lex secunda ten tijde van Diocletianus slechts heeft gestaan het navolgende:

„..... si pater tuus minoris pretii distraxit, pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente judicis".

§ 10. De introductie van de laesie-gedachte in het rescript en zijn omwerking en aanvulling tot den tekst der lex secunda is dus aan Justinianus te danken.

De reeds vroeger in moeilijke tijden opgekomen wensch de

---

[1]) Hiervoor bijv. v. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar, deel XVII, pag. 66 e.v. (Erlangen 1844) en verder Brassloff, t.a.p. pag. 271.

Dekkers (pag. 25) meent, dat ook deze woorden niet van Diocletianus zijn, maar blijft in gebreke aan te toonen, wat dan wel de zin der interpolatie ten tijde van Justinianus zou zijn.

[2]) Solazzi, t.a.p. pag. 77, komt tot de reconstructie: „fraudibus diversae partis", Scheuer t.a.p. pag. 162: dolo emptorum deceptus". M.i. is het echter juister te volstaan met een conjunctuur naar het begrip, dat in deze eerste woorden moet zijn uitgedrukt dan te gissen naar de preciese bewoordingen, welke in alle verscheidenheid denkbaar zijn.

economisch zwakkeren te helpen en te beschermen tegen uitbuiting van de zijde der rijken en machtigen, krijgt thans vasten en blijvenden vorm en wordt geformuleerd in de bewoordingen van een wettelijk voorschrift. Dit past ook volkomen in het kader der maatregelen, door Justinianus ontworpen, welke naast een beperking van de macht en rijkdom van enkele weinigen tegenover het absolute Keizerschap, gericht waren op de bevordering der welvaart bij al zijn onderdanen.

Daarnaast was Justinianus Christen en stond zijn tijd onder den invloed der Kerkvaders en van de Christelijke ethiek. Het Nieuwe Testament verkondigde de naastenliefde en waarschuwde tegen een zucht naar rijkom en het zich bevoordeelen ten koste van anderen.

Het is intusschen zeer de vraag, of men den invloed van het Christendom op het Romeinsche privaat-recht ten tijde van Justinianus bijzonder hoog kan aanslaan en of de pogingen van den Keizer, om door wettelijke bepalingen de uitbuiting van den noodtoestand der „homines miseri" tegen te gaan, rechtstreeks samenhangen met de Christelijke opvattingen [1]). Aannemelijker schijnt het, dat ten tijde van de codificatie het Romeinsche recht den weerslag ondervond van de evolutie der sociale verhoudingen en den invloed van de misstanden ten aanzien van de lagere bevolking, waartegen de wetgeving voorzieningen diende te treffen. De geheele strijd van de Byzantijnsche Keizers tegen de potentiores ten gunste van de humiliores is vermoedelijk niet zoo zeer te danken aan de nieuwe Christelijke idealistische opvattingen als aan de eischen van de praktijk, welke het gebiedend noodzakelijk deden zijn den minderen man te beschermen tegen de potentes, die het volk uithongerden met hun monopolies en opkooperijen en zich meester maakten van de kleine landerijen, welke een bestaansmiddel en eenige onafhankelijkheid konden opleveren [2]).

Voor wat speciaal het vraagstuk der laesio enormis betreft, betoogt Riccobono („L'influenza del Christianesimo nella codificazione di Giustiniano" in Rivista di scienza „Scientia" 1909, nr. 9 en „Christianesimo e diritto privato" in Rivista di diritto civile

---

[1]) Vgl. Bruns-Lenel, Geschichte und Quellen des römischen Rechts in Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, deel 1 (7e druk, 1915), pag. 375, Troplong, De l'influence du christianisme sur le droit civil des romains (Leuven 1844), Mr. Wessels Boer, Eenige opmerkingen over het Christendom en het Romeinsche Recht (dissertatie Leiden 1924) en Prof. Mr. Rutgers, De invloed van het Christendom op het Romeinsche Recht (rede V.U. 1940).

[2]) Aldus Baviera in zijn uitvoerig artikel: Concetto e limiti dell' influenza del Christianesimo sul diritto romano in Mélanges Girard I (1912), pag. 67 e.v.

1911, nr. 1), dat de heidensche moraaal leerde, dat bij de tweezijdige overeenkomsten elk der partijen haar eigen voordeel mag zoeken, waarbij het recht zich van ingrijpen onthoudt en den belangenstrijd zonder beperking toelaat volgens het bekende beginsel: „Naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere" en omgekeerd. De Christelijke moraal zou echter een dergelijke opvatting van het drijven van handel afkeuren en de Kerkvaders zouden haar in elk geval doleus achten, omdat het nemen van winst bij het bedingen van een prijs arglistig zou zijn (zulks met een beroep op Ambrosius, de officiis, 3,6,37). In volkomen overeenstemming hiermede nu zou het recht ontbinding van de koopovereenkomst wegens benadeeling in den prijs toestaan, zonder dat een onderzoek behoefde te worden ingesteld naar meerdere of mindere schuld bij den verkooper.

Hiertegen voert Baviera (t.a.p., pag. 106 e.v.) aan, dat de stelling, als zou de handel met de daaraan onvermijdelijk verbonden eischen van het „naturaliter licere contrahentibus se circumvenire" (dat trouwens niet beteekent: elkaar naar hartelust bedriegen) [1]) door de Kerk zijn verboden, slechts berust op een op zichzelf staande en nietszeggende uitspraak van Tertullianus, die geheel in het algemeen en zonder daarover een meening uit te spreken het feit constateert, dat de Christenen handel drijven, terwijl alle overige Kerkvaders dat uitdrukkelijk toestaan. Ook veroordeelt de genoemde plaats bij Ambrosius niet den handel als zoodanig, doch kunstmatige prijsopdrijving van graan door opkoopers, zooals uit het door Riccobono geciteerde caput, in zijn geheel gelezen, blijkt.

Ongefundeerd is derhalve diens meening, dat de ontbinding eener koopovereenkomst wegens benadeeling „ultra dimidium" te danken zou zijn aan de feitelijke opvattingen in den handel, welke door de Kerkvaders in elk geval bedriegelijk zouden zijn geoordeeld.

Volgens Baviera is de strekking van het rechtsinstituut der lex secunda geen andere dan om de „humiles" te emancipeeren en hen te bevrijden van de verdrukking door de rijken. Baviera, die persoonlijk van meening is, dat de door Justinianus in deze materie aangebrachte vernieuwing misschien alleen heeft bestaan in het preciseeren van de grens in het leerstuk der benadeeling, ziet in de opneming der lex secunda niet anders dan een bepaalde phase van den strijd, door de Keizers aangespannen tegen het systeem van de strenge en strikt logische regels van het gemeene recht.

Juister is het dan echter niet alleen de grensbepaling, doch de

---

[1]) Vgl. Noodt (Commentarius XVIII, 5: Naturaliter, id est: secundum morem negotiantium).

wettelijke regeling der benadeeling in haar geheel als een reactie op dit systeem aan te merken.

Vermoedelijk zijn het dus eerder economische dan ethische gronden geweest [1]), welke in de 6de eeuw het begrip „benadeeling" deden erkennen als wilsgebrek en het als zoodanig op één lijn stelden met den dolus. Het „circumvenire" van de tegenpartij kon dus nu inderdaad leiden tot ontbinding der overeenkomst, echter alleen, wanneer het in ernstige mate had plaats gevonden en wanneer aan de wederpartij dientengevolge meer was onthouden dan de helft van hetgeen haar rechtens toekwam. Men kwam daarbij tot een vaststelling van de grens op de helft, niet alleen, omdat nu eenmaal een vaste wettelijke basis diende te worden bepaald, doch bovendien, omdat hiervoor wel meer de helft wordt aangenomen (vgl. D. 18,1,57) [2]).

---

1) Jolowicz t.a.p. pag. 199 kent vooral ook beteekenis toe aan de volksovertuiging, welke in dit geval op den duur de overhand verkreeg op de strenge systematiek en techniek van het klassieke Romeinsche recht.

2) Jolowicz, t.a.p. pag. 199 maakt deze vergelijking met het geval, dat een verkocht huis voor de helft is verbrand en zegt in de Fransche vertaling van zijn artikel voor de Etudes Lambert daaromtrent: „La moitié est la fraction qui se présente le plus aisément à l'esprit recherchant l'équité et il n'y a réelement pas besoin de supposer que les compilateurs pensèrent faire plus que poser une règle en accord manifeste avec l'équité."

HOOFDSTUK II.

HET TIJDPERK TOT AAN DE FRANSCHE REVOLUTIE.

§ 11. In de Westersche landen is de codificatie van Justinianus eerst bekend geworden in en na de 11de eeuw.

Op de periode der Romeinsche overheersching volgde een chaotisch tijdperk, dat het rechtsleven terugbracht tot een primitief stadium, waarna eeuwen noodig waren, om den vroegeren trap van ontwikkeling te benaderen.

Eerst de verspreiding van het Christendom bracht verzachting in de primitieve natuurwetten van bloedwraak en talio. Civiel onrecht werd op den duur niet meer geboet met het leven of excommunicatie onder verbeurte van het geheele vermogen, doch kon worden gecompenseerd door de betaling van een min of meer getarifieerd weergeld.

Het is niet verwonderlijk, dat voor het laesie-begrip langen tijd geen plaats was. Een primitieve samenleving toch pleegt weinig mededoogen te kennen met de zwakkeren. Daarbij komt, dat de theorie der wilsgebreken, in het bijzonder die van een subtiel begrip als dat der benadeeling een zin voor nuances vereischt, welke op een zekere rechtsverfijning duidt.

Veel privaat-rechtelijk verkeer was er niet: tengevolge van de weinige en slechte wegen had de handel weinig te beteekenen, terwijl het belangrijkste bestanddeel van den privaat-eigendom bestond uit den grond, welke niet den enkeling, doch de familie toebehoorde en in beginsel niet vrijwillig werd vervreemd. Wel werden bij de opkomst der feodaliteit tal van kleine landeigenaren zeer ernstig benadeeld, doch dit geschiedde, doordat de heer hen langs economischen weg of uit krachte van zijn machtspositie tot zijn hoorigen maakte en niet als gevolg van koopovereenkomsten tusschen gelijk gerechtigde partijen.

Het Justiniaansche recht voerde het laesie-begrip naar de letter slechts in voor koopovereenkomsten en bij het weinig voorkomen daarvan in de vroege Middeleeuwen, werd het ontbreken van een voorziening op dit gebied niet als een gemis gevoeld, zelfs indien de Romeinsch-rechtelijke theorie daaromtrent bekend is geweest. Dit

laatste is onwaarschijnlijk, omdat de enkele Romeinsche wetten, welke waren overgeleverd, in het bijzonder de Codex Theodosianus, weinig of niets omtrent laesie bevatten en dan nog in afwijzenden zin. Zoo weigert dan ook de hoofdzakelijk op Romeinsche leest geschoeide lex romana Visigothorum haar uitdrukkelijk als grond voor ontbinding eener koopovereenkomst [1]).

Als eerste poging om te voorkomen, dat degeen, die in beteren doen was, zich te zeer verrijkte ten koste van den minder bedeelde, mag genoemd worden het door de Kerk uitgevaardigde en aanvankelijk ook alleen voor haar geldende usura-verbod. Overtreding van dit voorschrift is door Karel de Groote bij zijn Capitularium van 789: „Omnino omnibus interdictum est ad usuram aliquid dare" tot civiel delict gemaakt, terwijl blijkens het Capitularium van 806: „Usura est ubi amplius requiritur quam datur. Justum foenus est, qui amplius non requirit nisi quantum praestitit" in dien tijd onder „usura" niet alleen interessen waren begrepen, doch al wat het equivalent van de contra-praestatie te boven gaat. De pogingen van Karel de Groote en degenen, die op zijn voetspoor voortwerkten om eenige orde te scheppen in het rechtsleven, hadden echter slechts voorbijgaanden invloed.

§ 12. Het terugvinden van de Codificatie van Justinianus in het einde der 11e eeuw, haar bekend worden in Italië, daarna in Frankrijk en steeds verder in Europa en haar bestudeering door alle invloedrijke rechtsgeleerden gaven pas den grooten stoot aan de ontwikkeling van het juridisch denken met zijn terugslag op de algemeene rechtsleer.

Een begrip als dat der benadeeling kon zich toen eerst in de theorie en in de praktijk doen gelden en vond toepassing op een veel uitgebreider gebied dan waarop het ten tijde van Justianianus had gegolden. Werd immers oudtijds ontbinding slechts toegestaan in het geval, dat een verkooper van een onroerend goed minder dan de helft van de waarde had ontvangen, reeds spoedig werd de actie nu ook toegekend aan den kooper, werd zij algemeen verleend bij koopovereenkomsten, ook betreffende roerend goed, werd zij uitgebreid tot bonae fidei overeenkomsten, vervolgens tot die stricti juris en tenslotte zelfs tot de aleatoire en alle overeen-

---

[1]) Corpus Juris Germanici (ed. Heineccius-Halle-Maagdenburg 1738), Codicis legis Wisigothorum Libri XII: Liber V, De transactionibus, tit. 4: De commutationibus, § 7: (Si dicat quis rem suam vili precio vendidisse). Venditionis haec forma servetur, ut seu res aliquae vel terrae, vel mancipia, vel quodlibet animalium genus venditur, nemo propterea firmitatem venditionis irrumpat eo, quod dicat rem suam vilo precio vendidisse.

komsten om niet, waarbij men benadeeling in de kansberekening en in die der vrijgevigheid ging aannemen.

Dit lag dan ook voor de hand. Mede door en na de Kruistochten was het handelsverkeer toegenomen en was het in hoofdzaak roerend goed, dat voorwerp van overeenkomsten was. Behoefte aan bescherming der zwakkeren deed zich voornamelijk gevoelen bij koop en verkoop van graan en levensmiddelen, maar daarbij was het veel eerder de kooper, die gevaar liep bij het mislukken van den oogst en schaarschte van levensmiddelen of bij een aanbod van goederen, welke hem tot dusver onbekend waren, teveel te betalen dan dat de verkooper het risico liep een onvoldoenden prijs te ontvangen.

Daarnaast viel volstrekt niet in te zien, waarom de ratio der lex secunda haar toepassing zou moeten beperken tot de koopovereenkomst en zoo werd deze dan ook eerst naar analogie uitgestrekt tot de overeenkomsten, quae ad emptionem accedunt (huur, ruiling, scheiding en deeling [1]), enz.) en vervolgens successievelijk tot vrijwel alle andere overeenkomsten, waarbij intusschen veelal nauwkeurig werd onderzocht, of de aard der overeenkomst de toepassing der laesie-gedachte rechtvaardigde.

Gaf ik in het vorenstaande de meest gangbare opvatting omtrent de toepassing der lex secunda sedert de receptie van het Romeinsche recht weer, over de vragen, of de bepaling inderdaad ook voor den kooper en of zij ook bij andere overeenkomsten in aanmerking kwam, is in de dogmatiek veel strijd gevoerd [2]), waarin echter niet de toepasselijkheid op roerend goed betrokken werd; dit werd vrijwel algemeen aangenomen op grond van de woorden „*rem* majoris pretii" van het rescript.

De Glosse van Accursius vat de lex secunda wel op als een op zichzelf staande wettelijke conceptie zonder juridisch precedent, doch acht haar desondanks toepasselijk zoowel op den kooper als bij andere contracten bonae fidei, welke overeenkomst met koop vertoonen.

Azo (Summa ad tit. de rescind. vend.) zegt bij zijn toelichting op de lex II: „Sic et in emtore decepto. Quod dixi in venditione ad quemlibet contractum bonae fidei extenditur. In contractu vero stricti juris contra est". Bij deze laatste bestaat natuurlijk het be-

---

[1]) Vgl. bijv. Accursius (1,3,38): deceptus ad instar venditionis. Bartolus (ad C. 4,44,2): divisio habet instar seu similitudinem emptionis.

[2]) Vgl. Chambon's Beiträge zum Obligationenrecht (Jena 1851), pag. 113 e.v., die echter bij alle uitvoerigheid verzuimt de beschouwingen van Noodt over deze materie te vermelden.

zwaar, dat het den rechter niet vrijstaat zich te begeven buiten het eigenlijk gebied der nauwkeurig omschreven verbintenissen en te onderzoeken, wat bonum et aequum is.

Ook Bartolus (ad C. 4,44,2) huldigt dezelfde opvatting, terwijl Fabianus (Tractatus de emtione, Keulen 1574, pag. 318 e.v.) de extensieve interpretatie van de lex secunda zelfs uitbreidde tot de contractus stricti juris.

Dumoulin (Molinaeus: Tractatus de commerc. et usuris, Keulen 1577, § 175) kon zich er niet mede vereenigen, dat men bij verkooper en kooper hetzelfde systeem voor berekening der benadeeling volgt, heeft echter tegen de toepasselijkheid der bepaling op den kooper geen bezwaar, wel tegen uitbreiding tot de overeenkomsten stricti juris.

Pinelus (Comment. de rescindenda venditione, Frankfort 1614, deel I, cap. 3, pag. 178 e.v.) sluit zich niet aan bij de op verschillende teksten (b.v. D. XXXVIII, 5,1,12: si quis in fraudem patronorum rem vendiderit.... in re distracta deferri condicio debet emptori) gegronde interpretatie van de daarvan naar wezen en inhoud verschillende lex II, doch komt met eenige aarzeling toch tot dezelfde leer als de Glossatoren, welke hij als de communis opinio aanmerkt. Hij oordeelt het evenwel consequent de interpretatie dan ook uit te strekken tot de negotia stricti juris.

Een principieel afwijkend standpunt wordt ingenomen door Cujacius [1]). Niet in zijn commentaar op den Codex (ad tit. de rescind. vend.), waarin hij het rationeel acht, dat ook den kooper te hulp wordt gekomen en dat ontbinding wordt toegelaten bij de verwante overeenkomsten: locatio, permutatio en divisio.

In zijn Observationes (lib. XVI, cap. 18) betoogt hij echter, dat de aequitas gebiedt den verkooper te helpen, omdat deze tot een verkoop onder den prijs gewoonlijk door den nood wordt gedwongen, terwijl de kooper dikwijls een transactie aangaat fraudandi causa. Om dezelfde reden kan het beroep op de lex secunda wel den verhuurder, niet echter den huurder worden toegekend. Bij ruiling daarentegen zijn beide partijen als verkoopers aan te merken.

Implicite verkondigt Cujacius hier de thans meest verbreide opvatting, dat de lex secunda haar introductie (volgens hem bestendiging) in het Justiniaansche recht dankt aan den wensch den economisch zwakkere te hulp te komen. Zijn conclusie, dat op dezen grond slechts de verkooper, de verhuurder enz. dienen te

---

[1]) Die overigens van oordeel is, dat de lex II zelfs ten tijde van Diocletianus al niets nieuws bracht, doch slechts de sanctie op een bestaande praktijk.

worden geholpen, is echter onjuist, vooreerst, omdat de wetsbepaling naar de letter alleen een uitspraak inhoudt omtrent een geval, waarin *toevallig* de verkooper de gedupeerde was en verder, omdat de noodtoestand zich evengoed aan de zijde van den medecontractant kan voordoen.

Van hetzelfde gevoelen als Cujacius is ook Anton Faber (Errores Pragmaticor. Decad. VIII, error 7), die geen enkele extensieve interpretatie der lex secunda toelaat.

Hiertegenover wordt de oude leer verdedigd door Doneau (Donellus: Comment. ad tit. Cod. de rescind. vend. Frankfort 1599, pag. 342 e.v.) die aanvoert, dat dezelfde rechtskrenking even goed bij den kooper als bij den verkooper kan voorkomen en dat dus de eerste evenveel aanspraak op rechtshulp kan hebben als de laatste.

Een nauwkeurige bestrijding van de opvatting van Cujacius is te vinden bij Giphanius (Explanatio difficilior. leg. Cod., 1614, pag. 307 e.v.), die betoogt, dat de verkooper niet als zoodanig, doch als laesus recht op ontbinding der overeenkomst heeft en dus hetzelfde recht den kooper dient te worden toegekend, wanneer deze de benadeelde is. Immers de benadeeling is de vera causa hujus beneficii.

Het wil mij voorkomen, dat deze redeneering een inderdaad afdoend argument oplevert voor de leer der (in beginsel voor alle partijen en voor alle overeenkomsten geldende) extensieve interpretatie van het voorschrift der lex II.

Thomasius (de aequitate cerebrina legis II) toont zich ook op dit gebied de overtuigde tegenstander van het instituut der ontbinding wegens benadeeling. Volgens hem kan het beginsel der humaniteit bij den handel niet in aanmerking worden genomen. Een prijs, welke overeenstemt met de objectieve waarde van het voorwerp der overeenkomst, is niet wel denkbaar en daarom dient men bij een consensueele overeenkomst gebonden te zijn aan dat, wat is overeengekomen. De lex II heeft geen logische basis en wordt volgens Thomasius in de praktijk niet toegepast; de gedachte aan de billijkheid, waarop zij moet berusten, is slechts een hersenschim (aequitas cerebrina).

De eeuwenlange strijd over de interpretatie der lex secunda en hare toepassingen bewijst intusschen reeds afdoende de onjuistheid van zijn stelling, dat het instituut zonder praktisch belang zou zijn, en van zijn theoretische rechtvaardiging van dit standpunt.

§ 13. De Brachylogos juris civilis en de Summa Trecensis maken reeds melding van ontbinding wegens benadeeling, doch volstaan met het noemen van het begrip. Afgezien van de hier niet ter zake

dienende vraag, of laatstgenoemd werk afkomstig is van Irnerius, den stichter van de school van Bologna, waren het in elk geval eerst de latere Glossatoren, die zich verdiepten in het rechtskarakter der benadeeling.

Men kwam daarbij tot de leer van den dolus re ipsa, ontleend aan D. 45,1,36: Si quis, cum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem suptilitate juris obstrictus, sed doli exceptione uti potest: quia enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio; idem est et si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet: cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit, quod petit.

In het tweede geval dus is een voor de eene partij onvoordeelige transactie afgesloten en de wederpartij heeft zich niet schuldig gemaakt aan bedrog bij het aangaan der overeenkomst, doch handelde niet redelijk, niet te goeder trouw, alleen al door nakoming te verlangen (ipsa res in se dolum habet). Men noemde dit dan dolus re ipsa [1]) en zag een sprekend voorbeeld daarvan in het bij de lex secunda besliste geval, waar de verkooper bemerkte, dat hij minder dan de helft van de waarde voor zijn zaak had ontvangen.

Een meer nauwkeurige analyse leerde, dat benadeeling een op zichzelf staand feit is, dat slechts door begripsverwarring met dolus geassimileerd was. Dit inzicht bracht mede, dat niet langer gesproken werd van iemand die „dolo re ipsa obligatus" was, doch van een „deceptus" of „laesus" en in het geval van de lex secunda van „deceptio ultra dimidiam justi pretii". De uitdrukking „laesio enormis" voor dit begrip wordt, voor zoover bekend, het eerst aangetroffen bij Cinus van Pistoia, den leermeester van Bartolus [2]).

§ 14. Voor de beoordeeling van de toepassing van het begrip der laesio enormis in de praktijk is het noodzakelijk na te gaan, hoe de ontwikkeling is geweest van de daarvoor onmisbare leer van het justum pretium.

In de 4de eeuw vóór Christus verkondigde Plato [3]) de leer, dat

---

[1]) Ook wel dolus generalis of praesens tegenover den dolus praeteritus (in het verleden, nl. bij het aangaan der overeenkomst) of specialis. Vgl. Sohm, Institutionen, 17de druk (1930), pag. 705 e.v.

[2]) Vgl. Dekkers t.a.p. pag. 46, die opmerkt, dat Cinus de uitdrukking wellicht ontleent aan de Ultramontani, de school van Orléans, wier denkbeelden hij in Italië verkondigde. Vgl. ook Hermesdorf, t.a.p. pag. 360 en 363.

[3]) Vgl. Karl Vorländer, Geschichte der Philosophie (Kiepenhauer Verlag Berlijn 1932), § 25: Das platonische Staatsideal; Dekkers, § 35 e.v. en Genzmer t.a.p. pag. 26 e.v.

het Gemeenebest verantwoordelijk is voor het geluk van al degenen, die er deel van uitmaken. Tegenover de den mensch aangeboren neiging tot zelfzucht en jacht naar voordeel, moet de Overheid zorgen voor gerechtigheid. Kooplieden zijn in de samenleving een noodzakelijk kwaad en het is niet billijk hen als paria's aan te merken. De groothandel is onmisbaar voor den in- en uitvoer en de kleinhandel dient als bemiddelaar, om de producten van den landbouwer onder het bereik van den verbruiker te brengen. Maatregelen dienen echter te worden getroffen tegen onbeperkte jacht naar voordeel bij deze tusschenpersonen. In de Nomoi wijdt Plato zijn bijzondere aandacht aan de kooplieden en herbergiers, die zich niet tot eerste taak moeten stellen zich ten koste van hun medeburger te bevoordeelen, doch integendeel moeten optreden als weldoeners der menschheid, door te zorgen voor een rechtvaardige verdeeling der goederen en door het hunne bij te dragen, dat iedereen ontvangt, wat hij noodig heeft.

Het is niet de taak van den herbergier, wiens huis op een afgelegen plek is gelegen, als een struikroover den reiziger uit te kleeden; hij moet den vreemdeling als vriend tegemoet treden, hem onderdak en voeding verschaffen tegen matige belooning.

De bestuurders van den Staat moeten zich doen voorlichten omtrent de behoeften aan en den aanvoer van elk artikel; rekening houdende met een redelijk voordeel voor den koopman, dient te worden vastgesteld, wat men mag verlangen in ruil voor wat men besteedt. Op deze wijze worden de burgers gebaat en de deugdzaamheid van handel- en neringdoenden wordt aan niet te groote beproevingen blootgesteld.

De handwerkslieden en de verkoopers van waren moeten niet trachten meer dan de hun bekende werkelijke waarde voor het goed te bedingen, doch zij dienen zich precies aan den normalen prijs te houden.

Bij dit alles staat niet zoozeer het belang van den verkrijger voorop, als wel de neiging om den handelsstand zelf te vrijwaren voor ontoelaatbare praktijken.

De slechts enkele tientallen jaren jongere wijsbegeerte van Aristoteles [1]) is op dit gebied wat nuchterder en meer praktisch.

In het ruilverkeer berust de vaststelling der contra-praestatie niet op equivalentie, maar op de verhoudingen met als maatstaf: de behoefte.

De Staat heeft daarbij de taak niet alleen te waken voor de zedelijke belangen der burgers, doch ook hun physiek en materieel

---

[1]) Vorländer, t.a.p. § 33; Dekkers, § 113 en Genzmer, t.a.p. pag. 27 e.v.

welzijn te bevorderen en te vervolmaken. De Overheid moet de waarde der praestaties en de beteekenis van elk individu in de gemeenschap bepalen en heeft de taak suum cuique tribuere, de zorg, dat aan ieder wordt toebedeeld volgens de aanspraken, welke hij ontleent aan zijn meer of minder belangrijke plaats in het geheel.

In het onderlinge verkeer tusschen particulieren, brengt de gerechtigheidsgedachte mede, dat bij uitwisseling van praestaties over en weer een eventueele ongelijkheid zooveel mogelijk moet worden goedgemaakt, doordat degeen, die meer van het goed van den ander verkrijgt dan omgekeerd, aan zijn wederpartij precies het verschil moet bijpassen. Aan dit systeem is later de naam gegeven van dat der commutatieve gerechtigheid.

Als bij Plato wordt de zucht naar gewin en het verlangen zich te bevoordeelen ten koste van zijn naaste, reeds veroordeeld door den Bijbel zelf, bijv. in Matthaeus 6, 24: „Gij kunt niet God dienen en den Mammon"; Matth. 7, 12: „Alle dingen dan, die Gij wilt, dat U de menschen zouden doen, doet Gij hun ook alzoo; want dit is de Wet en de Profeten", Matth. 19, 21: „Zoo Gij wilt volmaakt zijn, ga heen, verkoop wat Gij hebt en geef het den armen en Gij zult eenen schat hebben in den hemel", Matth. 19, 24: „En wederom zeg ik U, het is lichter dat een kemel ga door het oog van eene naald, dan dat een rijke inga in het Koninkrijk Gods", Matth. 22, 29: „Gij zult Uwen naaste liefhebben als Uzelve" en in het bijzonder ook Paulus aan de Thessalonicenzen I, 4, 6: „Dat niemand zijnen broeder vertrede, noch bedriege in zijn handeling".

De leerstellingen van Plato en Aristoteles zijn bestudeerd door de Kerkvaders en de Scholastici.

De Kerkvaders onderstreepten mede de Bijbelsche uitspraken en leerden, dat het schadelijk is voor de ziel zich te verrijken, omdat dit gaat ten koste van anderen, nl. door hen te exploiteeren, door hun te hooge prijzen te berekenen en door hen rente te doen betalen.

In dit verband zij gewezen [1]) op de passage bij Augustinus (De Trinitate 13,3), waar een tooneelspeler zijn toehoorders aankondigt, dat hij hun diepste gedachten en wenschen kan raden en hun als zoodanig mededeelt: „Wat Gij allen wilt, is weinig te geven en veel te ontvangen". Augustinus voegt daaraan toe, dat het beter is aan dezen aandrang weerstand te bieden en te handelen als de brave man, die, toen hij zich een boek wilde aanschaffen, waarvoor de eigenaar, uit onkunde, een te lagen prijs vroeg, vrijwillig veel meer betaalde en wel het „justum pretium".

---

[1]) Vgl. Dekkers, §§ 40 en 41.

§ 15. Thomas van Aquino heeft zich in het bijzonder bezig gehouden met de leer der commutatieve gerechtigheid, welke hij verder heeft ontwikkeld [1]). Wanneer men een overeenkomst aangaat, houdt men bij het vaststellen der eigen praestatie rekening met wat men ervoor terugkrijgt. Het is een ethisch postulaat (Kamphuisen), dat de ware prijs (de waarde der praestatie) secundum forum commune wordt gewaardeerd en dat hij, die zijnerzijds meer van de bezittingen der wederpartij verwerft dan hem op grond van zijn praestatie zou toekomen, daaraan zooveel toevoegt, dat het evenwicht wordt hersteld.

Voor Thomas van Aquino is alleen de intrinsieke waarde van het voorwerp der overeenkomst van belang en hij past zijn leer toe op alle overeenkomsten, waarbij de een beoogt een reëele contra-praestatie van den ander te verkrijgen, met als logisch gevolg, dat de eenzijdige overeenkomsten en die om niet door hem qua overeenkomst buiten beschouwing worden gelaten.

„Iedere betaling doet een schuld veronderstellen" en een overdracht om niet staat buiten de belangstelling van de gerechtigheid.

Overigens doet het er in beginsel niet toe, of een overeenkomst van koop of van huur wordt gesloten, een vruchtgebruik wordt gevestigd of bewaargeving plaats heeft. In al deze gevallen heeft de partij, die iets praesteert, recht op een equivalent, dat kan bestaan hetzij in de overdracht van een gelijkwaardige zaak, hetzij in een vergoeding van het als eigenaar gederfd genot, hetzij in de teruggave van het toevertrouwd goed.

Summier weergegeven is dit de basis van het justum pretium [2]).

Het middel om te komen tot de vaststelling van dit justum pretium, is de communis aestimatio, schommelend tusschen een minimum en een maximum (Thomas van Aquino: „non est punctualiter determinatum; pretium summum, medium en infimum). In enkele gevallen, bij schaarschte van producten, bij verkoop op crediet en bij verhandeling van luxe voorwerpen, wordt soms toegestaan den normalen prijs iets te verhoogen, zulks in afwijking van het kanonieke beginsel.

Volgens Thomas van Aquino is de menschelijke wet veelal ontoereikend, om elk onrecht op dit gebied te voorkomen en kan zij slechts opkomen tegen de ernstigste gevallen, doch de Goddelijke

---

[1]) Vgl. Prof. Mr. P. W. Kamphuisen: „De leer van het justum pretium herleefd?" in W.P.N.R. no's. 3314 e.v.; Dekkers, §§ 114 e.v.

[2]) En tevens van het rente-verbod, omdat men door usura te bedingen, meer zou terugverlangen, dan men zelf heeft gegeven.

wet kan niet ongestraft laten, wat in strijd is met moraal en gerechtigheid. Zoo zal de verkooper, die een minderwaardig product heeft geleverd, ook al wist hij dat niet, of wanneer hij zijn waren boven verdienste heeft aangeprezen, of zich heeft vergist in maat of gewicht, den ontvangen koopprijs geheel of gedeeltelijk moeten restitueeren en zal omgekeerd de kooper moeten bijbetalen, wanneer de verkooper den prijs van zijn goed te laag heeft gesteld.

§ 16. Het is wellicht nuttig hier niet te volstaan met de weergave in groote trekken van de leerstellingen van Thomas van Aquino, doch iets dieper in te gaan op de kanonieke dogmatiek omtrent het justum pretium in het algemeen, omdat deze, ondanks alle uiterlijke verwantschap aan de Romeinsch-rechtelijke leer der laesio enormis, daarvan in conceptie toch zeer principieel verschilt.

Tegenover het beginsel van het Romeinsche recht, dat de vaststelling van den prijs van het voorwerp der overeenkomst overgelaten wordt aan den rechtens vrijen wil van partijen, staat de kanonieke leer, dat bij de prijsbepaling de subjectieve partijwil geen rol speelt, doch het een essentiale der koopovereenkomst is, dat de prijs wordt bepaald volgens objectieve normen. Hier deed zich gelden de invloed van het woekerdogma, dat winst tengevolge van overmatige bevoordeeling van één der partijen bij een koopovereenkomst even ontoelaatbaar achtte als dat uit een overeenkomst van verbruikleen voordeel voor den geldschieter en nadeel voor den debiteur ontstond. Als consequentie van deze opvatting werd den verkooper in beginsel niet toegestaan zijn prijs te verhoogen, wanneer hij op crediet leverde, terwijl het evenmin den kooper vrijstond een lageren prijs te bedingen bij levering op termijn. In beide vormen werd de vergoeding voor credietverleening als usura veroordeeld.

De kanonieke wetgeving en doctrine stellen zich tot taak de equivalentie tusschen praestatie en contra-praestatie bij de koopovereenkomst te waarborgen en alles af te snijden, wat als afwijking naar boven of naar onderen van het justum pretium is aan te merken [1])

Bij de vaststelling van de in geld uit te drukken waarde der goederen, ging men ervan uit, dat het ruilmiddel zelf een stabiele nominale waarde heeft; men moest dit wel aannemen, omdat bij schommeling in de waarde van het betaalmiddel de vaste maatstaf ontbreekt en prijsschommeling onvermijdelijk is.

---

[1]) Vgl. voor de dogmatiek van het justum pretium W. Endemann, Studien in der Romanisch-Kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre (Berlijn 1883), deel II, hoofdstuk V: Das Kaufgeschäft.

Het justum pretium is dat, wat overeenkomt met de werkelijke waarde (valor) van het voorwerp der overeenkomst. Deze werkelijke waarde wordt op haar beurt beoordeeld naar de innerlijke qualiteiten van het goed (de bonitas intrinseca) volgens de appreciatie daarvan in het verkeer.

De fixatie van deze waarde geschiedt bij voorkeur door de Overheid, waardoor de ambtelijk getarifieerde prijs (het pretium legitimum) dus identiek werd aan het justum pretium. Bij gebreke van deze officieele taxatie diende men zich te behelpen met de volgens communis opinio aangenomen verkeerswaarde. Ook hierbij was men gebonden aan objectieve vaststelling, daar een subjectieve bepaling door partijen tengevolge zou hebben, dat deze arbiter in eigen zaak waren en de prijs dientengevolge niet justum zou zijn. Als een bezwaar tegen de gevolgde methode werd natuurlijk ondervonden, dat aan de eene van gelijksoortige zaken meer arbeid is besteed, daarvoor meer kosten van verfraaiïng, vervoer, enz. zijn aangewend dan aan de andere en men bij deze factoren het subjectieve element toch niet geheel kon uitschakelen.

Ook viel uiteraard de wet van vraag en aanbod in het handelsverkeer niet volkomen weg te cijferen.

Persoonlijke omstandigheden van een der partijen mogen echter niet in aanmerking worden genomen. Zoo begaat degene, die den noodtoestand van den kooper uitbuitend, duurder verkoopt of degene, die van de moeilijke financieele positie van den verkooper misbruik makende, te laag inkoopt, niet slechts een zonde, doch ook een rechtskrenking. Gevolg van zoodanigen psychologischen dwang is een verplichting tot restitutie of tot aanvulling van het te weinig gepraesteerde. De zorg voor de objectieve gerechtigheid bracht aanvankelijk mee, dat elke afwijking van het justum pretium tot herstel leidde, zelfs wanneer deze berustte op een verschoonbare onwetendheid.

De grondgedachte dezer doctrine was echter in de praktijk niet consequent door te voeren en zoo moest zij zich op den duur in verschillende spitsvondige redeneeringen begeven, om concessies aan de eischen van het handelsverkeer te kunnen motiveeren.

Nadat aanvankelijk aan partijen alleen werd veroorloofd tusschen de hoogste en de laagste grens van een niet van overheidswege vastgestelden prijs op elkaar voordeel te behalen, werd later schoorvoetend toegestaan ook boven of onder deze grenzen te gaan. Geleidelijk kwam men ertoe een benadeeling der wederpartij verschoonbaar te achten tot één vierde, daarna één derde en tenslotte zelfs de helft van het justum pretium. Bleef men binnen deze limiet, dan was de overeenkomst in zoover onaantastbaaar, dat

E R R A T A.

Pag. 9, regel 11 v.o.: „staat"; lees: „staan".

„ 27, „ 12 v.b.: „rijdom"; lees: „rijkdom".

„ 41, „ 12 v.b.: „parijen"; lees: „partijen".

„ 49, open ruimte na regel 4 v.b. i.p.v. na regel 5 v.b.

„ 49, regel 10 v.b.: „decentralisatie"; lees: „de centralisatie".

„ 69, „ 11 v.b.: „dezelffde"; lees: „dezelfde".

„ 94, „ 11 v.b.: „een een"; lees: „een".

ERRATA

38. 8, regel 11 v.o.: „alsof" lees: „staan".
39. „ 12 v.b.: „rijdom"; lees: „rijkdom".
41. „ 12 v.b.: „pardien"; lees: „partijen".
46. open ruimte na regel 4 v.b.: n.v.: na regel 5 v.b.
49. regel 10 v.b.: „decentralisatie"; lees: „de centralisatie".
50. „ 11 v.b.: „derelijke"; lees: „derelijke".
94. „ 11 v.b.: „een een"; lees: „een".

arglist, simulatie of woeker niet werd gepresumeerd. Voor een actie tot ontbinding of het aanwenden van een ander rechtsmiddel was dan eerst het positieve bewijs noodig, dat één dier gronden aanwezig was.

Zooals eenerzijds de wetgeving van Justinianus onder den invloed van het Christendom stond en hiervan blijk gaf door haar behandeling van tal van kerkelijke aangelegenheden, werd anderzijds in de Middeleeuwen het Romeinsche recht vooral ook door de Geestelijkheid bestudeerd. De kanonieke opvattingen omtrent aequitas en justum pretium stemmen heel goed overeen met de resultaten, waartoe bij ernstige verstoring van het evenwicht tusschen de praestaties der parijen het wereldlijk recht van Justinianus was gekomen, nl. de wettelijke erkenning van het begrip laesio enormis en de toekenning van het rechtsmiddel der lex secunda.

Zoo worden dan ook in de Decretales van Gregorius IX (samengesteld door Raymundus van Pennaforte [1]) (± 1180—1275) twee bekende canons, resp. van de Pausen Alexander III [1]) en Innocentius III [2]) over vragen van benadeeling aangetroffen.

Bij de eerste (naar de aanvangswoorden „cum dilecti" genoemd) van het jaar 1170 vernietigde de Paus in appèl een uitspraak van den Deken van Reims, die beslist had, dat een koopovereenkomst betreffende een bosch, waarbij de prijs was gesteld op minder dan de helft van de werkelijke waarde, niet in stand kon blijven en dat de eigendom bij den verkooper was verbleven. De Paus overwoog: „Quia vero in arbitrio emptoris est, si velit, supplere justum pretium aut venditionem rescindere, cum res minus dimidia justi pretii comparatur", oordeelde, dat het verkochte aan den kooper toekwam, waarbij aan den verkooper het recht bleef voorbehouden terzake van den te lagen prijs (de „deceptio pretii") en zijn andere bezwaren (de vraag, of het Kapittel in de zaak gekend was, enz.) een nieuwe uitspraak uit te lokken.

In den canon van Innocentius (aangeduid als „cum causa") wordt in een soortgelijk geval beslist: cum constiterit nobis monasterium (verkooper) in venditione ultra dimidiam justi precii fuisse deceptum sentendiando decrevimus, ut praefati cives (koopers) aut recepto pretio possessiones (de verkochte eigendommen) restituerent memoratas aut supplerent, quantum constaret legitimae venditionis tempore justo pretio defuisse.

Naast deze toepassingen van de lex secunda, laat de Glosse op

---

[1]) Corpus juris canonici: Decretales Gregorii IX, de emptione et venditione, liber 3, t. XVII, Can. 3.

[2]) Idem, Can. 6.

de Decretales beroep op benadeeling volgens de Romeinsch-rechtelijke theorie omtrent den dolus re ipsa toe bij alle overeenkomsten bonae fidei en de Kardinaal Hostiensis kent den benadeelde bij stricti juris overeenkomsten de exceptio doli toe.

Beiden staan het beroep zonder bedenking toe aan den kooper en wel in den voor hem meest gunstigen zin, nl. volgens de hieronder te bespreken leer van Azo.

In het kanonieke recht werd de benadeeling ook na de erkenning, dat het in het verkeer naar buiten (in foro exteriori) door de wet was toegestaan „se decipere" tot aan de helft van het justum pretium, in foro conscientiae steeds veroordeeld [1]). Bernardus van Sienna acht foro conscientiae de benadeeling ook voor minder dan de helft van den normalen prijs ontoelaatbaar. Volgens hem zijn het onwetendheid, geesteszwakte, armoede en nooddruft, waardoor de benadeelde tot medewerking aan de voor hem nadeelige transactie is bewogen. In verband met de nader te bespreken leer der „scientia" en der „ignorantia" verdient het opmerking, dat met deze gronden voor ontbinding wegens benadeeling geheel andere oorzaken worden geïntroduceerd [2]) dan onbekendheid met de waarde. Op den duur wordt de vordering tot ontbinding dan ook zelfs „in foro exteriori" toegekend aan iemand, die, ondanks zijn wetenschap van de werkelijke waarde, als gevolg van één der voorschreven gronden voor meer dan de helft is benadeeld.

§ 17. Daar de leer van het justum pretium het onsmisbaar complement is van die der laesio enormis, hielden de Romanisten zich ook met de theorie van het eerste bezig en kwamen daarbij tot een opvatting, welke vrijwel overeenstemde met die der Kanonisten.

Teneinde te komen tot de vaststelling van een justum pretium voor een bepaalde zaak, meer in het bijzonder van een onroerend goed [3]), ging men uit van den datum der overeenkomst, de plaatselijke gebruiken en het bedrag der lasten tegenover dat der revenuen. Wanneer deze gegevens onvoldoende waren, werd overgegaan tot een communis aestimatio, een schatting door terzake deskundigen na inspectio oculorum, waarbij onderlinge overeenstemming der deskundigen vereischt was. Een ander middel tot bepaling van de normale waarde van het goed bestond in een vergelijking met de instrumenta, d.w.z. overeenkomsten omtrent soort-

---

[1]) Marcel Mémin, t.a.p., pag. 113 e.v.

[2]) Vgl. ook Tractatus Universi Juris (VII, 63, Coepella: de contractibus et aliis illicitis).

[3]) Voor roerende goederen golden veelal wettelijke tarieven.

gelijke goederen omstreeks denzelfden tijd afgesloten in of in de nabijheid van de plaats, waar de litigieuze overeenkomst was tot stand gekomen. Wanneer ook deze bewijsvoering ontbrak, nam men zijn toevlucht tot de confessio of declaratio, eventueel onder eede.

Op grond van den regel: sciens non videtur deceptus, uitvloeisel van de Romanistische theorie, welke in benadeeling zag een dolus re ipsa of deceptio re ipsa, wel in tegenstelling, doch tevens in vergelijking met den dolus specialis, werd door de Glossatoren en Post-Glossatoren geleerd, dat hij, die de waarde van het goed had gekend, zich niet over benadeeling kon beklagen; dit stond slechts vrij aan dengene, die daarmede onbekend was geweest, aan den ignorans. In wezen benadert de benadeeling hier dus meer den error dan den dolus.

Het bewijs van scientia of ignorantia werd afgeleid uit weerlegbare vermoedens.

Te dien aanzien werden twee verschillende theorieën ontwikkeld. Azo (Summa Codicis), Accursius (Glosse ad C. 4,44,2) en Bartolus (ad C. 4,44,2, no. 12) presumeerden de kennis der waarde bij den verkooper op grond van de stelling: nullus debet ignorare vires patrimonii sui. Daar dit voor den kooper natuurlijk niet opging, bestond te zijnen gunste een presumptie van onwetendheid. Aan den verkooper sciens werd de vordering tot ontbinding ontzegd, omdat hem de bedoeling werd toegeschreven voor de meerdere waarde een schenking te doen.

De invloedrijke Fransche jurist uit de school der Ultramontani, Pierre de Belleperche (Petrus de Bella Pertica † 1308) [1]) verkondigde de tegenovergestelde leer, doordat hij uitging van ignorantia bij den verkooper en den kooper noodzaakte te bewijzen, dat de verkooper willens en wetens een te lagen prijs bedongen had.

Cinus van Pistoia (1270—1336) (de rescindenda venditione, no. 14) combineerde beide opvattingen in een tusschenleer, door bij den verkooper ignorantia te presumeeren, als het verkochte goed was verkregen van een extraneus. Van een vermoeden van schenking van de meerwaarde wilde hij niets weten, omdat: nemo presumitur jactare suum.

Vele gevallen werden ook op casuïstische wijze opgelost, nl. scientia aangenomen, als de eigenaar zelf het beheer over zijn goederen voerde, ignorantia, als deze ver verwijderd waren of aan anderer zorg toevertrouwd.

Als de meest gevolgde regel kan tenslotte worden gesteld, dat,

---

[1]) Volgens Cinus (ad leg. II, no. 14).

wanneer minder dan de helft van het justum pretium is bedongen, in twijfelgevallen meer neiging bestaat ignorantia dan scientia aan te nemen en als gevolg daarvan de op de lex secunda gebaseerde actie toe te staan.

Een merkwaardige strijd ontstond over de vraag, hoe ten aanzien van den kooper de laesio enormis moest worden berekend, m.a.w. wat te zijnen aanzien moest worden verstaan onder dimidia justi pretii [1]).

Wanneer de zaak 10 waard is, spreekt het vanzelf, dat de helft 5 is en dat de verkooper, die 4 heeft ontvangen, ontbinding kan vragen. Moet echter voor den kooper de benadeeling worden berekend naar de waarde van de zaak of naar het bedrag zijner betaling?

In het eerste geval is de kooper benadeeld, wanneer hij meer dan 15 heeft betaald. Aldus Azo (Summa Codicis) en Accursius (ad C. 4,44,2).

De andere leer (Martinus en Placentinus (beiden ad C. 4,44 De resc. vend.), achtte bij den koopprijs van 16 den kooper niet het slachtoffer van laesio enormis. Immers de helft van den koopprijs ligt bij een waarde van 10 nog boven de benadeelingsgrens der lex secunda. De koopprijs moest 21 hebben bedragen, omdat dan pas de helft boven het justum pretium ligt. Door de tegenstanders werd deze leer als dwaas gequalificeerd door hunnerzijds de dwaasheid te begaan haar nu weer toe te passen op den verkooper. Volgens hen zou de consequentie zijn, dat, wilde de verkooper zich naar deze theorie op laesio enormis kunnen beroepen, hij niet voor minder dan de helft van 10, maar zelfs voor minder dan niets verkocht moest hebben.

De Romanisten volgden eerst Azo, doch helden later weer over tot de leer van Placentinus, welke minder gunstig was voor den kooper, vermoedelijk als reactie tegen een al te veelvuldig beroep op laesio enormis door koopers.

Terwijl nu de Romanisten aan den eenen kant de leer der laesio enormis uitbreidden en de ontbinding terzake van benadeeling toepasselijk achtten bij alle overeenkomsten, werd men aan den anderen kant strenger bij het stellen van de eischen, omdat verlangd werd, dat de benadeelde de werkelijke waarde van het goed niet had gekend.

§ 18. De praktijk intusschen was van toepassing der lex secunda, welke de rechtszekerheid op elk gebied van het overeenkomsten-

---

[1]) Vgl. Mémin, t.a.p. pag. 71 e.v.

recht kon verstoren, allerminst gediend en reageerde daartegen met de opname van contractueele clausules, waarbij een beroep op benadeeling werd uitgesloten en welke zoo regelmatig in elke overeenkomst werden opgenomen, dat de wetenschap daartegen op haar beurt opkwam, de strekking der clausules beperkte en hoogere eischen stelde voor haar geldigheid.

Aldus ontwikkelde zich het navolgende proces [1]):

Sedert het midden der 12de eeuw kwam in zwang een algemeene renuntiatie aan een beroep op het Romeinsche recht. Dit middel bleek weldra onvoldoende, omdat de wil van dengeen, die van het beroep afstand deed, niet genoegzaam bepaald was en ten aanzien van elk afzonderlijk punt twijfel bleef bestaan. Daarom moest men uitdrukkelijk renuntieeren aan een beroep op de lex secunda, welke voorzag in ontbinding der overeenkomst wegens benadeeling. In het algemeen werd daartoe voldoende geacht, dat men zich verbond: nullo modo se venire contra venditionem. Ook daarmede was echter de wederpartij nog niet geheel veilig gesteld, omdat de vraag bleef bestaan, of de benadeelde zich wel voldoende rekenschap had gegeven van of zelfs maar bekend was geweest met het recht, dat hij prijs gaf. Om dit bezwaar te ondervangen, werd aan de renuntiatie-clausule toegevoegd een certi-oratio, een verzekering, dat de beteekenis was toegelicht en begrepen en de verbintenis dus niet in „ignorantia" was aangegaan.

Een tweede middel, dat al vroeg, vermoedelijk ook reeds in de 12de eeuw, werd toegepast, was, dat de verkooper verklaarde, dat hij aan den kooper een schenking deed van hetgeen de zaak boven den overeengekomen prijs waard was. Ook deze verklaring ging dikwijls vergezeld van een certioratio.

Het derde middel was de eed, veelal ook omschreven in een algemeene formuleering: nec controversiam se moturum nec contra venditionem venturum. Deze eed versterkte gewoonlijk de renuntiatie of de verklaring van schenking.

De doctrine onderzocht deze middelen reeds vroegtijdig op hun geldigheid. De renuntiatie aan een beroep op de lex secunda ontmoette geen tegenstand. Zoowel de Glosse, Azo als Placentinus [2]) achtten haar geldig, wanneer zij bepaald en uitdrukkelijk was.

---

1) Vgl. Meynial, De la rescision de la vente pour lésion d'outre moitié, pag. 207 e.v. en Dekkers, La lésion énorme, passim.

2) Glosse ad legem majoris precii en Azo en Placentinus beiden: Summa Codicis, ad legem secundam. Zij behandelen de renuntiatie hier niet apart, maar uit de ontwikkeling hunner bezwaren tegen den eed blijkt, dat deze niet gelden voor de speciale renuntiaties.

Ten aanzien van den eed was men moeilijker en er bestond een neiging, om de formule, welke de jurans had gebezigd, beperkt uit te leggen. Zoo betoogt Placentinus, dat degeen, die gezworen heeft: „nec controversiam se moturum nec contra venditionem venturum" wel bevoegd blijft een beroep te doen op de lex secunda, omdat hij dan noch ageert tot ontbinding der overeenkomst, noch tot teruggave der verkochte zaak, doch slechts tot het verkrijgen van een aanvulling tot het justum pretium. Indien de overeenkomst toch ontbonden wordt, dan kan dat niet worden toegeschreven aan den verkooper, doch is dat de schuld van den kooper, omdat deze heeft geweigerd de aanvulling te betalen.

Azo betwistte dit standpunt door erop te wijzen, dat het opeischen van de aanvulling dikwijls gelijk stond met een noodzaak voor den kooper, om de ontbinding te ondergaan en dat de verkooper op deze wijze toch zijn eed brak.

Azo is de eenige van de Glossatoren, die de schenking van het meerdere vermeldde en haar geldig achtte.

De meer nauwkeurige analyse van de middelen, uitgedacht ter bestrijding van de lex secunda, begint bij de Post-Glossatoren. De renuntiatie heeft veel van haar beteekenis verloren, omdat de clausule vrijwel steeds wordt bekrachtigd door den eed. Bartolus (1314—1357) [1]) acht haar geldig, mits speciaal een beroep op de lex II is uitgesloten; het is niet noodig, dat degeen, die renuntieerde, de werkelijke waarde van zijn praestatie heeft gekend of op de hoogte is geweest van de strekking van het beding. Paulus de Castro (Paulus Castrensis † 1441) [2]) gaat nog verder en verlangt niet eens bekendheid met het recht om ontbinding te vragen.

In de Fransche rechtspraak der 16de eeuw wordt de clausule echter als van onwaarde aangemerkt door het Parlement van Parijs en dat van Toulouse [3]).

Cinus [4]) vermeldt de meening van Pierre de Belleperche, volgens wien het kanonieke recht den eed zonder practisch belang acht. Cinus zelf bespreekt den eed, dien een minderjarige heeft afgelegd en betoogt, dat deze alleen afstand heeft kunnen doen van rechten, waaraan hij gedacht heeft, dat hij niet gedacht kan hebben aan rechten, welke hij niet kende en dat van hem mag worden aangenomen, dat hij zijn rechten niet kent. Hij verliest het recht om

---

[1]) Ad legem „si quis cum aliter" (D. 45,1,36, no. 8).

[2]) Ad legem 2 C. de rescindenda venditione, no. 9.

[3]) Vgl. Meynial, t.a.p. pag. 214 e.v.

[4]) Ad legem 2 C. de rescindenda venditione, nos. 5 en 6.

ontbinding te vragen dus alleen, wanneer een certi-oratio heeft plaats gevonden. Deze redeneering zou ook dienen te gelden voor den meerderjarige, met deze verschillen, dat hier geen onbekendheid met eigen rechten wordt verondersteld en dat er geen plaats is voor certi-oratio; bij bewijs van ignorantia ten aanzien van het recht op ontbinding zou de eed ook hier zonder effect moeten blijven. Cinus trekt deze conclusie echter niet, terwijl Bartolus [1]) den eed slechts ongeldig acht, wanneer de aflegging daarvan door dwang of bedrog is verkregen. Castrensis [2]) oordeelt den eed geldig en ontzegt den verkooper de actie tot ontbinding, ook wanneer deze de werkelijke waarde niet gekend heeft.

De praktijk stoorde zich weinig aan deze opvattingen en hier kwam het kanonieke recht te hulp, door aan den onder eede verbondene dispensatie (dispensatio, relaxatio) van den eed te verleenen op grond van de merkwaardige overweging, dat bij het afleggen daarvan het stilzwijgend voorbehoud was gemaakt: si superiori placuerit. In zeer ernstige gevallen wilde het kanonieke recht zelfs van renuntiaties, certi-orationes en eeden in het geheel niets weten. Wanneer de benadeeling de helft van het justum pretium aanmerkelijk had overschreden en minder dan 1/3 van de werkelijke waarde was betaald, werd, ondanks alle veiligheidskleppen, door of in het belang van de bevoordeelde partij aangebracht, de geheele overeenkomst nietig geacht.

Het spreekt vanzelf, dat een absoluut nietige overeenkomst niet door het afleggen van een eed tot een geldige kon worden gemaakt.

Hier achtte de kanonieke leer den door haar bij benadeeling gepresumeerden moreelen dwang uitgegroeid tot dolus, terwijl de term „laesio enormis" daarbij werd versterkt tot „laesio enormissima".

Een afzonderlijke plaats werd ingenomen door de schenking van een waarde, welke gelijk stond aan het verschil tusschen het justum pretium en den overeengekomen prijs. Op zichzelf is het een eenigszins wonderlijke figuur: in beginsel verkoopt of schenkt men, doch men doet niet beide tegelijk. Behalve als middel, om te ontkomen aan de toepassing der lex secunda in het algemeen, was de clausule in het bijzonder ook de geëigende vorm, om het verbod van usura te ontduiken.

De Glossatoren achtten haar geldig. Cinus is van tegengestelde meening, daar hij in dit mengsel van verkoop en schenking een

---

[1]) Ad C. 2. De rescindenda venditione, no. 9.

[2]) Ad C. 2. De rescindenda venditione.

presumptie van bedrog ziet en bovendien een begunstiging van het usura.

Bartolus (ad Dig. 45,1,36, no. 7) oordeelde, dat het beding rechtsgeldig is, mits de verkooper inderdaad „animus donandi" heeft gehad, en, ondanks zijn wetenschap omtrent de werkelijke waarde van het goed, desbewust van een hoogeren prijs heeft afgezien. Indien de verkooper de waarde niet heeft gekend, wordt hem slechts, wanneer de clausule in de overeenkomst is opgenomen, een bescheiden liberaliteit toegeschreven, nl. tot aan de helft van het justum pretium. Heeft echter de verkooper-schenker formeel zijn wensch kenbaar gemaakt van de meerwaarde afstand te doen, welke deze ook zij, dan wordt de animus donandi door deze toevoeging bewezen geacht en is de schenking onbeperkt geldig.

§ 19. In hun streven, om aan de lex secunda, zooals deze door hen werd geïnterpreteerd, zooveel mogelijk uitbreiding te geven, onthielden de Glossatoren aan het rechtsmiddel, strekkende tot ontbinding der overeenkomst, de qualificatie „in integrum restitutio", omdat deze een verjaringstermijn van 4 jaren (C. 2,52,7) met zich zou brengen. Zij gaven de voorkeur aan de benaming condictio ex lege secunda of kenden de actio venditi toe, omdat daarbij als actio in personam een verjaringstermijn van 30 jaren gold.[1]). De actio venditi had daarenboven het voordeel, dat men daarmede ook rechten geldend kon maken, welke niet nadrukkelijk waren gestipuleerd.

§ 20. Resumeerende kunnen wij vaststellen, dat in de Middeleeuwen de Romanisten de theorie der laesio enormis hebben uitgebreid tot alle overeenkomsten en dat zij het daaraan ontleende rechtsmiddel een langeren levensduur toekenden door den verjaringstermijn op 30 jaren te stellen, doch dat zij anderzijds een element invoerden, dat ten tijde van Justinianus niet in aanmerking werd genomen, nl. den eisch van onbekendheid bij den benadeelde van de werkelijke waarde zijner praestatie.

Het kanonieke recht kwam bij zijn ontwikkeling van de leer van het justum pretium en met het verbod van usura tot vrijwel dezelfde resultaten, doch daarbij lag het zwaartepunt niet mede in gebrek aan wetenschap bij den benadeelde, doch in den eisch van gelijkheid van partijen en in een presumptie van moreelen dwang bij uiteenloopende waarde der wederzijdsche praestaties.

---

[1]) Glosse ad C. 4,44,2: Praescribitur remedio legis secundae triginta annis, ut caeteris actionibus personalibus.

De praktijk van het privaat-rechtelijk verkeer tenslotte was van het leerstuk der ontbinding van overeenkomsten wegens benadeeling niet gediend en trachtte dit tegen te gaan door een systeem van renuntiaties in verschillenden vorm.

§ 21. De groote lijn werd volkomen verbroken in de 16de eeuw, terwijl sedert dien het gebied, waarop de lex secunda toepassing vond, gestadig werd ingekrompen.

De oorzaken liggen voor de hand. De hegemonie van de Katholieke kerk was met de Hervorming en met de groeiende macht en decentralisatie van het wereldlijk gezag geëindigd.

De handel breidde zich uit en de beteekenis van het roerend goed nam voortdurend toe. Partijen waren souverein bij het sluiten harer overeenkomsten en wenschten zich niet meer de les te laten lezen door een oude Romeinsche wet van eeuwen her. Evenmin bleef men, als naar kanonieke opvatting het justum pretium en de equivalentie van praestaties zien als het alles beheerschende element der overeenkomsten; veeleer won de opvatting veld, dat het essentiëele is gelegen in de wilsovereenstemming van partijen.

Het locale gewoonte-recht bleef niet langer een aanvullende en ondergeschikte plaats innemen, maar verkreeg zelfstandige en belangrijke beteekenis, vooral doordat het de weerslag was van de eischen en de behoeften van de praktijk.

Al was de verjaringstermijn der actie reeds bij een ordonnantie van Lodewijk XII van 1512 ingekort tot 10 jaren [1]), de rechtszekerheid verzette zich er tegen, dat zoo lang nog de eigendom kon worden opgevorderd; dit werkte ongunstig op de animo van de koopers en wreekte zich in den prijs, welke de verkoopers konden bedingen. Bij verschillende verordeningen werd de termijn dan ook verkort.

Ook in ander opzicht taande het gezag der lex secunda en werd haar werkingssfeer geleidelijk ingekrompen.

De veranderde opvatting omtrent het wezen der overeenkomsten bracht noodwendig met zich, dat wel vis, dolus en error hun plaats

---

[1]) Tot de Nederlanden uitgebreid bij het Eeuwig Edict van 1611:
„Dat alle rescissiën ende annulatiën van contracten oft eenighe andere acten gefundeerd op lesie, hoe groot die soude mogen sijn, bedroch, circumvencie, vreese, cracht of ghewelt, sullen gheprescribeert ende overstreken sijn met den tijt van thien achtervolghende jaeren, te rekenen van den dach, dat sij sullen ghedaen wesen, oft wel dat de vreese oft ghewelt, beletsel van rechte oft daet, zal cesseren."

konden behouden, doch dat de benadeeling, welke als feit niet zoozeer rechtstreeks den uiterlijken consensus van partijen vitieert, doch meer leidt tot een ongewenscht gevolg voor één harer, veel van haar beteekenis verloor. Bovendien leidde de omstandigheid, dat de theorie omtrent het justum pretium op den achtergrond raakte, ertoe, dat het criterium voor de berekening van laesio enormis, gelegen in een vergelijking tusschen prijs en waarde, werd losgelaten.

De conclusie is gewettigd, dat de praktijk, speciaal die van den handel, zooals deze tot uiting kwam in het bij ordonnanties en costumen vastgelegde locale recht en in de jurisprudentie, tesamen met een streven, om het aantal ontbindingen van overeenkomsten tot een redelijke proportie terug te brengen, successievelijk heeft geleid tot de zeer beperkte toepassing van de lex secunda, welke in den Code civil en in de Nederlandsche wet is overgebleven.

Daarbij brachten de 16de en 17de eeuw, naast den verminderden invloed van het kanonieke recht, een critische waardeering van de Romeinsch-rechtelijke bepalingen en in beginsel bracht dit de laesio enormis terug tot de overeenkomst van koop en verkoop, terwijl dan nog de eischen van den handel zich verzetten tegen haar toepassing bij transacties omtrent roerend goed.

Zoo werd dan eerst de ontbinding wegens benadeeling uitgesloten bij verkoop van roerend goed [1]), waar de inconvenienten zich het meest deden voelen en op het voetspoor daarvan bij pachtovereenkomsten, welke werden aangemerkt als verkoop van de vruchten. Bij een nieuwe beperking werd, in overeenstemming met den tekst van de lex secunda, de actie niet toegestaan aan den kooper. Een volgende stap was de uitsluiting bij de aleatoire overeenkomsten, met name de dading. Gelijk eertijds overeenkomst voor overeenkomst werd nagegaan en theoreën werden gezocht en ontwikkeld, of en hoe de lex secunda kon worden toegepast, zag men thans het omgekeerde geschieden en werd de actie aan de eene categorie overeenkomsten na de andere onthouden.

Opgemerkt mag worden, dat scheiding en deeling los werd gemaakt van de voor de overeenkomsten in het algemeen geldende leer [2]). In de Middeleeuwen werd deze gelijk gesteld met koop en verkoop, de Glossatoren achtten op haar de lex secunda toepasselijk, zoodat ontbinding alleen mogelijk was bij benadeeling voor meer dan de helft van het justum pretium. Sedert de 16de

---

[1]) Behalve bij zeer kostbare stukken of een algemeenheid van roerende zaken.

[2]) Vgl. Mémin, pag. 130.

eeuw werd deze assimilatie losgelaten en werd als rechtskarakter der scheiding aangemerkt het doel gelijkheid tusschen de deelgenooten te bewerken. Als gevolg hiervan werd de door de lex secunda bepaalde grens te hoog geacht. Hoe groot de benadeeling moest zijn, om tot ontbinding te leiden, bleef eenigen tijd onbepaald en ter appreciatie van den rechter. Het parlament van Parijs besliste in de 16de eeuw eenige malen, dat een „belangrijke" benadeeling [1]) voldoende grond voor ontbinding of nadere verrekening was. Daar deze onzekerheid tot vele procedures aanleiding gaf, deed zich de behoefte aan een tarifieering voelen. Sommige „doctores" opteerden voor 1/4, andere voor 1/3. De jurisprudentie kwam tenslotte tot een vaststelling van 1/4 tot 1/3, d.w.z. een benadeeling van meer dan 1/4, zonder dat het 1/3 gedeelte bereikt behoefde te zijn.

In de andere gevallen werd de toepassing der lex secunda in het algemeen nog bemoeilijkt door zwaardere eischen te stellen aan het bewijs der benadeeling, het minder gemakkelijk aannemen van „ignorantia" ten aanzien van de werkelijke waarde e.d.

Het spreekt vanzelf, dat met de beperking van de mogelijkheid om zich op benadeeling te beroepen minder behoefte ging bestaan aan de renuntiaties, zoodat deze geleidelijk verdwenen of in onbruik raakten.

Het schijnt mij voor mijn doel weinig nuttig de geschiedenis van het verval der lex secunda tot in nadere bijzonderheden te beschrijven en de auteurs uit den tijd na de Hervorming tot Pothier een voor een na te gaan [2]), mede, omdat bij hen veelal een systematische behandeling der vraagstukken ontbreekt en omdat een rechtstreeksche invloed van een hunner, uitgezonderd Thomasius, op de huidige wetgeving niet is aan te toonen.

§ 22. Een onderzoek bij de schrijvers van Nederlandschen stam leert het volgende:

Everhardus (Consilia sive responsa, uitgave Frankfort 1594) behandelt een klacht, gebaseerd op laesio enormis, in Consilium XCVI. Een dochter beklaagde zich over benadeeling als gevolg van een overeenkomst, aangegaan met den vader. Zij beriep zich o.m. op haar minderjarigheid, haar vrouwelijke (onervaren) sexe, op de nietigheid eener overeenkomst betreffende een nog niet openge-

---

[1]) Lésion notable of lésion suffisante.

[2]) Hier worde volstaan met de opmerking, dat Domat (Les loix civiles, Parijs 1756, I, 2, 9) beroep op de lex II slechts toestaat aan den verkooper van onroerend goed.

vallen nalatenschap en op benadeeling. In de Latijnsche formuleering luidde haar laatst vermelde grief: quia dicta domicella, ex hujusmodo pacto et renunciatione, dicitur enormiter laesa, longe ultra dimidiam et sic deberet sibi, ut cuilibet majori succurri per remediam l. 2 C. de rescindenda venditione, fortius ergo debet sibi minori, enormiter laesae, succurri per beneficium restitutionis in integrum.

Het beroep op het nog niet zijn opengevallen der nalatenschap faalde, omdat de daarbij bedoelde regel uitzondering lijdt, wanneer „cum pacto est admixtum delictum", terwijl het delict in dit geval hierin bestond, dat de minderjarige dochter zonder voorkennis van haar vader in het huwelijk was getreden.

Verder overwoog Everhardus: „sola minorennitas vel sexus fragilitas non sufficit ad dandum restitutionem in integrum, nisi concurrat et probeter laesio", waarbij nog deze voorwaarde wordt gesteld, dat de geheele benadeeling voortkomt uit haar „facilitas" (lichtzinnigheid) of uit arglist van de wederpartij.

Voor de beoordeeling van de vraag, of benadeeling heeft plaats gehad, is niet beslissend het tijdstip der afwikkeling, doch dat, waarop de overeenkomst is gesloten. Met een beroep op Baldus wordt gezegd: „non consideratur eventus, sed principium contractus; quo tempore si non apparet de laesione, remanet contractus firmus". Voorts wordt geleerd, dat een klacht wegens benadeeling geen gevolg kan hebben, wanneer de contractant te zijnen bate of schade de overeenkomst heeft aangegaan. Onder verwijzing naar uitspraken in denzelfden zin van Paulus de Castro en Bartolus heet het: „quandocunque aliquid se habet ad lucrum et ad damnum, licet casualiter contingat damnum, non per hoc dicitur quis laedi; et si talis esset minor, non deberet tamquam laesus ab hoc restitui" [1]).

Hugo de Groot (Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid III, 52, § 2) leert, dat aanvankelijk, bij een overvloed van goederen en terwijl de tusschenpersonen voor hun bemoeiïngen ter distributie daarvan met een redelijke belooning genoegen namen, voor herstelling geen plaats was, doch dat dit anders werd, toen men „mettertijd de eigen baetzuchtigheid alle maet van redelickheid te buiten gaande, ontbinghe van noode had". De „herstelling" werd eerst toegestaan aan den verkooper, daarna door gewoonte tot den kooper uitgestrekt „ende alzoo voorts tot huir, verhuiring, dading, deeling ende alle andere handelinge, uitgenomen verkoo-

---

[1]) Dit laatste ook in Consilium CXIX, 20, terwijl in Consilium CCXLI, 12 e.v. wordt betoogd, dat de lex 2 toepassing vindt bij een transactio.

pingen, die door 't gerecht geschieden ofte die met uiterste wille zijn belast in zulcken wege gedaen te worden of daar kennelick bij is geweest schenckensmeening".

Verder zijn eenige beschouwingen aan de lex secunda gewijd in De jure belli ac pacis (lib. II, cap. 12, § 26) en wordt een enge interpretatie voorgestaan in de Florum sparsio ad jus Justinianeum (ad tit. de rescind. vend., Parijs 1642, pag. 356) op grond van het natuurrechtelijk beginsel, dat de partijwil het overheerschende element is (hominum voluntas, quae rerum domina est) en daarom een eenmaal gesloten overeenkomst in stand dient te blijven, voor zoover de wet niet uitdrukkelijk anders bepaalt.

Voet behandelt in zijn Commentarius ad Pandectas (XVIII, titel V) de leer der laesio enormis en de zich daarbij voordoende vragen, waarbij hij in § 17 van dezen titel betoogt, dat de rechtsvordering niet toekomt aan den benadeelde, die het „verum rei pretium" heeft gekend en in § 18, dat hij de speciale renuntiatie aan een beroep op de lex secunda en de clausule van schenking der meerwaarde geldig acht.

Van Leeuwen (Rooms-Hollands Regt, boek IV, deel XX, ed. Amsterdam 1708, pag. 387 e.v.) deelt mede, dat degeen, die hetzij als kooper, hetzij als verkooper, voor meer dan de helft is „bedrogen", daartegen „bij request civiel van den Hoogen Raad kan worden geholpen en hersteld". Dit middel wordt ook toegekend bij alle andere overeenkomsten, niet echter bij verkooping bij decreet en niet bij „koopmanschappen, die aan 't geluk hangen en dewelke ten tijde van de handeling een onzekere uitkomst hadden te verwachten".

Huber (Praelection. jur. Rom. et hodier, ad lib. XVIII, tit. V, § 3 e.v.), acht de praktische beteekenis der lex secunda gering. Hij kent het recht op ontbinding wel ook aan den kooper toe, doch verzet zich tegen uitbreiding tot andere overeenkomsten.

Noodt (Commentarius, ed. Leiden 1735, XVIII, tit. V) stelt voorop de uitspraak van Diocletianus (C. 4,44,3): De contractu venditionis et emptionis jure perfecto alterutro invito nullo recedi tempore bona fides patitur, nec ex rescripto nostro. Dit beginsel wordt evenwel doorbroken o.a. in geval van dwaling en hier vindt de benadeeling haar behandeling als error in pretio. Noodt betoogt, dat, terwijl tevoren bij een klacht wegens dwaling ten aanzien van den prijs, de rechter ex bona fide diende te beoordeelen, of aanleiding bestond een voorziening te treffen, de lex secunda een keizerlijke beslissing over een bepaald geval bevat, waarbij ontbinding werd toegestaan „ab humanitate". Nu hier alleen sprake was van den verkooper, bestond er geen aanleiding, om te vermelden, of het

recht c.q. ook den kooper toekomt. Noodt is het echter in geenen deele eens met Cujacius, die den kooper het rechtsmiddel ontzegt, omdat de verkooper altijd ex necessitate zou verkoopen, doch de kooper alleen luxuriae indulgens zou koopen (pro venditore stat commiseratio, at emptori nocet invidia). Noodt kan zich verschillende posities voorstellen, waarin de premisse, dat de kooper uit luxuria optreedt, volkomen faalt en waarbij juist hij degene is, die bescherming behoeft. De ratio van het rescript leidt er dan toe ook hem het rechtsmiddel toe te kennen en dat mede van toepassing te verklaren bij de overige bonae fidei overeenkomsten. Ook is het alleen aan het voorgelegde geval te wijten, dat in het rescript slechts sprake is van „fundus"; het is redelijk aan de uitspraak overeenkomstige beteekenis toe te kennen bij transacties betreffende andere onroerende zaken en bij roerende goederen. Gewezen wordt hierbij op het in Basilica 19-10 gebezigde woord „res" (pragma).

Volgens Noodt fixeert het rescript de tevoren onzekere mate van het nadeel, dat een partij geleden moet hebben, om ontbinding der overeenkomst te kunnen vorderen. Opdat geen der partijen schade zal lijden, dient c.q. het goed te worden gerestitueerd met de vruchten en de koopprijs met de renten.

§ 23. Door Pothier wordt de laesio enormis uitvoerig behandeld, waarbij duidelijk blijkt, dat meer in het bijzonder de leer van het justum pretium en de kanonieke opvattingen op dit gebied aan zijn beschouwingen ten grondslag liggen.

In het Traité des Obligations (no. 13) worden de „contrats intéressés de part et d'autre" (gesloten in het wederzijdsch belang en tot wederkeerig nut van elk der partijen) verdeeld in de „commutatieve" overeenkomsten, waarbij elk der partijen in den regel het equivalent ontvangt van wat zij geeft en in de „aleatoire" overeenkomsten, waarbij een der partijen, zonder harerzijds iets te geven, van de andere partij iets ontvangt, niet uit vrijgevigheid, maar als den prijs voor het risico, dat de eerste heeft geloopen.

In no. 33 wordt een omschrijving van benadeeling gegeven in de volgende bewoordingen: „L'équité doit régner dans les conventions, d'où il suit que, dans les contrats intéressés, dans lesquels l'un des contractans donne ou fait quelque chose pour recevoir quelque autre chose [1]), comme le prix de ce qu'il donne ou de ce qu'il fait, la lésion, que souffre l'un des contractans, quand même l'autre n'aurait recours à aucun artifice pour le tromper, est seule

---

[1]) Het geldt dus, ook blijkens hetgeen volgt, alleen voor de commutatieve overeenkomsten.

suffisante par elle-même pour rendre ces contrats vicieux. Car l'équité en fait de commerce consistant dans l'égalité, dès que cette égalité est blesée, et que l'un des contractans donne plus qu'il ne reçoit, le contrat est vicieux parcequ'il pêche contre l'équité qui y doit règner.

D'ailleurs, il y a de l'imperfection dans le consentement de la partie lésée; car elle n'a voulu donner ce qu'elle a donné par le contrat, que dans la fausse supposition que ce qu'elle recevait à la place valait autant que ce qu'elle donnait; et elle était dans la disposition de ne vouloir le donner, si elle eût su, que ce qu'elle recevait valait moins".

Daarbij merkt Pothier op, dat aan partijen een zekere speling moet worden gelaten om over den prijs te debatteeren en dat er geen benadeeling en dus ook geen gebrek aan aequitas in de overeenkomst is, tenzij hetgeen de eene partij heeft ontvangen gelegen is boven den hoogsten prijs van haar eigen praestatie of onder den laagsten.

In het Traité de Vente (no. 243) [1]) werkt Pothier dit verder uit en spreekt, naar kanoniek voorbeeld, van een pretium summum, medium en infimum, terwijl naar zijn oordeel (Vente no. 344) voor ontbinding der overeenkomst als eisch dient te worden gesteld, dat de prijs is gelegen onder de helft van het pretium medium, omdat dit in den meest eigenlijken zin het justum pretium is. Deze waarde moet volgens C. 4,44,8 (quod fuerat tempore venditionis) worden berekend naar het tijdstip der overeenkomst (Vente no. 336).

Hoewel elke benadeeling de overeenkomst ongelijk doet werken ten aanzien van de partijen onderling (Obligations no. 34) en het „for intérieur" verplicht bij te betalen tot het justum pretium, kunnen meerderjarigen in het „for extérieur" slechts over benadeeling bij de door hen gesloten overeenkomsten klagen, wanneer het een geval van laesio enormis betreft.

Het is een eisch van rechtszekerheid en van de vrijheid tot het aangaan van overeenkomsten, dat men daarop niet te gemakkelijk kan terugkomen.

Degeen, die het slachtoffer van laesio enormis is, kan binnen

---

[1]) Ik moge er op wijzen, dat ik raadpleegde de editie Dupin (Parijs 1823) en dat in andere uitgaven de nummering van het Traité du contrat de la vente een enkel cijfer naar beneden schijnt te verschillen.

10 jaren na den datum der overeenkomst de nietigheid daarvan inroepen, na het verkrijgen van „lettres de rescision" [1]).

Pothier noemt als bijzondere overeenkomst, waarbij de gelijkheid tusschen partijen nog nauwkeuriger in acht moet worden genomen, de scheiding en deeling tusschen mede-erfgenamen of -eigenaren. Hierbij is reeds plaats voor herstel, wanneer de benadeeling het 1/4 gedeelte van het justum pretium te boven gaat (Obl. no. 35).

Aan den anderen kant onthoudt Pothier de actie terzake van benadeeling, hoe groot die ook zij, bij dading (op het voetspoor van een edict van Frans II van April 1560), omdat de contractanten daarbij de bedoeling hebben een procedure te voorkomen, zelfs ten koste van datgene, waartoe zij gerechtigd zijn, en bij overeenkomsten, voor welker voorwerp een justum pretium niet is vast te stellen. Als voorbeeld van deze laatste categorie noemt hij den verkoop van erfrecht (omdat bij de onzekerheid van het bedrag der schulden, de waarde van het erfrecht moeilijk is te bepalen) en alle aleatoire overeenkomsten, omdat ook daarbij geen justum pretium is vast te stellen (Obl. nos. 36 en 37).

Onder vermelding van een voorschrift van de Coutume van Orléans in denzelfden zin, verklaart Pothier het rechtsmiddel van ontbinding terzake van laesio enormis niet toepasselijk op roerend goed (Obl. no. 39), omdat dit oudtijds weinig in tel was en omdat roerend goed dikwijls binnen korten tijd in verschillende handen overgaat en de mogelijkheid van ontbinding daarbij belemmerend zou werken.

In het Traité de la procédure civile (deel V, hoofdstuk 4, § 5: de la lésion) betoogt Pothier ongeveer hetzelfde, als in het Traité des Obligations, maar legt hier nog meer den nadruk op den eisch van gelijkheid, waar hij zegt: „La lésion, qui se rencontre dans les contrats de commerce, n'empêche pas, que le contrat ne soit valable, mais elle blesse l'équité des contrats; car l'intention de chacune des parties dans ces contrats n'étant pas de faire un bienfait à

---

[1]) In Vente no. 357 verklaart Pothier dezen eisch door er op te wijzen, dat in Frankrijk aan personen, die bekwaam zijn om overeenkomsten aan te gaan, niet kan worden toegestaan op hun eigen rechtshandeling terug te komen dan op gezag van den Vorst, die alleen hen kan ontheffen van de verbintenis, welke zij hebben aangegaan. Deze Lettres Royaux worden verleend door de Kanselarij.

In het Oud-Vaderlandsch recht kwam de bevoegdheid substantieel relief (herstelling) te verleenen toe aan de hooge overheid of aan dengene, aan wien deze haar had overgedragen, zijnde sedert 1582 de Hooge Raad. Dit College droeg aan den gewonen rechter op het verzoek nader te toetsen, tegelijk met de zaak zelve en het relief, indien gegrond geoordeeld, te bekrachtigen (interineeren).

l'autre, mais de recevoir d'elle autant qu'elle lui donne, lorsqu'une des parties reçoit moins qu'elle n'a donné, celle est trompée; l'équité du contrat, qui consiste dans l'égalité se trouve blessée; l'autre partie, qui reçoit plus qu'elle a donné s'enrichit au dépense de celle, qui reçoit moins, ce qui est contraire à cette règle de l'équité naturelle: neminem aequum est cum alterius detrimento locupletari."

Apart vermeld wordt ook hier, dat mindere benadeeling reeds voldoende grond is voor ontbinding van scheiding en deeling, „dont l'égalité doit être l'âme encore plus que de tout autre acte; les relations d'amitié et de fraternité, qu'il y a entre les copartageans exigent l'égalité d'une manière plus particulière".

De benadeeling bij koop wordt dan nog eens uitvoerig behandeld in het Traité du contrat de la vente (deel V, hoofstuk II, afd. II).

De rechtsvordering van den verkooper wordt gequalificeerd als een actio utilis in rem et non directa, als een oneigenlijke revindicatie op grond van de fictie, dat de benadeelde verkooper steeds eigenaar van het overgedragen goed is gebleven (Vente no. 332).

Wanneer het verkochte goed geheel verloren is gegaan buiten toedoen of schuld van den kooper, kan de actie niet meer worden ingesteld [1]), tenzij het goed voor hoogeren prijs is doorverkocht; de eerste verkooper heeft dan recht op het prijsverschil(nos. 349 en 350).

Belangrijk voor de leer der laesio enormis is de behandeling van de vraag, of de verkooper ontvankelijk is in zijn vordering, wanneer hij ten tijde van het aangaan der overeenkomst het justum pretium van het goed heeft gekend. Pothier beantwoordt haar bevestigend (no. 353), omdat niet licht kan worden verondersteld, dat iemand het zijne wil weggeven. Wanneer iemand dus desbewust voor minder dan de helft van het justum pretium heeft verkocht, dient te worden aangenomen, dat hij uit dringenden geldnood aldus heeft gehandeld. Wel staat tegen dit vermoeden tegenbewijs open.

De renuntiatie aan een beroep op de lex secunda acht Pothier ongeldig (no. 354), omdat daaraan dezelfde onbekendheid met het justum pretium of geldnood ten grondslag ligt als aan de overeenkomst zelve; in het andere geval zou een zoodanige clausule nooit in de overeenkomst ontbreken en zou de geheele toepassing der lex secunda illusoir worden. Wel kan deze renuntiatie later

---

[1]) Pothier merkt hier terecht op, dat onjuist is de andere leer, welke spreekt van een alternatieve verbintenis van den kooper om òf het goed terug te geven òf de aanvulling tot het justum pretium te betalen. Dit laatste is een bevoegdheid van den kooper, doch geen verbintenis.

plaats hebben, mits zij niet reeds bij het aangaan der overeenkomst is bedongen.

Ook een clausule, waarbij de verkooper de eventueele meerwaarde van het goed schenkt, is niet geldig (no. 356).

De verkooper treedt weer in zijn eigendom, zooals dit was ten tijde van het aangaan der overeenkomst, zonder dat daarop dus blijven rusten de hypotheken, servituten of andere zakelijke rechten, welke de kooper of diens rechtverkrijgenden daarop mochten hebben gevestigd.

In beginsel mag de eigenaar van zijn kant ook niet verkoopen voor een prijs, welke boven het justum pretium ligt. Dit is slechts anders, wanneer hij niet voornemens was te verkoopen en dit alleen doet ten pleziere van den kooper, die in dat geval een „prix d'affection" moet betalen, en wanneer de eigenaar het goed wilde behouden in een gerechtvaardigde verwachting van prijsstijging, doch daarvan afstand doet ten behoeve van iemand, die het noodig heeft (Vente nos. 244 t/m. 247). Bovendien mag bij verkoop op crediet de prijs worden verhoogd bij wijze van vergoeding voor het nadeel, dat de verkooper lijdt, doordat hij bij de vervanging van het goed nog niet over den koopprijs kan beschikken (no. 248 e.v.).

Pothier kent de vordering tot ontbinding ook toe aan den kooper van onroerend goed en baseert dit oordeel niet alleen op de lex secunda, doch ook op den aard der commutatieve overeenkomsten, welke immers de strekking hebben, dat elk der partijen het equivalent van haar eigen praestatie terugontvangt (Vente no. 373).

Daar hier geen plaats is voor een revindicatie, wordt den kooper een persoonlijke actie verleend tot ontbinding der overeenkomst, waarbij, naar analogie, de verkooper in de gelegenheid wordt gesteld deze te voorkomen door het teveel ontvangene terug te geven, zonder interessen (nos. 374 en 375).

Nu de vordering tot ontbinding, in te stellen door den kooper, slechts strekt tot terugbetaling van een geldsom, vervalt deze niet, wanneer intusschen de verkochte zaak verloren is gegaan (no. 379). Anderzijds komt de actie den kooper niet toe, wanneer hij de werkelijke waarde van het goed heeft gekend. Bij den verkooper gold hier als argument, dat hij door den nood gedwongen was zijn goed voor te lagen prijs te verkoopen, doch volgens Pothier gaat ditzelfde niet op voor den kooper, die vrij wordt geacht de overeenkomst al of niet aan te gaan (no. 380).

HOOFDSTUK III.

DE BEPALINGEN OMTRENT BENADEELING IN DEN CODE CIVIL EN IN HET BURGERLIJK WETBOEK.

§ 24. Tijdens de Fransche Revolutie was de actie tot ontbinding wegens benadeeling voor meer dan de helft afgeschaft voor koop-overeenkomsten en overeenkomsten „équipollant à vente" bij het decreet van 14 fructidor an III (vgl. Inleiding).

De Code civil verdeelt in art. 1104 de overeenkomsten in commutatieve en aleatoire. De eerste categorie wordt gevormd door de overeenkomsten, waarbij „chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose, qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle", terwijl de overeenkomst aleatoir is, wanneer het equivalent bestaat in een winst- of verlieskans voor elk der partijen, afhankelijk van een onzekere gebeurtenis. Uit deze definitie blijkt, dat equivalentie van praestaties tot de essentialia van de in art. 1104 genoemde overeenkomsten wordt gerekend, zoodat in beginsel het niet in acht nemen van dezen eisch de overeenkomst ongeldig zou moeten doen zijn.

Deze consequentie is in haar algemeenheid niet aanvaard en men ziet, dat bij de uitwerking van het beginsel een compromis is gesloten tusschen het principe en de traditie eenerzijds en de eischen van de praktijk anderzijds.

Wel wordt in eenige algemeene artikelen [1]) met negatieve redactie vastgelegd, dat benadeeling een gebrek in de overeenkomst kan opleveren en tot ontbinding kan leiden, doch daaraan wordt meteen de beperking toegevoegd, dat dit alleen geldt voor bepaalde, telkens uitdrukkelijk aan te geven, gevallen.

In tegenstelling dus met het oude recht, dat benadeeling als grond voor ontbinding erkende, bepaalde de Code in feite het om-

---

[1]) Art. 1118: La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section.

Art. 1313: Les majeurs ne sont restitués pour cause de lésion que dans les cas et sous les conditions spécialement exprimés dans le présent Code.

gekeerde, door herstel wegens „lésion" niet op te nemen onder de beginselen, welke de overeenkomsten beheerschen, maar ontbinding hier slechts toe te staan als een uitzondering, waarvoor derhalve bijzondere motieven moeten gelden.

De verjaringstermijn is gesteld op 10 jaren [1]), echter weer onder de speciale voorwaarde, dat hij niet bij bijzondere wetsbepaling zal zijn ingekort, van welke mogelijkheid gebruik blijkt te zijn gemaakt in het belangrijkste geval van benadeeling, die bij koop.

Alleen bij de beraadslagingen over den titel van koop is dieper op het leerstuk der benadeeling ingegaan en slechts daar wordt een juridische uiteenzetting omtrent haar rechtskarakter aangetroffen [2]).

In den Conseil d'Etat bleken Portalis en de Eerste Consul voorstanders van toekenning der actie wegens benadeeling aan den verkooper van onroerend goed en heeft het gevoelen van Napoleon vermoedelijk den doorslag gegeven.

Portalis betoogde in het Exposé des motifs (no. 31), dat de prijs het equivalent van de verkochte zaak moest zijn, omdat koop en verkoop een commutatieve overeenkomst is, krachtens welke men een zaak geeft, om het equivalent te ontvangen. Wanneer de prijs niet overeenstemt met de waarde van de zaak, is er geen prijs in eigenlijken zin en zonder prijs ontbeert de overeenkomst haar oorzaak.

Dit is volgens Portalis de juridische basis voor de ontbinding wegens benadeeling.

Het is merkwaardig, dat hier de fout wordt gezocht niet in een wilsgebrek, doch in het ontbreken van een oorzaak. Portalis schijnt echter niet heel zeker van zijn zaak te zijn geweest, daar hij op een andere plaats (no. 38) zegt, dat benadeeling bij koop een vorm van dolus is.

De Eerste Consul zeide in de zitting van den Conseil d'Etat van 21 nivôse an XII [3]) kort en bondig: „Il n'y a pas de vente, lorsqu'on ne reçoit pas l'équivalent de ce qu'on donne".

Tronchet, later eerste President van de Cour de Cassation, hoewel de ontbinding wegens benadeeling slechts toelaatbaar achtende bij de koopovereenkomst, baseerde zijn oordeel desondanks op de alge-

---

[1]) Art. 1304: Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans.

[2]) Vgl. Laurent, Principes de droit civil français (Brussel-Parijs 1878), deel XXIV, nos. 420 e.v.

[3]) Laurent, deel XXIV, no. 420.

meene beginselen der overeenkomsten. Hij betoogde, dat geen overeenkomst rechtsgeldig is zonder wilsovereenstemming en dat deze bij koop ontbreekt, wanneer de verkooper benadeeld wordt voor meer dan 7/12. Indien de verkooper in den te lagen prijs toegestemd heeft, is dat een gevolg van een soort „violence".

Men kan hiertegen opmerken, dat een „soort dwang" geen aanvaardbaar begrip is; er is dwang of deze is er niet, doch in het eerste geval geldt dit ook voor den kooper en bestaat er geen reden het rechtsmiddel te onthouden bij roerend goed en in het algemeen bij eenige commutatieve (of aleatoire) overeenkomst, terwijl dezelfde consequentie zou dienen te worden getrokken uit de argumenten van Portalis en van Napoleon.

Toch werd het recht op ontbinding alleen toegekend aan den verkooper van onroerend goed. Aan den kooper werd het ontzegd, omdat (Exposé des motifs no. 41) de verkooper wellicht uit noodzaak zijn goed aanbiedt en het ontoelaatbaar zou zijn, dat een hebzuchtig kooper daarvan zou kunnen profiteeren, doch men nooit tot koopen verplicht zou zijn.

Tegen toepassing bij roerend goed voerde Portalis aan (Exposé no. 39), dat deze in strijd zou zijn met de belangen van het handelsverkeer, welke moeten prevaleeren boven die van den particulier. De veelvuldige overdracht van roerend goed en de groote verscheidenheid in prijs maken een systeem van ontbinding der overeenkomsten hier onmogelijk.

Napoleon voegde daaraan toe [1]), dat de lex secunda is een „loi de mœurs, qui a pour objet le territoire". Onder miskenning van de zeer belangrijke beteekenis van het roerend goed in zijn tijd, stelde de Eerste Consul zich daarbij op het 16de eeuwsche standpunt: „vilis mobilium possessio", waar hij betoogde, dat het niet van belang is, hoe iemand wil handelen met een paar diamanten of schilderijen, doch dat het de gemeenschap niet onverschillig kan zijn, hoe hij beschikt over onroerenden eigendom.

Colin et Capitant (ed. 1924, II, pag. 447) geven een samenvatting van den strijd, welke in den boezem van den Staatsraad over de vraag der wederinvoering van de ontbinding is gevoerd, waarbij Portalis en de Eerste Consul de gedachte deden zegevieren van een terugkeer naar de oude opvattingen van het Droit coutumier. Genoemde schrijvers zeggen: „La rescision fut présentée comme fondée sur l'interêt des familles et sur la contrainte morale, subie par le *pauvre opprimé*, qu'il importe de défendre contre l'homme

---

1) Laurent, deel XXIV, no. 422.

riche, qui pour le *dépouiller* abuse de l'occasion et de sa fortune" (vgl. ook Locré, deel XIV, pag. 62 e.v.).

Art. 1674 van den Code [1]) laat ontbinding toe, ook wanneer bij het aangaan der overeenkomst (dans le contrat) aan dit recht is gerenuntieerd. Portalis motiveert dit (Exposé no. 44) door het beding strijdig met de goede zeden te verklaren. De clausule zou anders regelmatig worden opgenomen op aandrang van den kooper, die op deze wijze het volle profijt wilde trekken van het misbruik, dat hij maakte van de moeilijke omstandigheden van den verkooper.

Terwijl art. 1338 C.c. een lateren uitdrukkelijken afstand van het recht om ontbinding te vragen erkent, dient te worden aangenomen, dat deze ook stilzwijgend kan geschieden, wanneer de oorzaak, de contrainte morale, is verdwenen, t.w., nadat de verkooper den koopprijs zal hebben ontvangen. [2]).

Een clausule van schending der meerwaarde staat ook aan ontbinding niet in den weg, omdat het, zooals Laurent zegt [3]) „une mauvaise plaisanterie" zou zijn, om te veronderstellen, dat een verkooper, die in geldnood verkeert, neiging tot vrijgevigheid zou hebben. Daar de noodtoestand hier slechts wordt gepresumeerd, mag de kooper daartegenover bewijs leveren van een animus donandi bij zijn wederpartij.

Aan de tegenstanders van toepassing der leer van de laesio enormis op de koopovereenkomst, (die, voornamelijk onder aanvoering van Berlier, van oordeel waren, dat een meerderjarige voor de door hem eenmaal gesloten overeenkomst volledig verantwoordelijk diende te worden gesteld) zijn in den Code eenige concessies gedaan. Als grens, waarboven benadeeling tot ontbinding kan leiden, geldt hier niet meer de door de lex secunda aangenomen helft van het justum pretium, doch deze is, tamelijk willekeurig, verhoogd tot 7/12. Aan den kooper, die verkiest het verschil bij te betalen (en aan den derde-bezitter) is toegestaan het 1/10 gedeelte van den totaal te betalen prijs af te trekken. De verjaringstermijn is ingekort tot 2 jaar sedert den dag van het sluiten der overeenkomst en deze termijn loopt ook ten nadeele van getrouwde vrou-

---

[1]) Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value.

[2]) Vgl. Laurent, deel XXIV, no. 430.

[3]) Deel XXV, no. 431.

wen, afwezigen, curandi en minderjarigen, terwijl hij niet wordt geschorst tijdens den duur van een beding van wederinkoop.

De procedure is omslachtig en kostbaar; zij valt uiteen in twee phasen: de verkooper moet vooreerst zijn pretenties aannemelijk maken, terwijl daarop een verplicht bericht van deskundigen volgt, die het onroerend goed moeten waardeeren volgens zijn toestand en waarde ten tijde van den verkoop.

De actie is uitgesloten bij verkoop op rechterlijk gezag.

Behalve bij scheiding en deeling en minderjarigheid vermeldt de Code benadeeling nog in art. 783, waarbij wordt bepaald, dat de minderjarige niet „sous prétexte de lésion" kan opkomen tegen de aanvaarding eener nalatenschap, behalve bij ontdekking van een destijds onbekend testament, waarbij de nalatenschap te zijnen opzichte verdwijnt of vermindert met meer dan de helft, en sluit art. 2052 de benadeeling uitdrukkelijk uit als grond voor een aanval op een dading.

Als uitvloeisel van de overweging, dat boedelscheiding naar haar aard niet het speculatief element in zich draagt, dat elke partij daarbij een bijzonder voordeel zoekt te behalen en van het beginsel, dat de eisch van gelijkheid bij de gedwongen liquidatie „de ziel" is van scheiding en deeling, zijn de bepalingen omtrent benadeeling hier zonder bezwaar in den Code civil opgenomen [1]). Het werd ongewenscht geacht de veelal onstabiele grens van het oude recht over te nemen, zoodat deze werd gefixeerd op 1/4.

Uit het tweede lid van art. 887, waarbij bepaald wordt, dat er alleen plaats is voor ontbinding, wanneer één der erfgenamen „à son préjudice" een benadeeling van meer dan 3/4 ondervindt, blijkt, dat deze erfgenaam inderdaad minder dan 3/4 van het hem komende moet hebben ontvangen en dat de omstandigheid, dat één der andere erfgenamen voor meer dan 1/4 bevoordeeld is, op zichzelf geen grond voor ontbinding oplevert. Volgens Laurent (X, no. 477) moet de benadeeling een gevolg zijn van een onjuiste waardeering der goederen, welke tot den boedel behooren [2]); een vergissing in de berekening bij de scheiding zelve, ook al veroorzaakt deze een nadeel van minder dan 1/4, dient te worden hersteld.

---

1) Vgl. Laurent, deel X, nos. 475 e.v.

2) In de rechtspraak (Cour de Cassation 28 December 1932, Dalloz 1933, 1, 87) werd echter beslist: „La lésion légalement constatée est par elle même et à elle seule une cause de rescision indépendamment des circonstances, qui ont pu l'accompagner ou lui donner naissance." Deze uitspraak heeft betrekking op een koopovereenkomst, doch het is rationeel hetzelfde voor boedelscheiding aan te nemen.

De bepaling omtrent de renuntiatie aan het recht om ontbinding te vragen, welke ten aanzien van de koopovereenkomst in art. 1674 C.c. voorkomt, is hier niet overgenomen. Doctrine (vgl. Laurent X, no. 479) en rechtspraak (Cour de cassation 2 Juni 1897, Dalloz 1897, I, 384) oordeelen het echter niet twijfelachtig, dat zoodanige renuntiatie bij voorbaat en wel in de akte van scheiding noch uitdrukkelijk noch indirect geldig kan geschieden. Wij vinden hier weer het meermalen genoemde argument, dat de erfgenaam, die ondanks zijn wetenschap van de benadeeling toch medewerkt aan de scheiding en daarbij afstand doet van het recht om ontbinding te vragen, dient te worden aangemerkt als het slachtoffer van contrainte morale, welke leidde tot een wilsgebrek, omdat hij aldus gehandeld moet hebben uit nooddruft. De renuntiatie is dus ongeldig wegens dezelfde oorzaak als de scheiding.

Dat de scheiding later uitdrukkelijk bevestigd kan worden, blijkt uit het algemeene voorschrift van art. 1338 C.c., terwijl Laurent (X, nos. 516 e.v.) hetzelfde aanneemt voor de stilzwijgende bekrachtiging op grond van het argument, dat in (het laten verstrijken van) den verjaringstermijn van art. 1304 C.c. een dergelijke bekrachtiging zou zijn gelegen.

Hier geldt de algemeene verjaringstermijn voor rechtsvorderingen tot ontbinding van 10 jaren, gelijk ten overvloede nog in de rechtspraak is vastgelegd (Cour de cassation 28 Juni 1859, Dalloz 1859, 1, 288), terwijl de termijn aanvangt op den dag, waarop de benadeelde partij op wettige wijze in een „ratification" heeft kunnen toestemmen (Cour de cassation 8 April 1891, Dalloz 1891, 1, 454).

Rechtsgeldig is de bekrachtiging slechts, wanneer zij geschiedt met de wetenschap van het bestaan van het gebrek en met de bedoeling dit gebrek te herstellen (vgl. o.a. Cour de Cassation 7 Februari 1899, Dalloz 1899, 1, 278 en in denzelfden zin 13 Januari 1902, Dalloz 1903, 1, 224; 25 November 1908, Dalloz 1910, 1, 85 en 10 Februari 1915, Dalloz 1919, 1, 28). De vervulling van deze voorwaarden wordt niet gepresumeerd, doch dient „certaine" te zijn (Cour de Cassation 16 Januari 1882, Dalloz 1882, 1, 412).

De bepalingen omtrent ontbinding van boedelscheidingen zijn in den Code civil opgenomen in boek III, titel I, hoofdstuk VI, afdeeling V en luiden:

Art. 887. Les partages peuvent être rescindés pour cause de violence ou de dol.

Il peut aussi y avoir lieu à rescision, lorsqu'un des cohéritiers établit, à son préjudice, une lésion de plus du quart. La simple omission d'un objet de la succession

ne donne pas ouverture à l'action en rescision, mais seulement à un supplément à l'acte de partage.

Art. 888. L'action en rescision est admise contre tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers, encore qu'il fût qualifié de vente, d'échange et de transaction, ou de toute autre manière.

Mais après le partage, ou l'acte qui en tient lieu l'action en rescision n'est plus admissible contre la transaction faite sur les difficultés réelles que présentait le premier acte, même quand il n'y aurait pas eu à ce sujet de procès commencé.

Art. 889. L'action n'est pas admise contre une vente de droit successif faite sans fraude à l'un des cohéritiers, à ses risques et périls, par ses autres cohéritiers, ou par l'un d'eux.

Art. 890. Pour juger s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage.

Art. 891. Le défendeur à la demande en rescision peut en arrêter le cours et empêcher un nouveau partage, en offrant et en fournissant au demandeur le supplément de sa portion héréditaire, soit en numéraire, soit en nature.

Art. 892. Le cohéritier qui a aliéné son lot en tout ou partie, n'est plus recevable à intenter l'action en rescision pour dol ou violence, si l'aliénation qu'il a faite est postérieure à la découverte du dol, ou à la cessation de la violence.

§ 25. In de Nederlandsche wetgeving is een algemeene bepaling van de strekking der artt. 1118 en 1313 C.c. niet opgenomen.

Bij de vaststelling van den titel „van koop en verkoop" is de vraag uitvoerig behandeld, of in beginsel de lex secunda op deze overeenkomst diende te worden toegepast [1]).

Als vraagpunt werd gesteld: „Zal de vernietiging van koop van een onroerend goed uit hoofde van benadeeling boven de helft door den verkooper kunnen worden gevraagd?" In de afdeelingen werd dit bevestigend beantwoord, waarbij in één afdeeling werd gevraagd, of hetzelfde recht niet aan den kooper moest worden toegekend.

In Comité-Generaal werd het vraagpunt met overgroote meerder-

---

[1]) Vgl. Voorduin V, pag. 141 e.v.

heid aangenomen, doch het beginsel ten aanzien van den kooper afgestemd.

Tegen het toekennen van het recht aan den verkooper werd in Comité-Generaal hoofdzakelijk aangevoerd, dat het bezwaarlijk was de werkelijke waarde van een goed te bepalen en dat ernstige benadeeling alleen zou kunnen voortspruiten uit dwaling of bedrog, waartegen de wet reeds voorzieningen had getroffen door in dat geval aan de verbintenis haar kracht te ontnemen.

De voorstanders wezen op den zedelijken dwang, welke veelal tot verkoop dwong, om onheil te voorkomen, waarvan de kooper misbruik kon maken. Het bewijs van dwaling en bedrog was moeilijk en daarom zou het goed zijn deze te presumeeren, wanneer de prijs onder de helft der waarde lag.

De Regeering nam het vraagpunt niet over in het ontwerp van 21 October 1824. Haar overwegingen luidden, dat, wanneer meerderjarige personen een overeenkomst aangingen, deze onschendbaar behoorde te zijn, zoolang geen bedrog, geweld of dwaling omtrent het wezenlijk voorwerp daarvan bewezen was; wanneer dat wel het geval is, dan heeft vernietiging plaats ook zonder benadeeling. Enkele benadeeling zonder bedrog zou als vernietigingsgrond strijden tegen alle gezonde beginselen.

Vele twistgedingen zouden ontstaan over den waren prijs, terwijl de vrees, die de onzekerheid den kooper zou inboezemen, nadeelig zou werken op zijn animo om te koopen en dus indirect ook den verkooper zou schaden.

Volgens de Regeering is deze materie door Thomasius in zijn werk „de aequitate cerebrina etc." uitmuntend behandeld en is door hem de schadelijkheid van het middel van ontbinding uit hoofde van benadeeling aangetoond, terwijl hij terecht heeft betoogd, dat dit zijn oorsprong vindt in een onjuiste opvatting van de lex secunda.

In het verslag der Centrale afdeeling van 21 Januari 1825 volhardden verschillende leden bij hun aanmerkingen en betoogde één lid, dat koop en verkoop een „verwisselingscontract" is en wel een verruilen van een zaak tegen een gelijke waarde.

Het lid van de Tweede Kamer en van de Commissie van redactie Beelaerts van Blokland hield daarop een uitvoerige rede, waarin hij trachtte aan te toonen, dat het middel overbodig en schadelijk was. Zijn argumenten waren:

Benadeeling voor meer dan de helft zonder dolus is bij onroerend goed zoo weinig denkbaar, dat het niet noodig is daartegen apart op te treden. Het kan alleen voorkomen bij onderhandschen verkoop en geeft dan blijk van een zoo grove nalatigheid in de waar-

deering van het eigen goed, dat gezegd kan worden: damnum, quod tua culpa sentis, sentire non videris.

Het zou een willekeurige wetsbepaling worden, welke op geen beginsel rust. Wezenlijk element van de consensueele overeenkomst is niet de waarde, doch de toestemming. Het begrip waarde is betrekkelijk en de wetenschap, dat ontbinding niet mogelijk is, zal den verkooper zich grondig doen bezinnen.

Presumeeren van bedrog is in strijd met de wetsbepaling, dat bedrog niet verondersteld, doch bewezen dient te worden.

De Fransche wetgever zit, blijkens de ingewikkelde regeling, kennelijk met deze materie in verlegenheid en men komt toch weer terecht bij bedrog of arglist, waartegen de wet al voorzieningen trof.

De mogelijkheid van ontbinding werkt schadelijk en willekeurig. Al naar men verkooper of kooper is, zal men den prijs iets lager of hooger stellen, om de actie te kunnen instellen of ontgaan.

De lex secunda is van gebrekkigen oorsprong en werd verkeerd begrepen. Uit dit verkeerd begrip is een tevoren niet gekende rechtsgeleerdheid geboren, eerst door gewoonte tot wet geworden en in later tijd in de stellige wetgeving opgenomen.

Door het voorbijgaan dezer wetsbeschikking wordt de zaak teruggebracht tot den staat, waarin zij was vóór den tijd van die verkeerde opvatting der gemelde wet. De contracteerende partijen hebben alle hulpmiddelen in de wet tegen bedrog, doch dit worde nimmer gepresumeerd.

Bij de openbare beraadslagingen voegde één der leden nog aan dit betoog toe, dat het „tegenwoordig" zoo gemakkelijk was op onroerend goed geld op te nemen, zoodat men wel nooit verplicht zou zijn onder de helft der waarde te verkoopen, alleen om geld in handen te krijgen. Ook daarom kon de bepaling gevoegelijk achterwege blijven.

De Minister van Justitie nam de argumenten voor het weglaten van bepalingen omtrent benadeeling in den betreffenden titel over en aldus werd met een meerderheid van drie tegen één besloten.

Voor de boedelscheiding bleken dezelfde bezwaren niet te bestaan. Zonder moeilijkheden althans is de vierde afdeeling van titel XVI van het 2de boek B.W. tot stand gekomen.

Inderdaad gelden de voornaamste argumenten, welke bij de koopovereenkomst tegen het opnemen van de mogelijkheid van ontbinding wegens benadeeling werden aangevoerd, hier niet. Bij den erfgenaam kan men in het algemeen niet dezelfde kennis van de waarde der bestanddeelen van den boedel verwachten als bij

den eigenaar van eenig goed. Het wezenlijk element van een boedelscheiding is niet als bij een consensueele overeenkomst de toestemming, doch de verplichting om de onverdeeldbaarheid op te heffen. De mogelijkheid van vernietiging kan hier de belangstelling der deelgerechtigden niet ongunstig beïnvloeden, doch is veel eerder een waarborg, om het bij de scheiding meer nog dan elders geldende beginsel der gelijkheid in acht te doen nemen.

Bij vergelijking met de boven opgenomen bepalingen van den Code civil blijkt, dat deze in vrijwel letterlijke vertaling in het Burgerlijk Wetboek zijn overgenomen.

Behalve dat de volgorde wat is veranderd en dat het rechtsmiddel „vernietiging" wordt genoemd, zijn in het B.W. toegevoegd:

1°. art. 1162, waarbij een speciale verjarings(verval)-termijn voor de actie tot vernietiging eener scheiding wordt genoemd en deze wordt gesteld op 3 jaren sedert den dag der boedelscheiding;

2°. art. 1165, bepalende, dat herscheiding na vernietiging geen nadeel kan toebrengen aan de inmiddels door derden verkregen rechten;

3°. art. 1166, dat elken afstand van het recht om vernietiging eener scheiding te vragen van onwaarde verklaart.

HOOFDSTUK IV.

DE REGELING VAN DE VERNIETIGING EENER BOEDELSCHEIDING WEGENS BENADEELING IN HET B.W.

§ 26. In het hedendaagsche recht neemt de boedelscheiding een zelfstandige plaats in. Zij is een rechtshandeling, d.w.z. een handeling met door partijen bedoelde rechtsgevolgen.

In het Romeinsche recht werden in de scheiding van condominium de elementen eener overeenkomst van ruiling aanwezig geacht, in de Middeleeuwen werd boedelscheiding beschouwd als een koop.

Tegenover het condominium, waarbij tusschen de gerechtigden geen andere betrekking wordt aangetroffen dan dat zij van dezelffde zaak tesamen den eigendom hebben, bestaat bij degenen, die gerechtigd zijn tot een huwelijksgemeenschap, een vennootschap of een nalatenschap daarnaast nog een andere rechtsband, voortkomende uit het huwelijk, de overeenkomst van vennootschap of uit de omstandigheid, dat zij gezamenlijk gerechtigd zijn tot een erfenis, waarvan de gemeene zaak deel uitmaakt. Het uit deze gemeenschapsverhouding geboren gezamenlijk recht op dezelfde zaak noemt men, ter onderscheiding van den eerst omschreven vorm, gebonden mede-eigendom, welke wordt beheerscht door zijn eigen regels [1]).

---

[1]) Ingevolge de verwijzing in de artt. 183 en 1689 B.W. acht ik de voorschriften voor de verdeeling eener nalatenschap in hun geheel toepasselijk bij de daarmee naar haar aard overeenstemmende huwelijksgemeenschap en vennootschap. De verwijzing in art. 628 B.W. is iets minder positief, waar gesproken wordt van „overeenkomstige regelen". M.i. doen dit en het afwijkend rechtskarakter op den vrijen mede-eigendom slechts de formeele, niet de materieele voorschriften van boedelscheiding toepasselijk zijn. In dezen zin: Rb. Haarlem, 23 September 1924, N.J. 1925, 920; Klaassen-Eggens, Huwelijksgoederen- en erfrecht, 6de druk (1938), pag. 511; Asser-Scholten, Zakenrecht II, 7de druk (1933), pag. 131.

Voor onbeperkte toepassing: Asser-Meijers IV, Erfrecht, 4de druk (1941), pag. 343 en de aldaar aangehaalde schrijvers en jurisprudentie, benevens H.R. 23 December 1929, N.J. 1930, 725, W. 12096 en Hooggerechtshof Ned.-Indië 22 Juni 1932, N.J. 1934, 88.

Voor de verschillende vormen van rechtsgemeenschap en de vragen, welke zich daarbij voordoen vgl. het proefschrift van Mr. H. J. Koenen (Amsterdam 1891): „Beschouwingen over rechtsgemeenschap".

Voor ons recht is de boedelscheiding m.i. te qualificeeren als een rechtshandeling sui generis. In de opvatting, dat de scheiding translatief werkt, wordt zij aangemerkt als een overeenkomst met een obligatoir en een zakelijk element [1]), waarbij partijen eerst bepalen, dat en wat zij zullen overdragen, terwijl daarop volgt de zakelijke overeenkomst, waarbij wordt overgedragen.

Deze leer heeft het voordeel, dat zij zich aansluit bij het door onze wetgeving ten aanzien van onroerend goed gehuldigde beginsel van openbaarheid, omdat naar deze opvatting een scheiding, waarbij onroerend goed is betrokken, dient te worden overgeschreven in de openbare registers, om de levering te doen plaats hebben.

Het beginsel der onmiddellijke erfopvolging, hetzij dan als uitvloeisel van den Germaanschen gezamendehandschen eigendom, hetzij in aansluiting op den oud-Franschen rechtsregel „le mort saisit le vif" is echter zoo duidelijk in artikel 1129 B.W. neergelegd, dat dient te worden aangenomen, dat de scheiding geen eigendom toekent, doch slechts aangeeft, uit welke goederen het aandeel van iederen gerechtigde bestaat.

De scheiding werkt dus niet translatief (of attributief), doch declaratief [2]).

Daarom is zij m.i. ook geen — op het terrein van het verbintenissenrecht liggende — overeenkomst in den zin der wet, omdat deze constitutieve (verbintenisscheppende) of destructieve (liberatoire) werking heeft, terwijl de scheiding, waarbij een aanwijzing geschiedt ten aanzien van bestaande en bestaan blijvende rechten, een declaratieve functie heeft.

Een ander onderscheid is, dat bij een overeenkomst in beginsel de eene partij tevoren alleen tot het voorwerp daarvan gerechtigd was, terwijl een scheiding altijd betrekking heeft op gemeenschappelijke zaken. Voorts is een overeenkomst een vrijwillige, doch een scheiding een gedwongen rechtshandeling.

Het belang van dit onderscheid is hierin gelegen, dat men de wettelijke regeling van overeenkomsten niet zonder meer op de boedelscheiding kan toepassen.

Op grond van deze opvatting acht ik ontbinding van een schei-

---

[1]) Vgl. Suyling-Dubois, Inleiding tot het Burgerlijk Recht, 6de stuk, Erfrecht (1931), no. 255.

[2]) Aldus Asser-Meijers, pag. 339 e.v.; Klaassen-Eggens, pag. 510; H.R. 7 April 1876, W. 3971 en 16 Maart 1900, W. 7410; Rb. Utrecht, 9 Juni 1926, W. 11622.

ding krachtens art. 1302 B.W. dan ook niet mogelijk [1]). Dit artikel slaat immers alleen op wederkeerige overeenkomsten. In geval van overbedeeling vloeien weliswaar uit de scheiding verbintenissen voort, mogelijk zelfs verbintenissen voor de deelgenooten wederkeerig, doch dit tast het karakter der scheiding niet aan en maakt haar niet tot een (wederkeerige) overeenkomst [2]).

Waar de verbintenis tot betaling van een geldsom wegens overbedeeling wel toevallig uit de scheiding kan voortkomen, doch geenszins aan de scheiding zelve (welke immers in beginsel slechts de bestanddeelen van den boedel betreft en een onherroepelijk einde aan de onverdeeldheid moet maken) inhaerent is, acht ik een beding, dat niet-nakoming dezer verbintenis als ontbindende voorwaarde ten aanzien van de scheiding zal werken, niet rechtsgeldig [3]).

Art. 1115 B.W. bepaalt, dat, indien de erfgenamen het vrije beheer over hun goederen hebben en tegenwoordig zijn, de boedelscheiding kan plaats hebben op de wijze en door middel van zoodanige „akte", als zij goedvinden. Door doctrine [4]) en rechtspraak [5]) wordt algemeen aangenomen, dat „akte" hier niet beteekent schriftelijk stuk, doch rechtshandeling.

---

[1]) Aldus Hof 's-Hertogenbosch, 6 November 1934, W. 12873; Asser-Meijers, pag. 346; Klaassen-Eggens, pag. 562.

Anders, op grond van het translatief karakter der scheiding, Suyling-Dubois, no. 297 en van Giffen, Eenige opmerkingen over de ongeldige boedelscheiding, Proefschrift Vrije Universiteit 1919, pag. 68.

[2]) Hier is een parallel te trekken met de dading. Mr. Ruitinga (Ac. Proefschrift Amsterdam 1936: Ontbinding van overeenkomsten wegens wanpraestatie naar Nederlandsch en Fransch recht, pag. 22 e.v.) betoogt, dat daarbij, wanneer zij een wederkeerige overeenkomst is, de mogelijkheid van ontbinding is te aanvaarden, zoowel indien de dading naast haar eigen karakter tevens de elementen van een andere wederkeerige overeenkomst in zich bevat als in het geval, dat zij uitsluitend hulpovereenkomst is. In het laatste geval, wanneer de dading een onzelfstandig karakter heeft, acht deze schrijver het redelijk ontbinding toe te laten en den ouden toestand te doen herleven, terwijl bij een zelfstandige dading aan herleving van de vroegere verhouding geen behoefte zou bestaan. Ik meen, dat het rechtskarakter der dading en de omstandigheid, dat de gronden voor vernietiging daarvan afzonderlijk in de wet zijn geregeld, zich tegen deze opvatting verzetten en aanvaard voor de scheiding en deeling dezelfde conclusie, waarbij dan nog komt, dat, in tegenstelling met de dading, een scheiding m.i. nooit als een obligatoire overeenkomst in den zin der wet is aan te merken.

[3]) Anders: Asser-Meijers, pag. 347.

[4]) Asser-Meijers, pag. 315; Suyling-Dubois, no. 263; Klaassen-Eggens, pag. 477.

[5]) H.R. 9 December 1921, N.J. 1922, 219, W. 10889; Hof Leeuwarden, 6 Februari 1918, N.J. 1918, 309 en Hof Amsterdam, 18 April 1935, N.J. en W. 1936, no. 362.

Niet voorgeschreven is, dat de scheiding van den geheelen boedel tegelijk moet geschieden; het omgekeerde blijkt reeds uit art. 1158 lid 2 B.W.

Daarnaast volgt uit art. 1163 lid 1 B.W. — wat trouwens ook zonder die bepaling zou vaststaan — dat de rechtshandeling zelfs volstrekt niet met den naam „scheiding" benoemd behoeft te zijn, dat het nl. om het even is, of zij onder den naam van koop en verkoop, ruiling, dading of anderszins mocht verleden (hier: aangegaan) zijn, mits zij slechts ten oogmerk heeft den onverdeelden staat op te heffen.

Wanneer dus één der erfgenamen zijn erfdeel overdraagt aan één zijner mede-erfgenamen en partijen dit scheiding noemen, is dit desondanks geen scheiding, terwijl, wanneer zoodanige overdracht plaats heeft aan alle mede-gerechtigden onder den naam koop, dit een scheidingshandeling oplevert.

Afgezien van de vormvoorschriften ten behoeve van de onbekwamen, weigerachtigen en nalatigen, is derhalve voor een rechtsgeldige scheidingshandeling slechts vereischt, dat het is een handeling, waaraan door of namens alle deelgenooten wordt medegewerkt en welke strekt om ten aanzien van alle of een gedeelte der goederen van de gemeenschap de onverdeeldheid op te heffen met betrekking tot één of meer deelgerechtigden.

§ 27. Een boedelscheiding kan nietig of vernietigbaar zijn.

Wanneer tot de belanghebbenden personen behooren, die weigeren of nalatig blijven tot de boedelscheiding mede te werken, of wanneer één of meer der deelgerechtigden het vrije beheer over hun goederen niet bezitten, is de scheiding nietig, indien de op die straf voorgeschreven vormen niet zijn nageleefd (art. 1117 lid 2 B.W.).

De wet schrijft hier alleen bepaalde formaliteiten voor ten aanzien van minderjarigen, curandi, afwezigen en onwilligen, zoodat uit art. 1116 lid 1 B.W. dient te worden afgeleid, dat ten behoeve van de onbekwamen, die vóór het verleenen van curateele aan de scheiding hebben deelgenomen (wanneer de oorzaak der onbekwaamheid voor de andere deelgenooten blijkbaar was) en van de gehuwde vrouw, die, in de bij art. 1116 lid 3 genoemde gevallen, zonder den vereischten bijstand of rechterlijke machtiging heeft medegewerkt, de boedelscheiding vernietigd kan worden[1]). De

---

[1]) Aldus Asser-Meijers, pag. 378 en Suyling-Dubois, pag. 292; Klaassen-Eggens, pag. 558, spreken hier van nietigheid van rechtswege.

bepalingen van B.W. II, titel XVI, afd. 4 zijn op deze vernietiging echter niet van toepassing.

Indien niet door of namens alle deelgerechtigden aan de scheiding is deelgenomen, is deze scheiding nietig. Hoewel dit niet uitdrukkelijk in de wet is bepaald, volgt dat zonder meer uit het karakter der scheiding, zooals dat hiervoor is gedefinieerd. Op deze absolute nietigheid kunnen zoowel de overgeslagen deelgenoot als degenen, die aan de zgn. scheiding hebben medegewerkt, zich beroepen [1]).

Heeft naast alle gerechtigden iemand deelgenomen, die ten onrechte als erfgenaam is aangemerkt, dan is de scheiding niet nietig, doch kan het aan den niet-gerechtigde, die pro herede bezit, toegescheidene zonder voorafgaand vonnis van vernietiging met de hereditatis petitio worden opgevorderd en nader in verdeeling worden gebracht [2]).

Hiermede te vergelijken en in denzelfden zin op te lossen is het geval, dat later blijkt, dat één der deelgenooten de eenige gerechtigde tot den boedel is, omdat dan vaststaat, dat alle anderen ten onrechte aan de scheiding hebben deelgenomen.

Indien een deelgenoot, bijv. door een onjuiste opvatting van huwelijksche voorwaarden of in verband met de werking van het bij art. 236 B.W. bepaalde, voor een grooter aandeel is opgekomen dan waarop hij recht blijkt te hebben, wordt dit geval wel op één lijn gesteld (Diephuis IX, pag. 531) met dat, waarbij een niet-gerechtigde aan de scheiding heeft deelgenomen. Ten aanzien van het teveel toebedeelde wordt de scheiding dan absoluut nietig geoordeeld en dit kan van den ten onrechte bevoordeelde worden teruggevorderd en overeenkomstig art. 1158 lid 2 alsnog tusschen de ware rechthebbenden in verdeeling worden gebracht. Voor een vordering tot vernietiging der scheiding terzake van benadeeling

---

[1]) Vgl. Hof Amsterdam, 31 October 1910, W. 9143 en idem 28 Juni 1927, W. 11721; Rb. Alkmaar, 20 Februari 1913, N.J. 1913, 1071; Diephuis IX, pag. 431; Asser-Meijers, pag. 373; Klaassen-Eggens, pag. 558 en Suyling-Dubois, no. 290.

[2]) Aldus Rb. Zutphen 6 Januari 1887, W. 5445; Rb. Haarlem 19 Maart 1895, W. 6679, bev. Hof Amsterdam 19 Juni 1896, W. 6849 en Rb. Haarlem 4 Maart 1941, N.J. en W. 1941, no. 881; Diephuis IX, pag. 531; Asser-Meijers, pag. 374 en Klaassen-Eggens, pag. 558; Suyling-Dubois no. 292 spreken in dat geval, in verband met hun opvatting omtrent het translatief karakter der scheiding, van een onverschuldigde betaling of althans verrijking zonder oorzaak.

is bij de eerste — absoluut nietig geachte — scheidingshandeling in deze opvatting geen plaats [1]).

(Klaassen)-Eggens (pag. 558) kent in dit geval den overige deelgenooten een recht op herscheiding toe op grond van het argument, dat hij op de declaratief geachte scheiding art. 1395 B.W. niet toepasselijk oordeelt, daar hier geen betaling in den zin van dat artikel zou plaats vinden. Vooreerst echter valt niet in te zien, waarop dit recht tot herscheiding gebaseerd is. Hiervoor is immers noodig òf een absolute nietigheid der scheidingshandeling, òf een voorafgaande vernietiging op grond van een der bepaaldelijk in de wet aangegeven gronden. Bovendien kunnen bij de scheiding wel degelijk verbintenissen gekweten en dus ook „betaald" zijn, nl. die, welke voortvloeien uit overbedeeling en noodzakelijk zijn, om toch de gelijkheid te kunnen bereiken.

Ik meen, dat het niet juist is den voor een kleiner gedeelte gerechtigde te vergelijken met dengeen, die in het geheel geen deelgenoot is, omdat de eerstbedoelde toch in ieder geval de qualiteit van deelgenoot bezit en dus als zoodanig aan de scheiding heeft medegewerkt. De fout is dus begaan bij een handeling, welke wel degelijk het karakter van scheidingshandeling heeft. Wanneer dus één der andere deelgenooten — als gevolg van de omstandigheid, dat een mede-gerechtigde voor een te groot aandeel is opgekomen — meer dan het 1/4 gedeelte van het hem rechtens komende te weinig ontvangt, is hij benadeeld door de scheiding en dient hem de vordering tot vernietiging te worden toegekend, terwijl daarnaast aan al de benadeelde deelgenooten een persoonlijke vordering terzake van verrijking zonder oorzaak toekomt tegen dengeen, die teveel heeft ontvangen.

Worden zaken toegescheiden, welke later blijken niet tot de bestanddeelen van den boedel te behooren, dan leidt dit niet tot nietigheid en ook niet in alle gevallen tot vernietiging, doch treedt de vrijwaringsplicht van art. 1130 B.W. in werking.

Wanneer echter de betrokkene tengevolge van deze onjuiste

---

[1]) Tot hetzelfde resultaat komen H.R. 19 April 1940, N.J. en W. 1940, no. 869 en Asser-Meijers, pag. 376, echter op grond van andere en onderling ook weer verschillende redeneering; de H.R. nl. acht de voorafgaande vaststelling van het deel, waartoe ieder gerechtigd is, geen scheidingshandeling en Meijers begrijpt onder de werking der laesio enormis alleen het geval, dat benadeeling het gevolg is van een onjuiste schatting van het voorwerp der rechtshandeling; Suyling-Dubois no. 292; Hamaker in W.P.N.R. 1522, van Ittersum R.M. XVIII, pag. 337 e.v. en Klaassen, 4e druk, pag. 499, spreken hier van benadeeling. Hof 's-Gravenhage 19 Februari 1940, N.J. en W. 1941 no. 450 noemt de vordering eene uit onverschuldigde betaling, althans ongeoorloofde verrijking.

toescheiding een benadeeling heeft ondergaan voor meer dan 1/4 van hetgeen hem uit den boedel toekwam, dan heeft hij in samenloop met de vordering terzake van uitwinning die tot vernietiging der scheiding wegens benadeeling. Ditzelfde geldt, wanneer één der erfgenamen zelf eigenaar van het goed blijkt te zijn en dit aan één der andere deelgenooten is toegescheiden. Is het den eigenaar toebedeeld, dan blijft voor hem uiteraard alleen c.q. de vordering terzake van benadeeling over.

Dit laatste geldt m.i. ook, wanneer aan één der deelgenooten iets is toebedeeld, dat geen zaak is, zooals in het geval van H.R. 10 Maart 1882, W. 4757 een fidei-commissaire verwachting [1]).

Indien aan één der deelgenooten een schuld is toebedeeld, welke niet tot den boedel behoort en deze door hem is voldaan, dan is hij niet benadeeld in de bestanddeelen van den boedel, waartoe immers de schuld juist niet kan worden gerekend, doch dan heeft hij verhaal op dengeen, wien de verplichting daadwerkelijk aanging [2]).

Wanneer een tot den boedel behoorend goed is overgeslagen, heeft ieder deelgenoot het recht deswege een nadere scheiding te vragen (1158 lid 2 B.W.). Dit is ook het geval, wanneer dit overslaan opzettelijk is geschied. De wet maakt hier geen onderscheid en er zijn tal van moveerende gronden denkbaar, waarom de erfgenamen de scheiding van eenig goed voorloopig willen uitstellen, zonder nochtans den geheelen boedel intact te laten [3]). Deze nadere scheiding zal ten allen tijde gevorderd kunnen worden, ook wanneer in de boedelscheiding de gebruikelijke clausule is opgenomen, dat partijen elkaar over en weer quitteeren en déchargeeren terzake der onverdeeldheid en van alle acties deswege tegenover elkaar afstand doen. Dit volgt uit het dwingend wetsvoorschrift, dat boedelscheiding ten allen tijde kan worden gevorderd, niettegenstaande eenig daarmede strijdig verbod. Wel kan het de — op zichzelf geoorloofde — bedoeling van zoodanig beding zijn de eventueele zaken, welke later alsnog tot den boedel blijken te behooren, nu

---

1) Vgl. Asser-Meijers, pag. 374, die hier echter alleen de boedelscheiding gedeeltelijk zonder gevolg noemt, doch niet aangeeft, welk middel tot redres den betrokkene ten dienste staat; de H.R. wijst in het genoemde arrest op de vordering terzake van vrijwaring.

2) Rb. Roermond, 19 November 1925, W. 11511, N.J. 1926, 165.

3) Vgl. Asser-Meijers, pag. 373 en Suyling-Dubois no. 291. Evenzoo Rb. Amsterdam 9 November 1904, W. 8148, Rb. 's-Hertogenbosch 21 Juni 1929, N.J. 1931, 114; Hof 's-Gravenhage, 4 Mei 1936, N.J. en W. 1936, no. 723. Anders Rb. 's-Hertogenbosch 10 Februari 1886, W. 5356.

voor alsdan toe te scheiden aan dengene, onder wien deze zaken zich zullen bevinden. Slechts wanneer één der deelgenooten dientengevolge voor meer dan 1/4 benadeeld blijkt te zijn, kan deze daartegen met de actie tot vernietiging der scheiding opkomen [1]).

Is een deelbare vordering niet in de scheiding opgenomen, dan zal een nadere scheiding overbodig zijn, omdat elke erfgenaam zijn aandeel daarin alsnog rechtstreeks kan opvorderen (art. 1335 B.W.) en zulks ongeacht, of de debiteur al dan niet mede-erfgenaam is [2]).

Nietig noemt de wet nog de boedelscheiding in het geval van art. 1113 lid 2 B.W., wanneer, na voorafgaand verzet door een schuldeischer van den erflater of een legataris, de scheiding wordt aangegaan, voordat voldaan is hetgeen tijdens het verzet ten behoeve van dien schuldeischer of legataris verschenen en opvorderbaar was.

De wet spreekt hier van nietigheid ten opzichte van zoodanigen schuldeischer of legataris; dit is dus een relatieve nietigheid, welke alleen te zijnen aanzien werkt en tengevolge heeft, dat de schuldeischer of legataris zijn rechten op de bestanddeelen van de nalatenschap kan uitoefenen, zonder dat hem de scheiding kan worden tegengeworpen.

Niet uitdrukkelijk is in de wet geregeld, of een scheiding nietig is op grond van ongeoorloofde oorzaak en of schuldeischers tegenover de scheiding een beroep kunnen doen op artikel 1377 B.W., welke vragen ik meen in onderling verband te mogen behandelen.

Wordt in een scheiding een bepaling opgenomen, welke in strijd is met goede zeden of openbare orde, dan is alleen deze zelve nietig; tot nietigheid der geheele scheiding leidt zij slechts, wanneer zij geacht moet worden een integreerend deel daarvan uit te maken [3]).

Artikel 14 van de wet A.B. verklaart in de daarbij genoemde gevallen implicite nietig alle rechtshandelingen, dus ook de scheiding.

Art. 1377 B.W. echter komt voor in boek III, titel II, 3de afdeeling, regelende „het gevolg der overeenkomsten". Moet desondanks op grond van algemeene rechtsbeginselen worden aangenomen, dat de bepaling ook op boedelscheiding toepasselijk is? Ik acht dit niet aannemelijk. De wetgever heeft uitdrukkelijk voorgeschreven, wanneer een rechtshandeling in het algemeen nietig

---

[1]) Asser-Meijers, pag. 373 en 374.

[2]) Hof 's-Gravenhage, 4 Mei 1936, N.J. en W. 1936 no. 723; Rb. Rotterdam, 27 Dec. 1940, N.J. en W. 1941, no. 465.

[3]) Vgl. Suyling-Dubois, no. 290.

is en heeft daarnaast de gevallen, waarin overeenkomsten en die, waarin boedelscheidingen kunnen worden vernietigd, afzonderlijk geregeld. Uitbreiding is ten aanzien van scheiding ongewenscht en ik acht de opsomming der vernietigingsgronden — tenzij deze, zooals bij art. 1116 B.W. door het toepasselijk verklaren van bepaalde voorschriften, uit de regeling dier bepalingen zelve voortvloeien — dan ook limitatief. Een boedelscheiding is meestal een gecompliceerde rechtshandeling, welke veler en velerlei belangen raakt en wanneer zij eenmaal tot stand is gekomen, schept de wet waarborgen o.a. gelegen in den korten vervaltermijn, welke dienen om haar zooveel mogelijk tegen latere aanvallen te beveiligen. Bovendien heeft de wetgever gedacht aan de belangen der schuldeischers, door aan de crediteuren van den erflater het verzet van art. 1113 B.W. en de vordering tot afscheiding van boedels (art. 1153 e.v. B.W.) te verleenen en door aan die van de erfgenamen bij art. 492 Rv. het recht om boedelscheiding te vragen toe te kennen. Het is dus onaannemelijk, dat een regeling als die van art. 1377 B.W. hier niet zou zijn opgenomen of toepasselijk verklaard, wanneer dit wenschelijk was geoordeeld. Daarbij moge er op worden gewezen, dat in art. 1377 sprake is van een „onverplicht" verrichte handeling, terwijl de scheidingshandeling door de wet gebiedend wordt voorgeschreven en dus nooit onverplicht is.

Een andere opvatting kan niet steunen op art. 1212 B.W., bepalende, dat, wanneer een onverdeeld aandeel in een gemeen onroerend goed met hypotheek bezwaard is, deze na de scheiding van het goed alleen blijft rusten op het aan den schuldenaar, die de inschrijving verleende, toegescheiden gedeelte „behoudens de bepaling van art. 1377".

Op grond van het declaratief karakter van de boedelscheiding meen ik, dat de deelgerechtigden in een gebonden mede-eigendom afzonderlijk vóór de scheiding geen voor bezwaring vatbaar aandeel in een bepaald boedelgoed hebben. De tegenspraak tusschen het beginsel van art. 1129 B.W. en art. 1212 B.W. is slechts op te lossen door laatstbedoeld artikel alleen op den vrijen mede-eigendom toepasselijk te achten [1]).

Terwijl de schuldeischers van den erflater m.i. voldoende beveiligd zijn door art. 1113 B.W., dient erkend te worden, dat de crediteuren van den erfgenaam weinig baat zouden vinden, wanneer zij slechts de boedelscheiding kunnen vorderen, doch daarbij verder met hun belangen in het geheel geen rekening behoefde te worden gehouden, nu zij daaraan niet mogen deelnemen.

---

1) Aldus ook Asser-Scholten II, pag. 440.

Daarom ben ik van meening, dat wanneer de scheiding is uitgelokt door een schuldeischer van den erfgenaam en dit aan alle deelgerechtigden bekend is, de geheele scheiding nietig is wegens ongeoorloofde oorzaak, indien verhaal voor den crediteur illusoir wordt als gevolg van samenspanning der deelgenooten. Wanneer dit hun oogmerk is, bestaat alle aanleiding hier, op het voetspoor van de desbetreffende opvatting bij overeenkomsten, eveneens aan te nemen een ongeoorloofde oorzaak van de rechtshandeling van scheiding. Het staat den benadeelden schuldeischer dan vrij de scheiding als niet geschied aan te merken en opnieuw scheiding en deeling te vorderen of de deelgenooten gezamenlijk uit onrechtmatige daad aan te spreken [1]).

§ 28. Ter afbakening van het gebied, waarop de vernietigbaarheid wegens benadeeling ex art. 1158 3°. toepassing vindt, meende ik vorenstaande beschouwingen over de meerendeels daarbuiten liggende gevallen, waarin nadeel voor de deelgerechtigden, voor derden of voor de rechtsorde kan plaats hebben, vooraf te moeten doen gaan.

Naast „dwang" (door wien ook) en „bedrog" (door een of meer der deelgenooten gepleegd) noemt artikel 1158 3°. B.W. als grond voor vernietiging eener boedelscheiding benadeeling, meer dan een vierde bedragende. Hierbij valt onmiddellijk op, dat „dwaling" niet als vernietigingsgrond wordt aangetroffen. Waar dwang, bedrog en dwaling bij de overeenkomsten naast elkaar als wilsgebreken worden genoemd en elk afzonderlijk meer uitvoerig wordt geregeld, is het volkomen onaannemelijk, dat de dwaling bij het leerstuk der boedelscheiding toevallig is weggelaten. Ook is de veronderstelling ongerijmd, dat de wetgever dwaling en benadeeling als synonieme begrippen zou hebben beschouwd. Bij de overeenkomst van dading bijv. worden zij in de artt. 1895 en 1896 B.W. naast elkaar genoemd.

Wanneer dwaling plaats heeft ten aanzien van de persoon (van één of meer der gerechtigden), dan komt geen geldige scheidingshandeling tot stand of kan het ten onrechte toegescheidene worden opgevorderd. Bestaat de dwaling hierin, dat goederen worden in

---

[1]) Vgl. voor benadeeling van derden bij overeenkomsten de rechtspraak omtrent de „opzet"-overeenkomsten (H.R. 8 Juni 1923, N.J. 1923, 1031, W. 11071 en 13 Januari 1927, N.J. 1927, 279, W. 11658; voor de positie van den derdebenadeelde is in het eerste geval van belang de conclusie van den A.G. en in het tweede het arrest zelf) en die omtrent de kartelcontracten (H.R. 1 Mei 1924, N.J. 1924, 856, W. 11300).

verdeeling gebracht, welke niet tot den boedel behooren, dan dient, bij een nadeel van meer dan 1/4 voor één der deelgerechtigden, naast het intreden van den vrijwaringsplicht, aan dezen deelgenoot het recht te worden toegekend, om vernietiging der scheiding te vorderen. Ook dwaling omtrent de zelfstandigheid (de waarde) der boedelbestanddeelen is één van de vormen van benadeeling, welke grond voor vernietiging der scheiding kunnen opleveren.

Nu dus de gevallen van dwaling, welke in aanmerking komen, reeds begrepen zijn in het ten deze ruimere begrip van benadeeling, bestond voor afzonderlijke vermelding der dwaling in art. 1158 B.W. geen aanleiding.

Dat dwaling en benadeeling als gevolg van een onjuiste schatting van het voorwerp der rechtshandeling bij boedelscheiding den wetgever niet onbekend zijn geweest, is gemakkelijk aan te toonen door een verwijzing naar de desbetreffende bepalingen van het Wetboek Napoleon voor het Koninkrijk Holland.

Art. 1010 daarvan luidt: „eene regtmatige dwaling, waardoor een benadeeling van meer dan een vierde van iemands erfdeel door de scheiding veroorzaakt is, eene vergissing in de berekening der aandeelen of optellingen, de ontdekking, dat men bij de scheiding iemand als mede-erfgenaam heeft toegelaten, die geen erfgenaam was, of dat men verzuimd heeft een wezenlijken erfgenaam mede te rekenen, zijn wettige gronden tot rescissie of tenietdoening van de aangegane scheiding en tot eene geheele herstelling, of wel tot eene verbetering van het toegebragte nadeel, naar mate van de omstandigheden".

En art. 1011: „Tegen de waardering der goederen, welker verdeeling vervolgens door het lot geschied is, valt geene herstelling".

Een vergelijking van deze wetsartikelen met de redactie van art. 1158 3°. B.W. toont m.i. overtuigend aan, dat in de wetgeving van 1838 benadeeling niet meer wordt beschouwd als een gevolg van dwaling, doch als een op zichzelf staande oorzaak, welke tot vernietiging eener boedelscheiding kan leiden.

In de voorafgaande hoofdstukken schetste ik de historische ontwikkeling der laesie-gedachte en deze leidt er m.i. toe, dat benadeeling, na aanvankelijk verwant geacht aan of zelfs ondergebracht te zijn bij dolus of error, in den loop der eeuwen is uitgegroeid tot een zelfstandig rechtsfeit, dat, ondanks gemeenschappelijke kenmerken, los staat en apart gedacht wordt van de andere wilsgebreken.

Juist bij boedelscheiding komt dit zoo duidelijk tot uiting, waar de wet herstel toestaat aan dengeen, die wordt aangetroffen in het bezit van een geringer gedeelte der nalatenschap dan waartoe hij

gerechtigd is. De wet zegt dit zonder meer en spreekt niet van dwaling of bedrog in dit verband en het komt mij dan ook geheel onjuist voor in het bijzonder het leerstuk der dwaling met dat der benadeeling te assimileeren.

De heerschende leer evenwel is deze, dat benadeeling alleen grond voor vernietiging der scheiding oplevert, wanneer zij zetelt in of voortkomt uit dwaling [1]).

§ 29. In zijn artikel in het W.P.N.R. nos. 3371 en 3372 „Vernietiging van rechtshandelingen op grond van benadeeling van een der handelende personen", betoogt Prof. Meijers, dat, behalve in een hier niet van belang zijnd geval (art. 1099 lid 2 B.W.), een rechtshandeling, waarbij een der partijen zichzelf nadeel toebrengt, slechts vernietigd kan worden met behulp van de actie ex art. 1158 3°. B.W., nl. wanneer bij een boedelscheiding dwaling een nadeel van meer dan één vierde tengevolge heeft.

Volgens Prof. Meijers worden in laatstbedoeld geval veelal vanzelfsprekend dwaling en vernietiging in onderling verband beschouwd.

Behalve van dwang, dwaling en bedrog, kan nadeel ook het gevolg zijn van andere omstandigheden, t.w.:

1°. opzet om de andere partij te bevoordeelen,

2°. misbruik, door de wederpartij gemaakt van economisch of zedelijk overwicht of van noodtoestand,

3°. het feit, dat de handeling het karakter draagt van een kansovereenkomst.

Evenals Suyling-Dubois, acht Prof. Meijers bij deze drie oorzaken vernietiging wegens benadeeling niet mogelijk. Hij bespreekt ter motiveering van dit oordeel de uiteenloopende opvattingen, welke naar aanleiding van het met art. 1158 B.W. overeenstemmende art. 887 C.c. tot uiting zijn gekomen.

---

[1]) Vgl. bijv. Asser-Meijers, pag. 375: „Benadeeling geeft alleen grond tot vernietiging, wanneer de benadeeling een gevolg is van een dwaling" en Klaassen-Eggens, pag. 559 e.v.; Suyling-Dubois no. 292: „De afwezigheid van dwaling sluit schenking in", van Giffen, pag. 47 en Rb. 's-Gravenhage 23 Februari 1933, N.J. 1933, 1646, W. 12701. Echter werd de vordering tot vernietiging den benadeelde toegekend, ongeacht of hij al dan niet met de benadeeling bekend was door Rb. Utrecht 8 Mei 1929, W. 12040 en toelaatbaar geacht door den Procureur-Generaal bij den Hoogen Raad in zijn conclusie, voorafgaande aan het arrest van 19 April 1940, N.J. en W. 1940, no. 869, die verklaart juist te achten het standpunt, volgens hetwelk de vordering tot vernietiging der boedelscheiding wegens benadeeling, meer dan een vierde gedeelte bedragende, door onze wet uitsluitend wordt gekoppeld aan het zich objectief voordoen van het geval.

Ten aanzien van de vraag, waarom de wetgever vernietiging wegens benadeeling heeft ingevoerd, blijken nl. drie meeningen te bestaan, t.w.:

a. de wetgever heeft dwingend de gelijkheid tusschen partijen bij een boedelscheiding willen verwezenlijken,

b. de wetgever heeft bij benadeeling voor meer dan één vierde een onredelijken invloed van de overige deelgenooten verondersteld en daarom de vordering tot nietigverklaring gegeven,

c. de wetgever heeft bij benadeeling voor meer dan één vierde zoodanige dwaling aanwezig geacht, dat daarmede aan de gelijkheidsgedachte wordt tekort gedaan.

De eerste opvatting brengt mede, dat zelfs niet door uitdrukkelijke schenking wijziging kan worden gebracht in de door wet of testament ingestelde verdeeling, de tweede, dat schenking wel toelaatbaar wordt geacht, mits in den wettelijken vorm en mits de schenker niet in geldnood handelde en de derde, dat de actie wordt onthouden aan dengeen, die met kennis van zaken aan de ongelijke deeling medewerkte.

Naast de historische argumenten, stelt de verdediger van de leer sub a — Demontès: De la lésion dans les contrats entre majeurs — de vraag, waarom het recht, om vernietiging te vragen wegens benadeeling anders niet bij alle tweezijdige rechtshandelingen wordt toegekend en waarom men den vervaltermijn niet van den dag van het ophouden van het gebrek in de toestemming doet loopen, doch van den dag der boedelscheiding [1]).

Prof. Meijers voert hiertegen aan, dat algemeen wordt aangenomen, dat *na* de boedelscheiding bekrachtiging mogelijk is, zoodat art. 1166 B.W. alleen slaat op afstand *bij* de boedelscheiding en dat bij een consequente doorvoering van den eisch van gelijkheid, deze ook niet zou mogen worden doorbroken in het geval van verkoop van erfrecht, welke bij medewerking van alle deelgenooten boedelscheiding oplevert.

Hoewel ik van meening ben, dat — en nader hoop aan te geven, waarom — een latere bekrachtiging eener vernietigbare boedel-

---

[1]) Prof. Meijers merkt op, dat dit argument voor ons recht niet geldt, omdat art. 1162 B.W. hetzelfde bepaalt voor dwang en bedrog. M.i. kan daaraan nog worden toegevoegd, dat volgens de Fransche jurisprudentie (Cour de Cassation 8 April 1891, Dalloz 1891, 1, 454) de vervaltermijn eerst loopt „du jour, où la partie a été légalement capable de consentir une ratification".

scheiding niet rechtsgeldig is, kom ik tot hetzelfde resultaat als Prof. Meijers, omdat de vordering wegens benadeeling bij boedelscheiding wel berust op de daar zeer in het bijzonder geldende gelijkheidsgedachte, doch niet valt in te zien, waarom een der gerechtigden deze niet zou mogen doorbreken op grond van een reëelen animus donandi. Het komt immers precies op hetzelfde neer, of iemand een schenking wil doen bij de scheiding of dat hij hiertoe onmiddellijk daarna overgaat. Een dwingend gelijkheidsbeginsel in dien zin, dat daarvan onder geen enkele omstandigheid zou mogen worden afgeweken, is niet door te voeren en daarvoor is ook geen motief te vinden.

De leer sub b. wordt verdedigd (door Colin et Capitant III, pag. 583, Planiol II, no. 1588 en Josserand II, no. 1057) met een beroep op historische argumenten, ontleend aan de oude Fransche traditie. Het Romeinsche recht kende geen vernietiging op grond van benadeeling dan in het geval der lex secunda. Deze lex is in het Middeleeuwsche recht gerecipieerd en tot vele andere rechtshandelingen, o.a. boedelscheiding uitgebreid. Gewezen wordt daarbij verder op C. 3,38,3 (vgl. hoofdstuk I), bepalende, dat den meerderjarige te hulp dient te worden gekomen, indien een scheiding door list of bedrog of verkeerdelijk zonder vonnis is tot stand gekomen, omdat bij een handeling te goeder trouw het onredelijke tot het meer billijke moet worden herleid. In de Middeleeuwen zag men hierin een toepassing van de dwalingsgedachte, welke dus geen gelding vond na renuntiatie of bij schenking van het te weinig ontvangene. Later, onder kanonieken invloed en bij betere bestudeering van het Romeinsche recht, kwam het motief naar voren, om de benadeelde partij te beschermen tegen zedelijk overwicht of byzondere omstandigheden. Daarbij werd in Frankrijk sedert de 16de eeuw vernietiging van een boedelscheiding toegestaan, wanneer de benadeeling meer dan één vierde bedroeg. Tenslotte gold bij de totstandkoming van art. 1674 C.c. de overweging, dat de wetgever hulp moest bieden aan hem, die voor den nood der omstandigheden is gezwicht.

Hiertegenover wijst Prof. Meijers erop, dat art. 1674 C.c. bepalingen behelst omtrent vernietiging wegens benadeeling bij een koopovereenkomst, terwijl deze in ons wetboek niet zijn overgenomen en bij ons het beginsel gold (Noordziek II blz. 554 en 555), dat overeenkomsten onschendbaar zijn, behalve in geval van bedrog, geweld of dwaling. Bovendien werd ten tijde der Republiek vernietiging wegens benadeeling aangemerkt als erkenning van een beroep op dwaling en stond bijv. Voet (ad Pandectas XVIII, 5, nos. 17 en 18) de vordering niet toe, wanneer gehandeld was met de

wetenschap der benadeeling of wanneer bij bijzonder beding geschonken was hetgeen het goed mocht blijken meer waard te zijn.

Op grond van vorenstaande bedenkingen verwerpt Prof. Meijers voor ons tegenwoordig recht ook de opvatting sub b. en acht hij voor de vordering tot vernietiging ex art. 1158 3°. B.W. geen plaats, wanneer de benadeelde bij de scheiding met de benadeeling bekend was en laat hij haar dus slechts toe, wanneer de benadeeling voortkomt uit dwaling.

§ 30. In geval van ernstige benadeeling als gevolg van een onredelijk gebruik van een bijzonderen invloed of economische overmacht concludeert Prof. Meijers tot een onzedelijke oorzaak en dus een beroep op art. 1373 B.W. Wanneer de onredelijke invloed een overeenkomst in strijd met de goede zeden maakt, dan doet hij dit ook iedere andere rechtshandeling. Derhalve wordt hier geleerd, dat ook boedelscheiding wegens haar wijze van tot stand komen in strijd met de goede zeden geacht kan worden. Het enkele feit der benadeeling is echter niet voldoende, om dezen invloed aan te nemen. Benadeeling ex art. 1158 3°. zou blijkens de geschiedenis niet op onredelijken invloed doelen. Wil men bij grove benadeeling in een bijzonder geval een scheiding uit dien hoofde nietig verklaren, dan moet niet alleen de grove benadeeling, doch ook ernstig misbruik, door een der deelgenooten van zedelijk overwicht of noodtoestand gemaakt, vaststaan. Slechts dan zou een boedelscheiding, waarbij de benadeelde met volle kennis der feiten gehandeld heeft, door hem nog kunnen worden aangetast [1]).

De bezwaren, ook van den schrijver zelf, tegen deze leer aan te voeren, zijn, dat omstandigheden, buiten den inhoud der rechtshandeling staande, door de rechtspraak niet als de oorzaak in den zin der wet worden aangemerkt (vgl. bijv. H.R. 3 Februari 1928, N.J. 1928, 399, W. 11808) en dat ook de partij, van wie de onredelijke invloed is uitgegaan, zich op de nietigheid zou kunnen beroepen. Ik zou daaraan nog willen toevoegen, dat het oogmerk van *beide* partijen onzedelijk moet zijn, om tot een ongeoorloofde oorzaak te kunnen besluiten en dat deze constructie daarom faalt ten aanzien van den benadeelde. Prof. Meijers schijnt deze opvatting dan ook slechts te willen aanvaarden als nood-oplossing, waar hij voor het jus constituendum bepleit een afzonderlijken vierden grond (naast dwang, bedrog en dwaling) voor vernietiging eener rechtshandeling, gelegen in onredelijken invloed, zich uitende in ernstige benadeeling van de wederpartij.

---

[1]) Klaassen-Eggens, pag. 559, begrijpen dit geval onder „dwang", doch geven daarmede m.i. aan dit begrip een ontoelaatbare uitbreiding.

§ 31. Dezen vierden grond zie ik nu juist in de benadeeling, zooals zij reeds in art. 1158 3°. wordt genoemd en daarom sluit ik mij aan bij de boven sub b. ontwikkelde leer.

Het is slechts een eisch van de praktijk, van utiliteit, dat men niet wegens elke geringe oneffenheid de scheiding op losse schroeven kan zetten en dat het belang van den benadeelde evident moet zijn, wil hij in een vordering tot vernietiging kunnen slagen. Nog in de 16de eeuw besliste het Parlement van Parijs eenige malen, dat de benadeeling slechts „notable" behoefde te zijn, zonder dat een breuk werd genoemd, later zweefde de grens tusschen 1/3 en 1/4, totdat zij tenslotte, tamelijk willekeurig, op één vierde is gesteld. Maar daarmede is dan ook aan alle door de wet aan benadeeling gestelde eischen voldaan. Mij ontgaat, waarom deze wetsbepaling op een presumptie bepaaldelijk van dwaling moet zijn gebaseerd. De benadeeling heeft zich juist in den loop der tijden losgemaakt van het leerstuk der dwaling en, waar de wetgever, blijkens het verhandelde bij de vaststelling van den titel omtrent „koop en verkoop", zich terdege van het onderscheid bewust is geweest, vermag ik niet in te zien, waarom hij nu op eenmaal bij boedelscheiding deze begrippen vereenzelvigd zou hebben. In dat geval ware het eenvoudiger geweest in art. 1158 3°. te bepalen, dat dwaling in de zelfstandigheid der zaak, waardoor één der deelgenooten een nadeel lijdt van meer dan één vierde gedeelte van het hem rechtens toekomende, grond voor vernietiging der boedelscheiding kan zijn.

De overwegingen, welke bij het tot stand komen van onze wetgeving ertoe hebben geleid (vgl. hoofdstuk III), om benadeeling niet op te nemen als koopvernietigend gebrek, kunnen slechts verklaren, waarom ten aanzien van deze overeenkomst aldus is beslist, maar zij bleken niet te gelden voor de boedelscheiding en kunnen dus niet worden aangevoerd als motiveering, waarom en met welke strekking de benadeeling hier wel is opgenomen.

Uit de beraadslagingen is gebleken en de tekst der wet wijst uit, dat men bij deze materie niet, althans zeker niet in de eerste plaats, aan het Oud-Vaderlandsch recht heeft gedacht, doch aan de regeling, zooals deze voorkomt in den Code civil. Een beroep op het recht ten tijde der Republiek is dan ook m.i. geen deugdelijk argument en ook het oordeel van Voet kan geen uitkomst brengen, omdat zijn commentaar op de Pandecten een Romeinsch-rechtelijke studie is, terwijl bij het ontstaan van den C.c. andere invloeden golden dan de opvattingen omtrent de lex secunda, zooals deze door Glossatoren, Post-Glossatoren en latere Romanisten zijn ontwikkeld.

De theorie der laesio enormis ontstond als reactie tegen het

nadeel, dat een partij onderging tengevolge van het zedelijk (haar oorsprong ligt toch in de bescherming van den minor) of economisch (de kleine landeigenaar tegenover den potens) overwicht van de wederpartij of van eigen noodtoestand. Zoo was haar Romeinsch-rechtelijke conceptie en daaraan dankte zij haar opname in de wetgeving van Justinianus, terwijl de Christelijke opvattingen omtrent naastenliefde, zelfverloochening en vooral ook aequitas het verwante begrip van het justum pretium tot intensieve ontwikkeling en toepassing in de kanonieke leerstellingen deden komen.

Ten tijde van Pothier was de spitsvondige Romanistische dogmatiek der Middeleeuwen, welke de interpretatie der laesio enormis in geheel andere banen had geleid dan waarvoor zij in de 6de eeuw in de wetgeving was opgenomen, reeds lang verdrongen door de latere bestudeering van het Romeinsche recht naar zijn bronnen en oorspronkelijke beteekenis. Ik meen te hebben aangetoond (hoofdstuk II), dat Pothier ook op dit gebied sterk onder den invloed stond van de kanonieke opvattingen omtrent het justum pretium en den eisch van gelijkheid en dat bij hem en de ontwerpers van den Code civil benadeeling haar oorzaak vond in een presumptie van contrainte morale.

Bij de behandeling van de wetsartikelen omtrent koop werd ten onzent over benadeeling gesproken in verband met bedrog, dus ook weer in vergelijking met een wilsgebrek, waarbij van de wederpartij onbehoorlijke invloed uitgaat, doch hier is geenszins in de eerste plaats aan dwaling gedacht. Ik geloof dan ook, dat tot de benadeeling, zooals zij bij den titel van „koop en verkoop" verworpen en in de bepalingen omtrent boedelscheiding is opgenomen, het verstoren van de gelijkheid wordt toegeschreven aan dezelfde oorzaken als in den C.c., in de eerste plaats dus aan contrainte morale.

Waarom zou de rechtsvordering, welke althans indirect strekt tot betering van geleden nadeel, dan niet toegekend kunnen worden aan hem, die van ongewenscht overwicht der wederpartij of eigen noodtoestand het willig of onvrijwillig slachtoffer is geworden?

In dit kader acht ik, in tegengestelden zin met het daaromtrent door Prof. Meijers betoogde, een beroep op art. 1166 B.W. op zijn plaats [1]), waarbij geenszins wordt onderscheiden, of de afstand van het recht, om vernietiging te vragen, bij of na de boedelscheiding wordt gedaan. Ik neem aan, dat de wetgever juist heeft getwijfeld

---

[1]) Evenals Rb. Utrecht 8 Mei 1929, W. 12040, welk vonnis voor Prof. Meijers mede aanleiding was tot zijn artikel in het W.P.N.R.

aan de zuiverheid van een opzet, om de andere partij te bevoordeelen, dat zoo licht wordt gegoten in zoodanigen vorm, dat de daarachter schuilende contrainte morale niet meer te onderkennen valt en dat daarom een afstand van het recht, om vernietiging te vragen, ongeacht of het nadeel met of zonder wetenschap is geleden en of de afstand uit een bepaalde formuleering of uit een gedraging is af te leiden, van onwaarde wordt verklaard.

L'histoire se répète. Nadat de wetgever den deelgenoot eenmaal tegen zichzelf in bescherming heeft genomen door hem de actie tot vernietiging toe te kennen, helpt hij hem andermaal, door een renuntiatie aan dat recht van onwaarde te verklaren, wellicht, omdat dit anders evenzoo vaste regel zou worden als wij dat in het oude Fransche recht zagen geschieden.

§ 32. De vordering tot vernietiging moet worden ingesteld door den deelgenoot, die de benadeeling heeft ondergaan. Zij moet bij dagvaarding worden aanhangig gemaakt tegen alle mede-erfgenamen voor de Rechtbank, binnen welker rechtsgebied de erfenis is opengevallen (art. 126, 12° Rv. [1]).

Het Gerechtshof te 's-Gravenhage (10 Januari 1938, N.J. en W. 1938, no. 488) besliste dienovereenkomstig, dat zelfs ambtshalve de eischer niet-ontvankelijk moet worden verklaard in een geval, waarbij niet in rechte werd opgeroepen een voormalige echtgenoote (tevens erfgename), die na de boedelscheiding van echt was gescheiden van haar echtgenoot, met wien zij in gemeenschap van goederen was gehuwd, ook al was die gemeenschap nog niet gescheiden en gedeeld.

Wordt dus een der deelgenooten niet in de procedure betrokken, dan kunnen de gedaagden zich beroepen op de exceptio plurium litis consortium, terwijl de rechter ook ambtshalve op deze omstandigheid dient acht te slaan.

Terwijl vrijwel algemeen wordt geleerd [2]) en dit ten aanzien van de erfgenamen onderling zelfs implicite in art. 1164 B.W. wordt aangenomen, dat een erfgenaam zijn geheele aandeel in alle goederen der nalatenschap kan overdragen en alleen verschil van

---

[1]) Aldus Asser-Meijers, pag. 378; Klaassen-Eggens, pag. 563; Suyling-Dubois, no. 293; Rb. Amsterdam, 23 November 1880, W. 4671.

[2]) Vgl. Asser-Meijers, pag. 298 en de auteurs en jurisprudentie, aldaar vermeld in noot 4; anders Suyling-Dubois, no. 258, die het lidmaatschap van een ervengemeenschap vastgeklonken achten aan den mede-eigendom in den boedel als eenheid en daarom overdracht door een der mede-erven, onafhankelijk van de medewerking der overigen, niet toelaatbaar oordeelen.

opvatting bestaat omtrent de wijze van levering, is de vraag gerezen, aan wien in zoodanig geval de vordering ex 1158 3°. toekomt, aan den oorspronkelijken erfgenaam of aan den rechtverkrijgende onder bijzonderen titel.

De Hooge Raad beantwoordde deze vraag bij arrest van 6 December 1935, N.J. en W. 1936, no. 400 in dien zin, dat de vordering met uitsluiting van eerstgenoemde aan den verkrijger toekomt, op grond van deze overwegingen:

„dat het middel zegt, dat partijen J. en S. (de koopers) niet als koopers van erfdeelen konden medewerken tot de scheiding en deeling en dat zij dus, wat zij ontvingen, eerst hebben ontvangen voor en ten behoeve van de verkocht hebbende erfgenamen;

dat moet worden aangenomen, dat de wet zoodanige medewerking (toescheiding aan de koopers der erfdeelen uit eigen hoofde) aan den kooper, als partij bij de boedelscheiding in beginsel toelaat;

dat de Code civil — waarbij ten aanzien van de regeling van den verkoop van erfrecht het B.W. zich overigens aansluit — door het voorschrift van art. 841 [1]) daaromtrent geen twijfel overlaat, en weliswaar juist dit artikel in het B.W. niet is overgenomen, doch daarmede blijkens de geschiedenis werd beoogd te voorkomen, dat de kans op naasting den voor het erfdeel te verkrijgen koopprijs zou drukken, zoodat uit die niet-overneming geenszins valt op te maken, dat het B.W. ten aanzien van de medewerking van den kooper tot boedelscheiding van een ander beginsel uitgaat en daarin slechts is te zien de verwerping van een mogelijkheid om dien kooper bij de boedelscheiding te weren;

dat nu de toescheiding in deze heeft plaats gehad rechtstreeks aan de koopers, die daarbij voor zich de rechten der erfgenamen-verkoopers uitoefenden, ook aan die koopers en niet aan de erfgenamen-verkoopers de vordering uit art. 1158 3°. B.W. toekomt, ingeval bij de toescheiding benadeeling als bij dat artikel voorzien, mocht zijn geschied;

dat daarin geen verandering wordt gebracht, doordat na de boedelscheiding de koopovereenkomst, op welke wijze dan ook, wordt tenietgedaan."

---

[1]) Art. 841 C.c.: Toute personne, même parente du défunt, qui n'est pas successible, et à laquelle un cohéritier aurait cédé son droit à la succession, peut être écartée du partage, soit par tous les cohéritiers, soit par un seul en lui remboursant le prix de la cession.

Uit het arrest blijkt dus, dat met de overige rechten van de erfgenamen ook de vordering tot scheiding en deeling en die tot vernietiging der boedelscheiding op den rechtverkrijgende onder bijzonderen titel overgaan.

In beginsel is het natuurlijk juist, dat degeen, die de rechten van een erfgenaam verkrijgt, deze ook moet kunnen uitoefenen. Aanvechtbaar schijnt mij evenwel de beslissing, neergelegd in de laatste rechtsoverweging, dat de kooper de vordering tot vernietiging blijft behouden, ook na de ontbinding der koopovereenkomst, wanneer dit tenminste na de boedelscheiding is geschied. Immers na de ontbinding der overeenkomst bevindt de verkooper-erfgenaam zich weer in zijn oorspronkelijke positie en komen alle rechten, welke hij vóór de overeenkomst had, bij hem terug, voor zoover deze inmiddels niet door den kooper zijn uitgeoefend, zooals hier het recht om aan de scheiding deel te nemen. Ik zie dan ook niet in, waarom den verkooper-erfgenaam de bevoegdheid, om vernietiging der scheiding te vragen, moet worden onthouden, nu achteraf blijkt, dat hij en niet de kooper door de scheiding is benadeeld. De door den Hoogen Raad hieromtrent gegeven beslissing, welke niet nader wordt gemotiveerd, doch vermoedelijk is gebaseerd op de overweging, dat de betrokken erfgenaam geen partij is geweest bij de boedelscheiding, schijnt mij onbevredigend op dezen praktischen grond, dat de verkrijger, na ontbinding der koopovereenkomst, wel nimmer zal overgaan tot het instellen van een vordering tot vernietiging der scheiding, omdat hij daarbij geen belang meer heeft en omdat hij in deze vordering dan ook vermoedelijk niet-ontvankelijk zou worden verklaard op grond van het beginsel „point d'intérêt, point d'action".

Nu de wet spreekt van „te niet doen" van boedelscheidingen o.a. wegens benadeeling, dient daartoe bepaaldelijk te worden geageerd en kan de scheiding niet zonder meer als nietig worden aangemerkt en bijv. zonder voorafgaande rechterlijke uitspraak een vordering tot herscheiding worden ingesteld.

Waar een bepaling als die van art. 1490 laatste lid, hier niet is overgenomen en alleen sprake is van het „doen van eisch tot vernietiging" en het bovendien geen absolute nietigheid betreft, kan m.i. niet bij wijze van verweer een beroep op benadeeling worden gedaan [1]).

---

[1]) Aldus Asser-Meijers, pag. 378; anders Suyling-Dubois, no. 293 en H.R. 25 November 1870, W. 3272, die in dat geval den vervaltermijn van art. 1162 B.W. niet toepasselijk achtte op grond van de overweging, dat de eischer het in de hand heeft zijn vordering tijdig in te stellen, doch dat de gedaagde maar dient

Blijkens de geheele regeling der vernietiging is de wetgever niet bijzonder geporteerd voor een terugkomen op een scheiding, welke eenmaal tot stand is gekomen, zoodat van een deelgerechtigde, die eerst achteraf zich bezwaard voelt doordat de gelijkheidsgedachte, welke bij de scheiding zelve in acht dient te worden genomen, is doorbroken, een actief optreden verlangd wordt en zijn rechtsmiddelen niet mogen worden uitgebreid buiten de in de wet uitdrukkelijk genoemde. Ook de rechtszekerheid zou noodeloos worden bedreigd, wanneer een dergelijk middel nog na den vervaltermijn van drie jaren zou mogen worden opgeworpen. Dat dit inderdaad het standpunt van den wetgever is, kan mede worden afgeleid uit de zeer beperkte en door partijen nog nader te beperken regeling, waarbij door de wet aan den deelgerechtigde vrijwaring tegen stoornis en uitwinning is toegestaan en die wegens verborgen gebreken is onthouden en waarbij de verplichting tot vrijwaring ophoudt, wanneer de mede-erfgenaam door zijn schuld (door stilzitten) de uitwinning ondergaat.

De eischer kan bij het instellen eener vordering tot vernietiging der scheiding wegens benadeeling volstaan met te stellen, dat hij tengevolge van de scheidingshandeling, welke hij wenscht aan te tasten, een nadeel van meer dan 1/4 heeft ondergaan.

Hieruit volgt, dat hij, indien hij bij de dagvaarding nog niet over alle of over de juiste gegevens beschikt, het preciese bedrag der benadeeling niet behoeft op te geven [1]) en dat ook vernietiging van een partieele scheiding kan worden gevorderd.

Wanneer de boedel wordt gescheiden bij verschillende samenhangende handelingen, moeten deze echter voor de beoordeeling van de vraag, of de benadeelde inderdaad meer dan 1/4 minder heeft ontvangen dan waarop hij recht had, als één scheiding worden aangemerkt en moet de benadeeling berekend worden door de waarde van hetgeen, in verband met zijn aandeel, aan den betrokkene is toegescheiden, te vergelijken met die der gezamenlijke bestanddeelen van den boedel [2]).

---

af te wachten, of en wanneer hij zal worden aangesproken met een actie of bestreden met een verweer, waartegen een beroep op vernietigbaarheid der scheiding op zijn plaats is. Prof. Meijers citeert het hier bedoelde arrest van den H.R. ook als bewijs, dat de rechtspraak een rauwelijksche revindicatie zou toelaten; aan het daar berechte geval lag evenwel geen benadeeling, doch een nietig beding ten grondslag.

[1]) Vgl. het boven in ander verband aangehaalde vonnis Rb. Utrecht 8 Mei 1929, W. 12040.

[2]) Vgl. Rb. Amsterdam 12 April 1932, N.J. 1933, 1105, bev. Hof Amsterdam 5 April 1933, N.J. 1933, 1395 en Rb. Amsterdam, 19 Juni 1934, N.J. 1935, 856, W. 12976.

De Hooge Raad drukte dit bij arrest van 19 Februari 1926, N.J. 1926, 477, W. 11482, aldus uit: „Overwegende, dat in zoodanig geval (dat ten tijde der boedelscheiding niet alleen de litigieuze onroerende goederen zijn gescheiden, doch de geheele bedoelde nalatenschappen, zij het wellicht ook bij meerdere samenhangende scheidingshandelingen) één van dergelijke samenhangende scheidingshandelingen niet kan worden aangevochten op grond van benadeeling bij dat onderdeel, omdat de vraag of benadeeling aanwezig is alsdan afhangt van de geheele bij de scheidingen tot stand gekomen verdeeling en niet alleen van die, welke bij dat onderdeel is geschied."

Voor de stelplicht en de verdeeling van den bewijslast, niet alleen bij een vordering tot vernietiging eener partieele scheiding, doch van een boedelscheiding in het algemeen, is m.i. zeer instructief en zeer juist hetgeen door den Advocaat-Generaal wordt betoogd in zijn conclusie, aan dit arrest voorgaande, t.w.:

„De eischer moet stellen (c.q. aantoonen), dat hij bij de (gedeeltelijke) scheiding voor meer dan 1/4 is benadeeld. Het is echter mogelijk, dat de eischer (in het bijzonder, wanneer hij de rechtsopvolger is van den oorspronkelijken deelgerechtigde) geheel onbekend is met de omstandigheid, dat de scheidingshandeling, waarvan hij vernietiging vraagt, deel uitmaakt van een complex van deze handelingen. Indien dit hem echter wordt tegengeworpen, zal moeten worden onderzocht, wat die andere scheidingshandelingen hebben ingehouden en of daardoor wellicht de door den eischer gestelde benadeeling wordt goedgemaakt. Deze mede-deelgerechtigden, die zich daarop beroepen, zullen dus in de eerste plaats moeten aantoonen, waarin die andere scheidingshandelingen hebben bestaan en de eischer, dat hij met inachtneming daarvan benadeeld blijft".

Voor toewijzing der vordering wordt bepaaldelijk vereischt, dat één der deelgenooten minder dan drie vierde heeft ontvangen van hetgeen hem wettelijk toekomt [1]; op zichzelf is het geen grond voor vernietiging, dat één der erfgenamen met meer dan één vierde is bevoordeeld.

De vraag, of benadeeling heeft plaats gehad, moet worden beoordeeld naar het tijdstip der boedelscheiding (art. 1159). Het spreekt vanzelf, dat voor- en achteruitgang van het eenmaal toebedeelde goed komt ten voor- of nadeele van den deelgenoot, aan wien dit is toegescheiden.

Tegen absolute nietigheid eener boedelscheiding, waarbij bena-

---

[1]) Vgl. Rb. Amsterdam, 3 November 1930, N.J. 1931, 963.

deeling voor meer dan één vierde heeft plaats gehad, pleit het bij art. 1160 bepaalde, dat herscheiding kan worden belet door aan den benadeelde, hetzij in contanten, hetzij in natura op te leggen, hetgeen aan diens erfdeel ontbreekt. De opvatting van Diephuis (IX, 543), dat dit opleggen in natura zou moeten geschieden uit bestanddeelen van den boedel, vindt geen steun in de wet. Eenig belang van den benadeelde is daarmede niet gemoeid, nu ook met vergoeding in gereed geld kan worden volstaan en niet valt in te zien, waarom in het laatste geval wel, doch bij vergoeding in natura het ontbrekende niet van elders zou mogen worden aangezuiverd.

Natuurlijk is het niet voldoende, wanneer het erfdeel wordt aangevuld in dier voege, dat de benadeeling precies één vierde of minder bedraagt; het nadeel zal geheel dienen te worden hersteld. De aanzuivering behoeft niet bepaaldelijk te geschieden door den erfgenaam, die ten onrechte bevoordeeld is. Ieder der erfgenamen kan er belang bij hebben een herscheiding te beletten door den benadeelden deelgenoot tevreden te stellen.

Waar de wet spreekt van „degeen, tegen wien de eisch gedaan is", dient te worden aangenomen, dat het recht tot aanzuivering ter voorkoming van herscheiding beperkt is tot de erfgenamen.

Nu in het algemeen sprake is van beletten der herscheiding na het instellen van een eisch tot vernietiging, zal de aanvulling, naar gewoonlijk wordt aangenomen [1]), kunnen plaats vinden tot aan de herscheiding toe, ook al mocht het vonnis tot vernietiging in kracht van gewijsde zijn gegaan. De oorspronkelijke scheiding herleeft dan.

De besproken wetsbepaling heeft overigens de keerzijde [2]), dat ook de erfgenamen, die benadeeld zijn, doch voor minder dan één vierde, mede belang kunnen hebben bij vernietiging der scheiding, waardoor zij vermoedelijk in een gunstiger positie zouden komen, doch dat deze kans hun wordt benomen door bevrediging van den voor meer dan 1/4 benadeelde. Dit is echter nu eenmaal een uitvloeisel van het beginsel, dat de scheiding, zoo mogelijk, intact dient te blijven.

§ 33. Ten aanzien van dwang en bedrog wordt in art. 1161 B.W. bepaald, dat geen vernietiging van een boedelscheiding kan worden gevraagd door den mede-erfgenaam, die na het ophouden van den dwang of de ontdekking van het bedrog, het hem toebedeelde goed geheel of gedeeltelijk heeft vervreemd. In zoodanige vervreemding

---

1) Vgl. Asser-Meijers, pag. 379.

2) Klaassen-Eggens, pag. 565.

wordt nl. een stilzwijgende bekrachtiging van de scheiding gezien [1]).

Klaassen-Eggens (pag. 564) behandelen de vraag, of de bepaling van art. 1161 ook toepasselijk is op benadeeling en beantwoorden deze bevestigend [2]). Zij merken daaromtrent op, dat art. 50 Ontwerp 1823 het geval van benadeeling hier uitdrukkelijk noemde en dat men in 1833 tot de redactie van art. 892 C.c. is teruggekeerd, zonder dat blijkt, waarom dit is geschied. Zij achten het daarom geboden, om die oplossing te kiezen, welke in overeenstemming is met de algemeene rechtsbeginselen (artt. 1492, 1929), waarvan art. 1161 volgens hen een toepassing is.

Ik kan met deze argumentatie niet meegaan en acht art. 1161 op benadeeling niet toepasselijk, omdat ik meen, dat de quaestie niet is op te lossen met een verwijzing naar de algemeene rechtsbeginselen. Anders nl. dan in den C.c. wordt de beantwoording van de vraag, of afstand kan worden gedaan van het recht om vernietiging te vorderen eener boedelscheiding, niet overgelaten aan deze algemeene beginselen, doch wordt de aangelegenheid afzonderlijk geregeld in art. 1166, dat uitdrukkelijk elken afstand verbiedt. M.i. valt daarbij de nadruk op het woord „alle" en verklaart de wet afstand van het recht om vernietiging eener boedelscheiding te vragen van onwaarde, ongeacht of dit uitdrukkelijk dan wel stilzwijgend [3]) en vóór, tijdens of na de boedelscheiding geschiedt, behalve natuurlijk in de door de wet zelve bij de artt. 1161, 1163 lid 2 en 1164 bepaalde uitzonderingen. Juist in de opsomming van deze speciale gevallen acht ik een krachtig argument gelegen voor de opvatting, dat daarbuiten geen afstand rechtsgeldig kan geschieden [4]). Bij de zorg, welke ik den wetgever toeschrijf, om de

---

[1]) Aldus Opzoomer, Het Burgerlijk Wetboek verklaard, IV, (2e druk, 1879), pag. 481; Asser-Meijers, pag. 379; Klaassen-Eggens, pag. 564; Suyling-Dubois, no. 294.

[2]) Asser-Meijers t.a.p. zien in dat geval de vervreemding als een weerlegbaar vermoeden voor een bekrachtiging en Suyling-Dubois t.a.p. uiten zich in denzelfden geest.

[3]) De mogelijkheid van, ook stilzwijgende, afstand van het recht om vernietiging te vragen, na ontdekking van het bedrog of de benadeeling of het ophouden van den dwang wordt aangenomen door Asser-Meijers, pag. 379, Klaassen-Eggens, pag. 565, en ongeveer in denzelfden zin door Suyling-Dubois, no. 294 en Rb. 's-Gravenhage, 23 Februari 1933, N.J. 1933, 1646.

[4]) De rechtspraak neemt stilzwijgende bekrachtiging en verwerking van het recht om vernietiging te vragen niet zoo heel gemakkelijk aan. Rb. Dordrecht 6 April 1927, N.J. 1931, 261, W. 11709, bev. Hof 's-Gravenhage, 14 December 1928, W. 11928 liet de vordering uit bedrog toe, nadat de bedrogen deelgenoot een betaling had aangenomen, welke op een hem zelfstandig toekomend recht

belangen van den benadeelde te beschermen, zie ik geen aanleiding de uitzonderingsgevallen buiten de letterlijke bewoordingen uit te breiden.

Blijkens art. 1162 verjaart (vervalt) de rechtsvordering tot vernietiging door het tijdsverloop van drie jaren, te rekenen van den dag der boedelscheiding. Het doen verloopen van dezen termijn kan dus niet als een stilzwijgende bekrachtiging worden aangemerkt, omdat daarnaast niet als voorwaarde is gesteld, dat de dwang heeft opgehouden of het bedrog of de benadeeling is ontdekt. De Fransche jurisprudentie laat den termijn loopen sedert het tijdstip, waarop rechtsgeldige bekrachtiging kan plaats hebben, erkent deze daarmede dus implicite, doch geeft anderzijds tevens een waarborg, dat het rechtsmiddel kan worden aangewend. Zoodanige rechtspraak omtrent den aanvang van den termijn zou ten onzent evenwel in strijd zijn met de duidelijke bewoordingen der wet.

§ 34. In zijn boven besproken artikel in het W.P.N.R. wijst Prof. Meijers erop, dat blijkens Asser (Het Nederlandsche Burgerlijk Wetboek, vergeleken met het Wetboek Napoleon, blz. 400) art. 1166 in de wet is opgenomen, omdat anders bij wijze van „clause de style" een renuntiatie-beding regelmatig in de akte van boedelscheiding zou worden opgenomen en de belanghebbende daarover wellicht heen zou lezen, zoodat de bedoeling alleen zou zijn afstand bij de scheiding ongeldig te verklaren, doch deze op een later tijdstip toe te laten.

Intusschen zou dan niets eenvoudiger zijn geweest, dan om de formuleering van dat beginsel, zooals het nauwkeurig staat uitgedrukt in art. 1674 C.c. „*dans* le contrat" over te nemen en afstand te verbieden „*bij* de scheiding", doch bovendien faalt het beroep op de uitlating van Asser, wanneer wordt bedacht, dat de boedelscheiding ook vormvrij en mondeling kan worden aangegaan.

Indien de wetgever uitdrukkelijke of stilzwijgende bekrachtiging had willen toelaten, zou ook kunnen zijn volstaan met een verwijzing naar de regeling van artt. 1492 en 1929 B.W., met een afwijking voor het geval de bekrachtiging reeds bij de scheiding zou geschieden. Ik veronderstel dan ook, dat Asser in de boven aangehaalde plaats alleen het meest voor de hand liggende voorbeeld heeft genoemd, doch dat hij daarmede geenszins alle gevallen heeft

---

berustte. Rb. Rotterdam (20 Juni 1929, N.J. 1931, 235) achtte het recht niet verwerkt, doordat benadeelde zijn erfdeel zonder eenig voorbehoud had aanvaard en overwoog, dat de uitdrukkelijke tekst van art. 1166 B.W. allen afstand van het recht, om vernietiging eener scheiding te vragen, van onwaarde verklaart.

willen uitputten, daargelaten dat de bepaling mogelijk door hem is ontworpen, doch dat zij als wetsartikel haar opname in het B.W. dankt aan de geheele wetgevende vergadering.

§ 35. Naast de uitzondering van art. 1161 komt ook die van art. 1164 redelijk voor, doch moest zij uitdrukkelijk worden vermeld, omdat daarbij wordt afgeweken van de door de wet bij een scheiding gewilde gelijkheid. Dit beginsel stond hier tegenover den tegenzin, dien de wetgever tegen aleatoire overeenkomsten blijkt te koesteren. Deze ongunstige beoordeeling heeft een terugkomen op zoodanige overeenkomst doen verbieden en daarom is de bepaling opgenomen, dat bij een een verkoop van erfrecht ten bate of schade des koopers, welke immers in den regel een speculatief element in zich draagt, de rechtsvordering tot vernietiging der boedelscheiding niet wordt toegelaten, wanneer tenminste de verkoop zonder bedrog heeft plaats gehad.

§ 36. Artikel 1164 spreekt van een verkoop, waarbij de eene deelgenoot zijn erfdeel aan één of meer zijner mede-erfgenamen overdraagt. In ander verband is reeds opgemerkt, dat de overdracht van het erfdeel aan den eenigen mede-erfgenaam of aan alle andere deelgenooten, ook al wordt het door partijen als koop gequalificeerd, een scheidingshandeling is. Dat in dit geval het karakter van scheidingshandeling prevaleert, blijkt ook uit art. 1163, waarbij de vordering tot vernietiging wordt toegelaten ten opzichte van elke akte, welke de strekking heeft, om den onverdeelden staat tusschen de mede-erfgenamen te doen ophouden, ongeacht, of deze akte onder den naam van koop en verkoop, ruiling, dading of anderszins mocht zijn aangegaan.

Dit is de weergave en wat het woord „akte" betreft, dat hier „rechtshandeling" en niet „schriftelijk stuk" beteekent, de onjuiste weergave van het oud-Fransche beginsel [1]) „tout premier acte entre cohéritiers est censé partage".

Bij het declaratief karakter der boedelscheiding is moeilijk denkbaar, dat een scheidingshandeling tusschen partijen de essentialia van een koopovereenkomst zal behelzen, omdat uit de scheiding geen verplichting tot levering kan voortvloeien. Intusschen is aan partijen nergens verboden haar rechtshandeling als „koop" of als een andere benoemde overeenkomst te qualificeeren. Gelijk betoogd, is boedelscheiding m.i. geen obligatoire overeenkomst, doch het is zeer goed denkbaar, dat de rechtshandeling bepalingen bevat,

---

[1]) Asser-Meijers, pag. 377.

welke bijv. aan een overeenkomst van ruiling of dading doen denken en dat zij door de deelgenooten aldus wordt bestempeld. Artikel 1163 nu bepaalt, dat in zoodanig geval, waarbij natuurlijk vereischte is, dat door of namens alle mede-gerechtigden aan de handeling is deelgenomen, het karakter van boedelscheiding beslissend is. Dat heeft tengevolge, dat daarop dan ook alle wettelijke bepalingen op het stuk van boedelscheiding, voor zoover deze van dwingend recht zijn, toepassing vinden.

De Hooge Raad [1]) acht art. 1163 B.W. alleen toepasselijk op de eigenlijke toebedeelingshandelingen, waarbij de boedel-bestanddeelen tegen een zekere waarde aan de gerechtigden worden toegescheiden, niet echter op daaraan voorafgegane handelingen, waarbij bijv. wordt vastgesteld, welke deelgerechtigdheid ieder bezit, uit welke bestanddeelen de boedel bestaat, wat moet worden ingebracht e.d. Afspraken, tusschen de gerechtigden gemaakt omtrent rechten van reprise, omtrent de vergoedingsrechten van den man tegenover de vrouw en omtrent de wijze, waarop huwelijksche voorwaarden moeten worden geïnterpreteerd, kunnen volgens den H.R. geen grond opleveren tot vernietiging van een scheiding ter zake van benadeeling.

Tot beter begrip van dit standpunt is het noodig nader op het aan den Hoogen Raad ter beslissing voorgelegde geval in te gaan.

De procedeerende partijen waren gehuwd geweest in gemeenschap van vruchten en inkomsten, terwijl na echtscheiding deze gemeenschap bij notarieele akte was gescheiden. Bij deze akte waren de baten der gemeenschap gewaardeerd op *f* 121.600.—, waarvan aan de vrouw was toegescheiden voor een waarde van *f* 114.100.— en aan den man een vordering op een derde ten bedrage van *f* 7.500.—. De vrouw vorderde vernietiging van de scheiding op grond van benadeeling voor meer dan één vierde, daarbij stellende:

A. dat de inboedel, haar toegescheiden voor *f* 10.000.—, slechts waard was *f* 7.965.—, terwijl daaronder dan bovendien nog ten onrechte waren begrepen goederen tot een waarde van *f* 2.500.—, welke door haar buiten gemeenschap ten huwelijk waren gebracht; de haar voor *f* 1.100.— toegescheiden effecten zouden geen hoogere waarde hebben dan *f* 775.—;

B. dat bij de scheiding was uitgegaan van aan den man toekomende rechten van reprise tot ruim *f* 87.000.—, terwijl dit slechts *f* 5.000.— had mogen zijn;

---

[1]) H.R. 19 April 1940, N.J. en W. 1940, no. 869 met noot E.M.M.

C. dat het bij de scheiding aangenomen vergoedingsrecht van den man tegenover de vrouw verminderd had moeten zijn met twee posten van ruim *f* 400.— en *f* 1.700.—;

D. dat door een onjuiste opvatting van de huwelijksche voorwaarden bij de verdeeling ten onrechte ervan was uitgegaan, dat het nadeelig saldo van de gemeenschap van vruchten en inkomsten, beweerdelijk bedragende *f* 14.494.68 voor de helft ten laste van de vrouw moest worden gebracht.

De Rechtbank had de vrouw niet-ontvankelijk verklaard op grond van de overweging, dat de akte van scheiding, voor wat betreft de punten A., B. en C., zou zijn te beschouwen als een dading, terwijl, voor wat D. betreft, een onjuiste uitlegging der huwelijksche voorwaarden geen grond tot vernietiging der scheiding wegens benadeeling zou kunnen opleveren.

Het Hof bevestigde dit vonnis en oordeelde, dat de in de scheidings-akte voorkomende verklaring, dat partijen de gemeenschap geheel hebben gescheiden en gedeeld en alle vorderingen terzake van het huwelijk met elkander hebben verrekend, onder belofte elkander nimmer tot eenige nadere scheiding te zullen aanspreken en onder afstand van het recht op grond der artt. 1302 en 1303 B.W. ontbinding der scheiding te vorderen, in verband met de voorafgegane onderhandelingen tusschen partijen, strekkende om een geding te voorkomen, de gevolgtrekking wettigden, dat de scheiding een tweevoudige beteekenis had, nl. die van een scheiding en die van een dading. In een dergelijk geval bestond er geen bezwaar die dading op te nemen in de akte van scheiding, valt deze dading niet onder de bepalingen van art. 1163 lid 1 en kan daartegen niet uit hoofde van benadeeling worden opgekomen en dus evenmin tegen de scheiding, waarop die dading betrekking heeft.

Bij het eerste cassatie-middel werd namens de vrouw betoogd, dat een vordering tot vernietiging eener boedelscheiding op grond van benadeeling, meer dan een vierde gedeelte bedragende, volgens de wet toewijsbaar is, indien de onverdeeldheid door partijen is beëindigd op een wijze, welke het objectief vast te stellen resultaat heeft gehad, dat de eischende partij voor meer dan een vierde is benadeeld en dit niet anders wordt, indien partijen bij de voorbereidende werkzaamheden of tegelijkertijd zooveel mogelijk hebben getracht een geding te voorkomen en zij daarvan in de akte hebben doen blijken, staande het noch aan partijen, noch aan den rechter vrij dergelijke vordering tot vernietiging eener boedelscheiding uit te sluiten of af te wijzen op grond van welke overeen-

komsten, tusschen partijen ook gemaakt, ongeacht of deze al of niet in de akte van scheiding zijn opgenomen.

De Hooge Raad verwierp het beroep met de navolgende rechtsoverwegingen:

„dat het eerste middel aan de orde stelt de beteekenis, welke moet worden toegekend aan het eerste lid van art. 1163 B.W., doch de daarbij verdedigde opvatting niet kan worden aanvaard;

dat volgens dat eerste lid de handeling, waartegen de rechtsvordering tot vernietiging geëischt kan worden, ten oogmerk moet hebben, om den onverdeelden staat tusschen de gerechtigden te doen ophouden;

dat met de scheiding op één lijn worden gesteld een aantal overeenkomsten, waarbij onder anderen titel eigendom van een tot den boedel behoorend goed aan een of meer gerechtigden overgaat;

dat dit duidelijk uitkomt in het tweede lid, dat spreekt van „de boedelscheiding of een daarmede gelijkstaande acte", welke zinsnede een vertaling is van de woorden „le partage ou l'acte qui en tient lieu" uit art. 888 van den Code civil, aan welk voorschrift art. 1163 is ontleend;

dat hieruit blijkt, dat de vordering tot vernietiging is beperkt tot de eigenlijke toebedeelingshandelingen, waarbij de goederen van den boedel tegen een zekere waarde aan de gerechtigden worden toegescheiden, doch zich niet uitstrekt tot voorafgaande handelingen, welke betrekking hebben op vragen als deze: tot welk deel ieder gerechtigd is, welke rechten of verplichtingen een gerechtigde jegens den gemeenen boedel heeft, wat moet worden ingebracht, en dergelijke;

dat uit een en ander voor deze zaak volgt, dat overeenkomsten en afspraken, welke tusschen de gerechtigden getroffen zijn omtrent rechten van reprise, omtrent vergoedingsrechten van den man tegenover de vrouw en omtrent de wijze, waarop de huwelijksche voorwaarden moeten worden verstaan, — derhalve hetgeen hierboven onder B., C. en D. uit de inleidende dagvaarding, als grondslag voor de vordering is weergegeven — geen grond kunnen opleveren tot vernietiging van de scheiding wegens benadeeling;

dat, ware in beginsel denkbaar, dat de onder A. aldaar vermelde toescheiding daartoe wel aanleiding zou kunnen geven, niettemin nimmer is volgehouden, dat op dien grond alleen vernietiging zou moeten plaats vinden, en terecht, nu van benadeeling van 1/4, bij een beweerd verschil in waarde van ongeveer *f* 5.000.— op een toebedeeling van over de *f* 100.000.— geen sprake kan zijn;

dat derhalve, wat er zij van de door het Hof gegeven overwegingen, in ieder geval op grond van art. 1163 met juistheid de niet-ontvankelijkheid van de ingestelde vordering is uitgesproken."

Blijkens zijn noot onder het arrest, kan Prof. Meijers zich daarmede vereenigen en ziet hij daarin een bevestiging van zijn eigen standpunt.

Ik acht het resultaat zeer onbevredigend en meen, dat de door den Procureur-Generaal voorgestelde oplossing de juiste is.

De Procureur-Generaal betoogde, dat de stelling, geformuleerd bij het bovengenoemde cassatie-middel deze was, dat een dading, welke mede strekt om de onverdeeldheid te doen ophouden, niet aan de mogelijkheid van vernietiging wegens benadeeling ontsnapt en dat daarom voor een niet-ontvankelijkheid zou moeten blijken van een volkomen naast de eigenlijke scheiding staande dading. Uit de redactie van het tweede lid van art. 1163, dat spreekt van een dading, getroffen om de wezenlijke zwarigheden van de eerste akte uit den weg te ruimen, blijkt volgens den P.G., dat ook in het eerste lid niet alleen valt te denken aan een scheiding, welke onder den naam van dading is voltrokken, doch eveneens aan iedere werkelijke dading, welke het oogmerk heeft om den onverdeelden staat tusschen partijen te doen ophouden. Deze opvatting vindt steun in de geschiedenis van het overeenkomstige art. 888 C.c. Daaruit blijkt, dat de onaantastbaarheid van een in den vorm van een dading tot stand gekomen boedelscheiding werd verworpen, omdat men processen over het wezenlijke karakter der scheidingsakte wilde voorkomen en dat men, uitgaande van de gelijkheidsgedachte, de scheiding in beginsel vernietigbaar wilde verklaren wegens benadeeling, onverschillig „de quelque couleur qu'on l'ait déguisé" en dat, omdat er eens een einde moest komen aan de mogelijkheid van ontbinding, een dading, welke *na* de scheiding is aangegaan omtrent de daaruit voortgekomen wezenlijke zwarigheden, onherroepelijk behoort te zijn (d.w.z. in dien zin, dat zij niet als scheiding kan worden aangetast).

Voor zoover uit de weinig duidelijke formuleering [1]) van het arrest valt op te maken, meen ik, dat de H.R. een te enge inter-

---

[1]) M.i. valt daaruit nl. niet te lezen, welke beteekenis de H.R. aan de door Rechtbank en Hof aangenomen dading toekent en zelfs niet, of deze constructie juist wordt geacht. In verband daarmede kan ik ook niet, zooals Prof. Meijers blijkens zijn noot, in het arrest principieel zien uitgedrukt, dat art. 1158 B.W. in geen enkel geval toepasselijk zou zijn, wanneer tengevolge van een onjuiste opvatting omtrent de grootte van het aandeel, waartoe de deelgenoot gerechtigd is, benadeeling met meer dan 1/4 intreedt.

pretatie aan het begrip „scheidingshandeling" geeft en dat in de wet geen steun is te vinden voor de opvatting, dat hieronder alleen de eigenlijke toebedeelingshandelingen zouden zijn te begrijpen. Ik meen, dat volkomen terecht ook bijv. de vaststelling van de bestanddeelen van den boedel en die van de breuk, waartoe ieder deelgenoot gerechtigd is, kunnen worden aangemerkt als noodzakelijke handelingen, strekkende om tot opheffing der onverdeeldheid te komen en dat juist daarbij in het bijzonder dient te worden in acht genomen de door de wet in beginsel verlangde gelijkheid. Van dit principe blijft weinig over, wanneer al de materieele gedragingen van partijen, in verband met den boedel verricht en dienende om de uiteindelijke toescheiding voor te bereiden, in tegenstelling met de n.b. daarop gebaseerde formeele toewijzing zelve, niet als scheidingshandelingen worden opgevat en het leerstuk der benadeeling daarop geen toepassing zou vinden.

Tot de „eigenlijke toebedeelingshandelingen" wordt door den H.R. naast de toescheiding ook het waarde-element gerekend. Dit schijnt niet zeer consequent, doch zonder deze toevoeging zou de actie wegens benadeeling door den H.R. ook niet zijn erkend voor het geval van onjuiste taxatie. Wat is echter bij een tegenstelling tusschen de eigenlijke toescheiding eenerzijds en de voorafgaande handelingen anderzijds het principieele verschil tusschen het vaststellen van de breuk, waarvoor elk der deelgenooten gerechtigd is, het bepalen van de bestanddeelen van den boedel en het taxeeren van de waarde daarvan? Deze taxatie is evengoed een voorbereidingshandeling als de andere genoemde en de woorden „tegen zekere waarde" zouden dan ook met de eigenlijke toescheiding evenmin in één adem dienen te worden genoemd als bijv. de woorden „volgens de vastgestelde grootte van zijn aandeel". Hieruit blijkt, dat het onderscheid niet scherp is getrokken en doorgevoerd en dat niet alleen de taxatie der goederen, doch ook alle handelingen, welke dienen om uit de onverdeeldheid te geraken, als scheidingshandelingen moeten worden aangemerkt.

Daar in het door den H.R. berechte geval niet-ontvankelijkheid is uitgesproken en geen ontzegging van den eisch, blijft de mogelijkheid open, dat de H.R. een ander rechtsmiddel wel toelaatbaar zou achten, doch m.i. zou het dan in de rede hebben gelegen, dat de H.R., hoewel daartoe natuurlijk niet verplicht, aan de teleurgestelde eischeres een aanwijzing had verstrekt, in welke richting zij dit zou hebben te zoeken.

§ 37. In zijn noot betoogt Prof. Meijers, dat voor het standpunt van den H.R. in redelijkheid veel valt te zeggen, omdat niet zou

kunnen worden ingezien, waarom een deelgenoot, die na de scheiding een testament vindt, dat hem tot universeel erfgenaam instelt, zich gedurende 30 jaar na het overlijden van den erflater op dit testament zou kunnen beroepen, terwijl hij binnen 3 jaar tegen de scheiding zou moeten opkomen, wanneer het testament hem voor 7/8 erfgenaam maakt.

Dit schijnt mij echter geen argument tegen het toekennen der speciale benadeelingsactie, wanneer deze tijdig wordt ingesteld, omdat ik meen, dat daarnaast zeer wel een rechtsvordering op geheel anderen grondslag mogelijk is [1]), bijv. eene uit onverschuldigde betaling. Waarom zou een partij, wanneer tegenover haar bij een overeenkomst wanpraestatie is gepleegd, welke tevens de elementen van een onrechtmatige daad in zich draagt, de keuze hebben tusschen de contracts-actie en die ex art. 1401 B.W., doch zou deze keuze moeten worden onthouden aan de partij, die bij een boedelscheiding is benadeeld en door wie, in verband daarmede, tevens onverschuldigd is betaald?

§ 38. Hoewel ook daarbij misbruik nog niet geheel is uitgesloten, is de bepaling van het tweede lid van artikel 1163 op praktische gronden aanvaardbaar. Ik zie hierin ook een door de wet zelve gegeven en daarom alleen geldige uitzondering op het beginsel van art. 1166. Wanneer partijen na de scheiding een procedure wenschen te voorkomen en zij de voorwaarden om dit te verwezenlijken in een dading willen vastleggen, dan wordt daarmede bereikt, dat de wellicht moeizaam tot stand gekomen scheiding blijft bestaan.

Het spreekt vanzelf, dat deze latere dading onderworpen blijft aan haar eigen wettelijke voorschriften.

§ 39. Wanneer de scheiding bij rechterlijk vonnis is vernietigd, kan, behoudens in het geval van art. 1160 B.W., opnieuw scheiding en deeling worden gevorderd volgens de gewone regelen. De Code Napoléon bevatte geen oplossing voor het geval, dat derden rechten hadden verkregen op bestanddeelen van een boedel, welke vernietigd werd en herscheiden moest worden.

---

[1]) Aldus ook Suyling-Dubois, no. 295, die o.m. betoogen, dat het van de omstandigheden (en van de gevolgen) zal afhangen, aan welke actie de betrokkene de voorkeur geeft. Wanneer de actie ex art. 1158 3°. reeds vervallen is, staat het den tekortgedanen deelgenoot nog altijd vrij zijn recht op vergoeding bijv. wegens verrijking zonder oorzaak te doen gelden. Dat de eene actie niet meer gebruikt kan worden, doet aan het voortbestaan van de andere immers niet af.

Volgens den regel, dat met het recht zelf ook de daaraan klevende onvolkomenheid op den verkrijger overgaat, bracht dit met zich, dat bij de vernietiging der boedelscheiding het recht van den derdeverkrijger dit lot deelde [1]). Jegens derden te goeder trouw werkte dit echter onbillijk, zoodat de bepaling van art. 1165, dat „herscheiding, na de vernietiging der boedelscheiding gedaan, geen nadeel kan toebrengen aan de rechten bevorens wettiglijk door derden verkregen" rationeel is, mits haar toepassing dan ook inderdaad beperkt blijft tot derden te goeder trouw.

§ 40. Algemeen wordt aangenomen [2]), dat de in art. 1162 genoemde verjaringstermijn voor het instellen van de vordering tot vernietiging een fatale is, dus een vervaltermijn, welke mede loopt ten nadeele van onbekwamen, niet geschorst of gestuit kan worden en door den rechter ook ambtshalve moet worden toegepast. Het voorschrift zal zijn ontstaan uit een verlangen naar rechtszekerheid, voortspruitende uit de gedachte, dat een eenmaal tot stand gekomen boedelscheiding niet te lang aan de mogelijkheid van vernietiging mag worden blootgesteld.

Uit de plaatsing van het artikel dient te worden afgeleid, dat de termijn alleen geldt voor de vordering tot vernietiging wegens één der in art. 1158 eerste lid genoemde gronden [3]).

§ 41. Mijn vorenstaande beschouwingen kan ik aldus samenvatten, dat de actie van art. 1158 3°. B.W. den benadeelde bij een boedelscheiding in beginsel is toegekend voor ieder geval, waarin zich een benadeeling voor meer dan één vierde gedeelte objectief voordoet, omdat daaraan ten grondslag ligt een presumptie van misbruik van moreel overwicht aan de zijde van de wederpartij of van economische factoren. Ingeval van schenking in den wettelijken vorm dient tevens tegenover den benadeelde het bewijs te worden geleverd, dat hij niet in nood handelde. Overigens zijn de uitzonderingen op het beginsel limitatief in de wet vermeld.

§ 42. Een bijzondere toepassing van de benadeelings-gedachte wordt tenslotte nog aangetroffen in art. 1170 B.W., waarbij de verdeeling door bloedverwanten in de opgaande lijn tusschen hun

---

[1]) Vgl. Opzoomer, IV, pag. 507; Klaassen-Eggens, pag. 565 e.v.

[2]) Rb. Winschoten 28 Juni 1922, W. 11023; Asser-Meijers, pag. 381; Klaassen-Eggens, pag. 564 en Suyling-Dubois no. 294.

[3]) Aldus ook de Advocaat-Generaal bij den H.R. in de conclusie, voorafgaande aan het boven aangehaalde arrest van 25 November 1870, W. 3272.

afkomelingen onderling of tusschen dezen en hun langstlevenden echtgenoot ten aanzien hunner goederen gemaakt, aantastbaar wordt verklaard uit hoofde van benadeeling, wanneer deze meer dan één vierde bedraagt.

Het bijzondere is vooreerst hierin gelegen, dat in dit geval niet de meerzijdige scheidingshandeling, doch de eenzijdige beschikking van den ascendent kan worden vernietigd. Verder dient hier voor de beantwoording van de vraag, of benadeeling voor meer dan 1/4 heeft plaats gehad, alleen rekening te worden gehouden met de massa der verdeelde goederen, zonder dat daarbij de overige goederen van den ascendent in aanmerking komen.

Dus kan bijv. een kind, dat het grootste gedeelte van de goederen van den erflater heeft ontvangen, toch een beroep op benadeeling doen, wanneer het door de uiterste wilsbeschikking of de notarieele akte, waarbij de in art. 1167 bedoelde verdeeling en scheiding is gemaakt, voor meer dan 1/4 wordt benadeeld in de waarde der *daarbij* verdeelde goederen.

Omgekeerd kan een kind, welks legitieme portie is geschonden, geen aanval op de scheiding doen, wanneer het door vroegere schenkingen aan derden niet zijn legitieme deel in den door den ascendent gescheiden boedel heeft ontvangen. Immers betwisting wordt bij schending der legitieme alleen toegelaten, wanneer de verdeeling (dus tusschen de erfgenamen) en hetgeen met vrijstelling van inbreng (dus wederom van de erfgenamen) is vooruit gemaakt, het wettelijk erfdeel van één der afkomelingen heeft verkort. In dit geval is echter ook een geringere benadeeling dan voor meer dan één vierde voldoende grond voor vernietiging. Daarbij is kennelijk niet gedacht aan een oorzaak, welke bij de gewone boedelscheiding tot benadeeling kan leiden, doch aan de bedoeling van den erflater, om het kind in zijn legitieme te benadeelen [1]).

Ten aanzien van de erfgenamen is de verdeeling door den ascendent aan te merken als een boedelscheiding [2]). Daar de scheiding van kracht wordt op den dag van het overlijden van den erflater, is de waarde der goederen op dat tijdstip beslissend voor de vraag, of benadeeling heeft plaats gevonden en begint de vervaltermijn der actie tot vernietiging op dezen datum te loopen.

Overigens zijn op de vernietiging wegens benadeeling de bepalingen van de 4de afdeeling van boek II, titel XVI toepasselijk.

Alleen wordt in art. 1171 nog bepaald, dat bij betwisting der verdeeling de kosten, tot de schatting der goederen vereischt,

---

[1]) Vgl. Asser-Meijers, pag. 389.

[2]) Asser-Meijers, pag. 383.

moeten worden voorgeschoten door dengeen, die de scheiding aantast en dat deze kosten te zijnen laste blijven, wanneer de betwisting ongegrond wordt bevonden.

(Asser)-Meijers (pag. 376) schijnt aan de regeling omtrent de taxatie-kosten een argument te ontleenen voor zijn stelling, dat onder benadeeling in het algemeen slechts is te verstaan die, welke het gevolg is van een onjuiste schatting van het voorwerp der rechtshandeling.

Ik meen daarentegen, dat uit de omstandigheid, dat het voorschrift alleen wordt aangetroffen bij een klacht wegens benadeeling bij de verdeeling door een ascendent en niet bij de gewone boedelscheiding, valt af te leiden, dat, nu hier niet wordt opgekomen tegen een scheiding, waaraan de partijen zelve hebben medegewerkt en waarvoor zij dus gezamenlijk verantwoordelijk zijn, met het voorschieten der schattingskosten wordt belast degene, die tegenover de door den erflater gewilde passiviteit tot een aanval op de verdeeling overgaat. Bij een klacht wegens benadeeling, uit welke oorzaak ook, is het nu eenmaal noodzakelijk, dat cijfers worden verstrekt en, terwijl bij de gewone scheiding deze in den regel door partijen in onderling overleg zijn aangenomen of op de door de wet voorgeschreven wijze zijn vastgesteld, is het zeer wel denkbaar, dat door den erflater slechts een verdeeling geheel of gedeeltelijk in goederen, zonder opgave van waarde, is gemaakt. Evenals dat in het algemeen ten aanzien van deskundigen-bericht in art. 232 Rv. is bepaald, worden ook hier de taxatiekosten voorloopig gebracht ten laste van dengene, die de schatting heeft verzocht. Wanneer diens vordering ongegrond wordt bevonden, blijven deze kosten voor zijn rekening, terwijl in het andere geval liquidatie plaats heeft op de wijze, bij art. 56 Rv. bepaald [1]).

---

[1]) Aldus ook Asser-Meijers, pag. 390 en Klaassen-Eggens, pag. 574; anders Suyling-Dubois, pag. 425, noot 3, Diephuis IX, pag. 400, Land, Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, III (2e druk, 1902), pag. 288 en Klaassen (4e druk), pag. 507, die in dat geval de schattingskosten ten laste van den boedel willen brengen; de kosten, aangewend om te komen tot vernietiging eener boedelscheiding, zijn echter eerder aan te merken als proces- dan als boedelkosten; bovendien is laatstbedoelde oplossing onbillijk tegenover den eischer, die zijnerzijds ook het kosten-risico heeft geloopen.

INHOUD.

STELLINGEN.

I.

Benadeeling is eerst ten tijde van Justinianus als grond voor ontbinding eener overeenkomst blijvend in het Romeinsche privaatrecht opgenomen.

II.

Rechtstreeksche invloed van het Christendom op het verbintenissenrecht van het Corpus juris civilis is niet aan te toonen.

III.

De heerschende leer, dat benadeeling alleen grond voor vernietiging eener boedelscheiding oplevert, wanneer zij voortkomt uit dwaling, is onjuist.

IV.

Ten onrechte wordt door Klaassen-Eggens (Huwelijksgoederen-en erfrecht, 6de druk, blz. 564) geleerd, dat art. 1161 B.W. ook geldt voor benadeeling.

V.

De wijziging, bij de Wet van 7 Augustus 1933, Stbl. no. 431, gebracht in het eerste lid van artikel 16 der Wet van 22 Mei 1845 op de invordering van 's Rijks directe belastingen, is geenszins als een verbetering aan te merken.

VI.

Het bestuur van een waterschap is niet bevoegd aan eigenaren van gronden onderhoudslasten op te leggen.

VII.

Fiscale delicten dienen met geldstraffen te worden gecorrigeerd.

STELLINGEN

I.

Benadeling is geen ten tijde van Justinianus als grond voor onttinding zoner overeenkomst tijdens in het Romeinsche privaatrecht opgenomen.

II.

Rechtsfictieleer invloed van het Justinianeum op het verbintenissenrecht van het Corpus Juris civilis is niet aan te toonen.

III.

De beperkende leer, dat benadeling alleen grond voor vernietiging geeft bedelechtelijking opleveren, wanneer zij voortkomt uit dwaling, is onjuist.

IV.

Ten onrechte wordt door Klaasen-Eggens (Burgerlijkrechtelijke encyclopedie, 1e druk, blz. 501) gelezen *dat* art. 1161 B.W. ook geldt voor benadeling.

V.

De uitspraak, bij de Wet van 7 November 1927, Stbl. no. 421, gebieden, is het eerst in het jaar 1928 uitgevoerd. In die Wet van 22 Mei 1928 op de invoering van a Rijks-strafrechtelijkregeling is gewezen als een verletting aan te merken.

VI.

Het bestuur van een waterschap is niet bevoegd aan eigenaren van gronden onderhoudsplichtig op te leggen.

VII.

Plaats delicten dienen met gelijkstellen te worden geconstrueerd.

VIII.

De notaris, die door hem ontvangen aflossing en rente eener hypothecaire geldleening niet aan den rechthebbende afdraagt, pleegt niet het ambtsdelict, omschreven bij artikel 359 van het Wetboek van Strafrecht.

IX.

De notaris, die opzettelijk een onware balans openbaar maakt, is deswege niet strafbaar ingevolge eenige bepaling van het Wetboek van Strafrecht.

X.

Artikel 345 van het Wetboek van Strafvordering dient te worden gewijzigd in dien zin, dat onmiddellijk na afloop van het onderzoek ter terechtzitting uitspraak wordt gedaan, behoudens in geval van gewichtige beletselen.

XI.

De jurisprudentie, welke onder „voorwerp", bedoeld in artikel 544a lid twee van het Wetboek van Koophandel een schip niet begrijpt, houdt geen rekening met de feitelijke verhoudingen in de scheepvaart.

XII.

De commissaris eener naamlooze vennootschap is terzake van schending van een rechtsplicht ook tegenover de aandeelhouders aansprakelijk.

A