

OVER OORZAAK EN TITEL BIJ DIEPHUIS EN OPZOOMER

W.J. Zwalve

*"Er kunnen van één en hetzelfde
ding vele oorzaken bestaan en dit
niet alléén op grond van het toeval"*
Aristoteles¹

Ik heb, dames en heren, eens geschreven dat een moderne jurist nog steeds met vrucht kan kennis nemen van de geschriften van Diephuis en Opzoomer². Er is om die uitlating wel eens gelachen, opmerkelijk genoeg niet door de beoefenaren van het hedendaagse burgerlijke recht, maar juist door rechtshistorici. Het is, zo moet u namelijk weten, niet ongebruikelijk de ontwikkeling van het privaatrecht voor te stellen als een organisch proces dat zich in de geschiedenis afspeelt. Deze door de pre-Darwiniaanse biologie geïnspireerde voorstelling van zaken is sinds Savigny, vooral onder rechtshistorici, een gemeenplaats geworden. Zij kan wanneer men haar al te serieus neemt en zeer zeker wanneer zij gepaard gaat aan een naïef vooruitgangsgeloof, aanleiding geven tot een ernstige vertekening van de aard van de geschiedenis van het Europese privaatrecht. De verleidelijke gedachte ligt voor de hand in de geschiedenis daarvan een nagenoeg voorbestemde ontwikkeling te zien niet ongelijk aan de groei van een eik: het romeinsrechtelijke zaadje, geplant door Imerius, is via de glosse en de commentatoren, de invloed van het canonieke recht en het costumiere recht, de *usus modernus*, het natuurrecht en de negentiende eeuwse pandektistiek uitgegroeid tot een krachtige boom, met vele fijne vertakkingen, die nauwelijks nog gelijkenissen vertoont met de tere loot die ooit in de vruchtbare grond van de middeleeuwse geest werd geplant. Ik voor mij krijg steeds meer aarzelingen bij die metafoor. Naarmate men voortschrijdt in de kennis van het recht (hetgeen niet noodzakelijkerwijze hetzelfde blijkt te zijn als die van zijn

1. *Metaphysica* V,2 (1013^b,5).

2. Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis, Groningen 1986, p. 283 (125).

geschiedenis), ontvouwt zich - althans voor mijn ogen - een geheel ander, cyclisch beeld van telkens terugkerende keuzemogelijkheden die verschillen in rechtsgevolgen impliceren, maar waarvan elk voor zich een zekere eeuwigheidswaarde bezit omdat zij alle voortvloeien uit de noden van de menselijke ervaring die tamelijk constante zijn. Men beziet de eik nu eens van onderen, dan weer van boven; nu eens dicht bij de stam, dan weer van grote afstand. In al deze gevallen is slechts het perspectief verschillend, maar de eik is steeds dezelfde, al lijkt hij dan ook vanuit het ene standpunt anders dan vanuit het andere. Neem nu het leerstuk van de oorzaak van de overeenkomst en de *causa* van de eigendomsoverdracht.

"Men kan zich", schrijft Diephuis³, "maar moeilijk los maken van het Romeinsche regt, waarvan de invloed niet weinig bevorderd wordt door de opmerkelijke volharding, waarmede ook bij ons het gebruik in stand wordt gehouden van termen, aan dat regt ontleend, en bepaaldelijk ... van het woord: *causa*"⁴. Inderdaad heeft het Romeinse begrip *causa* een verwarrende werking gehad in verband met het oorzaak-vereiste van de artt 1356 en 1371 OBW, waarin Diephuis deze verzuuchting plaatst. Mij dunkt echter dat een nog veel groter verwarring is "veroorzaakt" door de vele betekenissen die door de middeleeuwse wijsbegeerte, inzonderheid haar ontologie, aan het begrip *causa* werden verbonden. De scholastieke methode namelijk is, aanvankelijk bewust, later uit kracht der traditie, eeuwenlang de juridische methode bij uitstek geweest en tot op zekere hoogte kan men zeggen dat zij dat nog steeds is. Welke rol dan speelde het *causa*-begrip daarin?

Al het voor zich bestaande heeft zijn oorzaak⁵. Ziedaar de fundamentele grondstelling van de scholastiek. Het is een filosofisch dogma dat diepe sporen in het recht

3. Het Nederlandsch Burgerlijk Regt X, Groningen 1886, p. 409.

4. "Is het latijnsche *causa*", zo vervolgt hij (t.a.p., noot 2), "hetzelfde als ons oorzaak, waarom dan bij voorkeur het vreemde woord gebezigt, waar wij in onze taal spreken over ons regt? Betekent het eerste niet hetzelfde als het laatste, mogen wij dan, over ons regt sprekende in onze taal, in plaats van ons woord, dat ook onze wet bezigt, bij voorkeur het vreemde gebruiken? Is de betekenis van het laatste velerlei, gelijk immers het geval is, en is het dus meer dan dubbelzinnig, hoe kan dan het gebruik daarvan betrouwbaar en onschadelijk wezen? ... Hoe kan dat gebruik dan anders dan bedenkelijk zijn?"

5. Thomas, *Summa Theologica*, I, Quaestio 115, art. 6: "Omne quod est per se habet causam". Zie ook Cicero, *Topica* XVII,63: "nihil sine causa". Ik laat de leer der accidentalia hier buiten beschouwing.

heeft nagelaten. Zijn receptie binnen de middeleeuwse privaatrechtelijke dogmatiek betrof niet alleen het beroemde en beruchte leerstuk van de oorzaak van de overeenkomst, een strijdpunt dat Diephuis en Opzoomer verdeeld hield, maar ook dat van de oorzaak der eigendomsoverdracht, een onderwerp waarover zij ook van mening verschilden: de middeleeuwer was geneigd het gehele vermogensrecht vanuit dat wijsgerig axioma te begrijpen. In het bijzonder de leerstelling *cessante causa, cessat effectus*⁶ houdt het vermogensrecht tot op de dag van vandaag in haar greep. Men wijzige één letter in de stelling en zij verkrijgt geheel andere juridische implicaties. De stelregel *cessante causa cesset effectus* immers wijst door het gebruik van de optatieve conjunctivus in een geheel andere richting dan de stellige indicativus. Nu is het echter één ding om aan te nemen dat alles - en dus ook de overeenkomst en de eigendomsoverdracht - zijn oorzaak moet hebben; het is een ander om te preciseren waaruit die oorzaak bestaat. De middeleeuwse scholastiek kende een veelheid van oorzaken, want men dient in alles te distingueren. Thomas onderscheidt er in navolging van Aristoteles⁷ tenminste vier⁸: de *causa materialis*, de *causa formalis*, de *causa efficiens* en de *causa finalis*. Het is verhelderend deze veelheid van oorzaken en hun onderlinge verhouding aan de hand van de totstandkoming van een boek te illustreren. De *causa materialis* is dan het onderwerp van het geschrift, de *causa formalis* is de behandelingswijze van de stof, de *causa efficiens* is de auteur en de *causa finalis* is het doel dat met het boek wordt nagestreefd. In het bijzonder nu de verhouding tussen de *causa efficiens* en de *causa finalis* geeft tot op de dag van vandaag aanleiding tot begripsmatige moeilijkheden. Want welke *causa* bedoelden wij eigenlijk tot op 1 januari 1992 wanneer wij stelden dat een overeenkomst "een" oorzaak moet hebben en welke "oorzaak" hebben wij eigenlijk op het oog wanneer wij ook nu nog betogen dat aan de eigendomsoverdracht "een" *iusta causa* ten grondslag moet liggen⁹?

6. Thomas, O.c., Suppl., Quaestio 55, art. 2, n° 1.

7. Metaphysica V,2 (1013^a,24 e.v.).

8. Thomas, Summa Theologica, Secunda secundae, Quaestio 27, art. 3, n° 3.

9. Indien men zich de vraag stelt of rechtshandelingen in het vermogensrecht "causale" dan wel "abstracte" werking hebben (zie, bijvoorbeeld, F.H.J. Mijnsen, Causale en abstracte rechtshandelingen in het vermogensrecht, Alphen a.d. Rijn 1979) verdient het aanbeveling allereerst nader te definiëren in welke zin men de "causa" van een rechtshandeling verstaat. Zo is, bijvoorbeeld, onder het oude *ius commune* nooit en te nimmer bestreden dat de eigendomsoverdracht "causaal" is. Het probleem is echter dat men onder de "causa" van de eigendomsoverdracht verschillende zaken kan

Het *causa*-begrip bij de eigendomsoverdracht levert voor studenten (en het is tot hen dat ik mij hier richt) de minste problemen op. Zij zijn gewend die te definiëren als het logisch aan de levering voorafgaande tot levering verplichtende rechtsfeit. De *causa* wordt aldus opgevat als een obligatoir rechtsfeit; zij is altijd - zo denken zij althans te mogen aannemen - een verbintenis. Wanneer daarom de verbintenis aan de eigendomsoverdracht ontvalt, bijvoorbeeld doordat zij wordt vernietigd, sleept zij de ter uitvoering daarvan geschiede overdracht in haar val met zich mede: *cessante causa cessat effectus*! Zo hebben zij, zonder zich daarvan veelal bewust te zijn, het oorzaak-begrip bij de eigendomsoverdracht geduid als een *causa efficiens*. Dat zij dit tegenwoordig zo vanzelfsprekend doen, is het gevolg van een recente ontwikkeling, te weten die welke haar begin heeft in enige beschouwingen van Opzoomer omtrent art. 1395 OBW en haar afsluiting vond in het arrest van de Hoge Raad inzake *Damhof-De Staat* (HR 5 mei 1950, NJ 1951,1). Sindsdien zijn wij weer, zoals ook reeds Diephuis deed, als vanzelfsprekend gaan aannemen dat onder het begrip "een regtstitel van eigendoms-overgang" in art. 639 OBW een *causa efficiens* dient te worden verstaan. Indien men evenwel het begrip oorzaak in art. 639 OBW en art. 3: 84, lid 1 BW begrijpt als een *causa finalis*, komt men tot geheel andere resultaten. Zodra men de "oorzaak" ener overdracht begrijpt als het DOEL dat de daarbij betrokken partijen beogen, ontvouwt zich een geheel ander beeld. Men kan een zaak overdragen met de bedoeling de accipiens de eigendom daarvan te verschaffen, men kan het ook doen zonder die bedoeling te hebben. Indien de *causa* van een eigendomsoverdracht wordt verstaan als de bedoeling van de tradens daardoor eigendom te doen overgaan, indien zij dus wordt begrepen als *causa finalis*, dan gaat er eigendom over zelfs wanneer er geen geldige verbintenis tot eigendomsoverdracht aan de levering ten grondslag ligt, mits het de bedoeling van de tradens was de eigendom door de levering te doen overgaan. In deze zin nu werd het oorzaak-vereiste in art. 639 OBW begrepen door Opzoomer¹⁰. Hij onderbouwt deze opvatting uitvoerig aan de hand van art. 1395, lid 1 OBW, waarin de vordering uit onverschuldigde betaling wordt behandeld¹¹. Het bestaan van de

verstaan, zodat het mogelijk is een "causale" eigendomsoverdracht voor te staan die "abstracte" werking heeft!

10. Het Burgerlijke Wetboek verklaard, Derde deel, Amsterdam 1876, p. 258 (3).

11. o.c., Zesde deel, Amsterdam 1879, p. 223 e.v.

condictio indebiti is namelijk sinds de glosse¹² het bewijs geweest voor de stelling dat eigendom ook overgaat zonder dat er een geldige verbintenis bestaat die tot eigendomsovergang verplicht. "Hoe men zelfs voor het Romeinsche recht het tegendeel kon beweren, is mij een raadsel" verzucht Opzoomer¹³. Het enige waar het naar zijn gevoelen in het Romeinse recht op aan kwam was de wil van de eigenaar om eigendom van de zaak over te dragen en naar het heersende Nederlandse recht van zijn dagen zou het niet anders zijn¹⁴. Inderdaad is deze "finale" interpretatie van het *causa*-vereiste bij de eigendomsoverdracht sinds de glosse nagenoeg overal waar het *ius commune* heeft gegolden, de heersende leer geweest¹⁵. Tegenwoordig is zij dat nog slechts in Duitsland.

Uiteraard was Diephuis een geheel andere opvatting toegedaan dan Opzoomer. Voor hem vormde de voorafgaande oorzaak, de *causa praecedens*, de oorzaak van de eigendomsoverdracht, waaronder hij verstond "eene handeling (...) bestemd en geschikt om tot eigendomsoverdracht te leiden, als koop en verkoop, ruiling, schenking; eene handeling die (...) de rechtsgrond is die door de levering de eigendom doet overgaan"¹⁶. Hij maakt weinig woorden vuil aan het oorzaakvereiste in art. 639 OBW, evenmin trouwens als de meeste zijner tijdgenoten¹⁷. Voor de meesten hunner immers (Opzoomer was een uitzondering) stond het vast dat het BW van 1838 slechts een extra vormvoorschrift aan die van de Code had

12. Zie Glossa "iusta causa" ad D. 41,1,31 pr.: (iusta causa) vera vel putativa alioquin si dicas ex putativa non transferri dominium: totus titulus de condictione indebiti repugnaret: qui titulus habet locum quando transfertur dominium alicuius rei ex putativa causa.

13. o.c., p. 224.

14. o.c., p. 225: "Die iusta causa toch is niets anders dan de wil van den eigenaar, om den eigendom der zaak over te dragen (...) Geheel hetzelfde geldt ten opzichte van ons recht".

15. Zie, bijvoorbeeld, Vinnius, In IV Libros Institutionum Imperialium Commentarius, Amsterdam 1659, 2,1,40, § 10 en in het bijzonder Hugo Donellus, Commentarii de Iure Civili, Lib. IV, Cap. XVI, art. VII (in: Opera Omnia I, Lucca 1762, col. 742 e.v.) op wie zich Opzoomer nadrukkelijk beroept. Vergelijk ook Van Apeldoorn, WPNR 3130-3131 en Meijers, WPNR 2452-2456 (ook in: Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen II, Leiden 1955, p. 81 e.v.). De enige, mij bekende, Hollandse uitzondering is Voet, Commentarius ad Pandectas 4,3,3. Men treft hier een uiterst "modern" ogende "causale" uiteenzetting aan, die zelfs wordt gestaafd met een verwijzing naar rechtspraak, te weten Corn. Neostadius, Utriusque Hollandiae, Zelandiae, Frisiaeque Curiae Decisiones, 's Gravenhage 1667, Decisiones supremi senatus (Hoge Raad), dec. 5. Zie voor het juiste begrip van deze uitspraak, Meijers, t.a.p. (Verz. Privaatr. Opstellen II) p. 98-99.

16. Het Nederlandsch Burgerlijk Recht VI, Groningen 1880, p. 91.

17. Vgl., bijvoorbeeld, C. Asser, Handleiding tot de Beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Tweede Deel, Zwolle 1890, p. 80.

toegevoegd, te weten de levering. Naar het systeem van de Code civil gaat eigendom over "par l'effet des obligations" zonder dat een daaropvolgende bezitsverschaffing (*délivrance*) is vereist (art. 711; 1138; 1583 Cc) en is dus de geldigheid van de verbintenis tot eigendomsoverdracht een *conditio sine qua non* voor de geldigheid van de eigendomsoverdracht. Dit bleef volgens de meeste 19^e eeuwse Nederlandse commentatoren ook zo na de invoering van het OBW van 1838, zij het dan dat naast de *iusta causa* (*efficiens*) ook nog een daad van levering was vereist.

Ook de oude meningsverschillen omtrent de "oorzaak" van de overeenkomst worden gekenmerkt door voortdurende twist over de vraag of die *causa* in een subjectieve, finale zin was op te vatten, dan wel in een meer objectieve zin als *causa efficiens*. De invloed van het Romeinse recht nu wordt daarin, onder meer door Diephuis, nogal eens overschat. Zij is echter veel minder sterk dan wel eens wordt aangenomen. Veel verwarring is ontstaan doordat het onderzoek van de Historische School, dat zich vooral richtte op het *klassieke* Romeinse recht, een *causa*-begrip benadrukte dat in het traditionele gemene recht al lang zijn betekenis had verloren. Het klassieke Romeinse recht namelijk kende, anders dan het gemene recht, een gesloten stelsel van (verbintenisscheppende) overeenkomsten. Enkele wilsovereenstemming (*consensus*) was in de regel onvoldoende teneinde een afdwingbare overeenkomst te doen ontstaan. Daarnaast was over het algemeen nog een andere oorzaak vereist, die soms uit een geschrift (bij de *contractus litteris*), het gebruik van bepaalde bewoordingen (bij de *contractus verbis*, inzonderheid de stipulatie) of (bij de *contractus re*) een bepaalde prestatie bestond. Deze vormvoorschriften zijn dus de *causae* die aan de wilsovereenstemming haar verbindende kracht verlenen. Slechts bij de overeenkomsten van koop en verkoop, huur en verhuur, lastgeving en maatschap, de zgn. *contractus consensu*, gold de enkele wilsovereenstemming "als volkomen titel" en was derhalve geen bevestigende *causa* vereist. Buiten deze vier groepen benoemde contracten erkende het Romeinse recht geen afdwingbare overeenkomsten. Een afspraak die niet in dit schema viel onder te brengen werd daarom een *pactum nudum* genoemd. Toch kon het gebeuren dat een dergelijke overeenkomst wel degelijk afdwingbaar was, doch alleen indien daartoe een reden, een *causa*, bestond. Zo was bijvoorbeeld de overeenkomst van ruil niet afdwingbaar

omdat zij niet onder één der zojuist genoemde vier groepen viel te rangschikken. Indien echter één der beide partijen zijn (niet afdwingbare) toezegging was nagekomen door de door hem toegezegde prestatie inderdaad te verrichten, was hierin de *causa* gelegen op grond waarvan hij zijnerzijds in rechte nakoming kon vorderen van zijn tegenpartij¹⁸. Overeenkomsten die op grond van een dergelijke *causa* afdwingbaar werden, worden "innominaatcontracten" genoemd. Het *causa*-vereiste waarover hier wordt gesproken vertoont zeer sterke overeenkomsten met het Engelse consideration-vereiste: het bestaat uit het offer dat door een crediteur ten bate van zijn debiteur is gebracht. Het enige verschil dat tussen het hier besproken Romeinse *causa*-vereiste bij de innominaatcontracten en het moderne Engelse consideration-vereiste bestaat, is gelegen in het feit dat sinds *Slade's case*¹⁹ naar Engels recht ook de toezegging van een dergelijk offer een adequate *causa* is, terwijl naar Romeins recht de *causa* dient te bestaan uit een daadwerkelijk verrichte prestatie. Het is, zoals een Engelse jurist het zou zeggen, het verschil tussen *executed* en *executory considerations*. Het moge duidelijk zijn dat in al deze gevallen de "oorzaak van de overeenkomst" dient te worden begrepen als een logisch aan de totstandkoming van de overeenkomst voorafgaande, alhoewel in de tijd dikwijls daarmee samenvallende *causa efficiens*. Een overeenkomst die een dergelijke *causa* ontbeerde was (en is in Engeland) daarom ook niet vernietigbaar, maar nietig. Dit oorzaak-vereiste nu verloor zijn praktische betekenis voor het recht op het continent zodra de canoniekrechtelijke regel *pacta servanda sunt* daar ook *in foro civili* was gerecipieerd, een proces dat, althans in onze gebieden, was afgesloten na het verschijnen van Matthaeus Wesenbeck's Digestencommentaar waarin de canoniekrechtelijke regel²⁰ als ook verbindend voor de wereldlijke gerechtshoven werd voorgesteld²¹. Het is alleszins opvallend dat het *causa*-vereiste nadien veelal ook niet meer nadrukkelijk aan de geldigheid van de overeenkomst

18. Zie D. 2,14,7,2-4:

19. *Slade v. Morley*, (1602) 4 Coke 91a. Zie nu ook Baker & Milsom, *Sources of English Legal History*, Londen 1986, p. 420 e.v.

20. Zie X. 1,35,1: *pacta quantunque nuda servanda sunt*. Zie ook X. 1,35,3.

21. Matthaeus Wesenbeck, In *Pandectas Iuris Civilis* (...) *Commentarii*, Basel 1575, ad D. 2,14, no. 9 (10), p. 52. Zie hierover laatstelijk nog Feenstra, "Die Klagbarkeit der *pacta nuda*" in: *Das römisch-holländische Recht (Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, edd. R. Feenstra u. R. Zimmermann, Berlin 1992), p. 123 e.v.

wordt gesteld. Vinnius, bijvoorbeeld, noemt het niet meer in zijn in heel Europa veel gelezen Institutencommentaar. Waar het, zo benadrukt hij (Vinnius), na de receptie van het canoniekrechtelijke beginsel op aan komt is niet of de overeenkomst een *causa* heeft, maar enkel en alleen of er een serieus bedoelde overeenkomst is gesloten²². Het oorzaak-vereiste is dan geheel opgegaan in dat van de wilsovereenstemming²³. Uiteraard mag die niet zijn gericht op een rechtsgevolg dat de wet of de goede zeden verbieden. Zo men daarom sindsdien nog van een "oorzaak" sprak, geschiedde dit teneinde te benadrukken dat het object van de overeenkomst, de inhoud van de daaruit voortvloeiende verbintenis, niet onwettig of in strijd met de goede zeden mocht zijn. De Rooms-Hollandse leer vond haar weerslag in het Ontwerp Kemper. Het oorzaak-vereiste speelt daarin, wanneer wij ons beperken tot het verbintenissenrecht, nog slechts een bescheiden rol en wel als een algemeen vereiste dat wordt gesteld aan *alle verbintenissen* en dus niet meer aan de overeenkomst, die een bron van verbintenissen kan zijn. Er is, zo stelt het Ontwerp 1820 in art. 2148, alleen een in rechte afdwingbare *verbintenis*, wanneer die haar oorzaak vindt in een door het recht erkend rechtsfeit; een bepaling die een sterke verwantschap vertoont met art. 6:1 BW. Die oorzaak nu kan een rechtmatige of een onrechtmatige daad zijn, het kan een éézijdige rechtshandeling en ook een tweezijdige zijn. Bij de behandeling evenwel van de tweezijdige obligatoire rechtshandeling, de verbintenisscheppende overeenkomst, noemt het Ontwerp 1820 het oorzaak-vereiste niet meer! Het leerstuk van wat wij na 1838 dat van de "geoorloofde oorzaak" zijn gaan noemen werd door het Ontwerp 1820 behandeld onder de rubriek *Van het onderwerp der overeenkomst* (art. 2316 e.v.). Daarin wordt benadrukt dat niet de *overeenkomst* een "geoorloofde oorzaak" moet hebben, maar dat het object van de overeenkomst, het daardoor beoogde rechtsgevolg, dat wil zeggen de *verbintenis*, een inhoud moet hebben die strookt met de wet en de goede zeden (art. 2316 j° 2319 Ontwerp 1820). Desalniettemin viel het BW van 1838 in de artt. 1356 en 1371 OBW terug op het oude oorzaak-vereiste, zulks in

22. o.c. ad Inst. III,14,2,§ 11.

23. Zie ook Voet, Commentarius ad Pandectas, 2,14,9.

navolging van de Code civil²⁴. Ook hier dus zien wij een goed voorbeeld hoe ons recht enige generaties in zijn ontwikkeling werd teruggeworpen door de receptie van een burgerlijk wetboek dat was gegrondvest op een juridische traditie (Pothier) die niet in de schaduw kon staan van de Rooms-Hollandse²⁵. Pothier namelijk²⁶ combineerde de oude legistisch-romanistische traditie met de canoniekrechtelijke door te stellen dat iedere overeenkomst "*une cause honnête*" moest hebben, die bij de wederkerige overeenkomsten zou bestaan uit de toegezegde tegenprestatie en bij de schenking uit de "*liberalité*", de *animus donandi*, van de schenker. In het eerste geval was er dus een objectief gegeven dat als de oorzaak der overeenkomst viel aan te wijzen, in het tweede een subjectief. Pothiers leer vond haar weg in de artt. 1108 en 1131 Cc en vandaar in de artt. 1356 en 1371 OBW en sindsdien werd ons recht geplaagd door een niet aflatend debat over de ware strekking van deze artikelen.

Diephuis en Opzoomer stonden in dit debat niet alleen scherp tegenover elkaar, in hun debat weerspiegelt zich tevens de tegenstelling tussen de tamelijk reactionaire, want eigenlijk al sinds de zestiende eeuw achterhaalde leer die voor de afdwingbaarheid van de overeenkomst een oorzaak voorschrijft enerzijds en anderzijds het inzicht dat wat men eigenlijk door het stellen van het oorzaak-vereiste beoogde te bereiken, namelijk het tegengaan van verplichtingen die in strijd zijn met de wet of de goede zeden, in wezen neerkomt op het toetsen van de inhoud van de daaruit voortvloeiende verbintenis, het onderwerp van de overeenkomst. Diephuis trachtte nog enige zin te verbinden aan de onderscheiding die in het OBW werd gemaakt tussen de oorzaak enerzijds en het onderwerp anderzijds; het laatste immers diende

24. Op het eerste gezicht lijkt er een belangrijk verschil te bestaan tussen de Code en het OBW. Waar immers De Code in art. 1108 spreekt over "*une cause licite dans l'obligation*" en in art. 1131 bepaalt dat "*L'obligation sans cause (...) ne peut pas avoir aucun effet*" en dus lijkt te spreken over de oorzaak van de verbintenis, rept het OBW in de artt. 1356 en 1371 van de oorzaak van de overeenkomst. Men heeft weleens diepzinnige consequenties aan dit onderscheid in bewoordingen verbonden; de wetgever zelf evenwel lijkt die niet te hebben gewild, getuige het feit dat nauwelijks over de bewoordingen van art. 1356 en 1371 is gediscussieerd. Zie hierbij Diephuis, a.w. X, p. 412 e.v.

25. Zie voor een ander voorbeeld mijn opstel "Das System des Vermögensrecht", in: Das römisch-holländische Recht (zie hierboven, noot 20), p. 105 e.v.

26. *Traité des Obligations*, n° 42 (Oeuvres de Pothier III, ed. Parijs 1818, p. 30).

bepaald te zijn (art. 1356, 3°), het eerste geoorloofd (art. 1356, 4°). Uiteraard deed hij dit niet door het oorzaak-vereiste te duiden als een *causa efficiens*. Sinds de receptie van het canoniekrechtelijke beginsel *pacta sunt servanda* is ditromeinsrechtelijke *causa*-begrip, - behoudens één uitzondering, waarover ik nog kom te spreken - achterhaald. Zo er sindsdien al sprake kan zijn van een *causa efficiens* van de overeenkomst, zal die meestal (niet altijd) gezocht moeten worden in de motieven die de partijen hebben bewogen de overeenkomst te sluiten. Daarin echter, zo betoogt Diephuis²⁷, "zal men haar wel niet moeten vinden". Wel vindt hij haar "in hetgeen beide partijen te zamen door de overeenkomst hebben willen tot stand brengen, het verlangen dat haar tot elkander heeft gebragt, om te zamen de overeenkomst aan te gaan"²⁸, met andere woorden, "de strekking der overeenkomst". Door zo de oorzaak van art. 1356 OBW te begrijpen als een *causa finalis* stelde hij zich bloot aan de bijtende kritiek van zijn Utrechtse opponent Opzoomer. Want, zo vroeg deze zich af²⁹, wat betoogt men eigenlijk wanneer men het oorzaak-vereiste aldus begrijpt? Tot welke sophismen ziet men zich niet genoopt zijn toevlucht te zoeken teneinde het zo verstande oorzaak-vereiste te onderscheiden van de motieven der contractspartijen! Die motieven nu zijn, ook naar het oordeel van Opzoomer³⁰, "voor de beschouwing van het recht volmaakt onverschillig". Veel zinvoller lijkt het hem daarom niet te vragen naar de oorzaak van de overeenkomst, maar naar die der verbintenis, zoals toentertijd inderdaad de heersende leer was. Ook deze zienswijze wordt echter door hem verworpen. Zij leidt er immers toe dat bij de wederkerige obligatoire overeenkomsten de *causa* van de ene verbintenis is gelegen in het bestaan van de andere. Maar, zo werpt Opzoomer tegen, zegt men dan iets "anders dan wat door het begrip van het onderwerp der overeenkomst reeds op duidelijker wijze gegeven was"³¹? Zo beschouwd, is het oorzaak-vereiste, naast dat van een bepaald onderwerp, totaal overbodig. Naar u weet, had het Ontwerp Kemper van 1820 inderdaad deze

27. Het Nederlandsch Burgerlijk Regt X, p. 411.

28. o.c., p. 413.

29. Het Burgerlijk Wetboek verklaard, Zesde deel, 's Gravenhage 1891, p. 133 e.v.

30. o.c., p. 140.

31. o.c., p. 141. Hij sluit zich hier aan bij de visie van de Franse jurist Demolombe (Cours de Code Napoléon, XXIV, Parijs 1868, n° 348, p. 328), die ook reeds had vastgesteld dat het oorzaak-vereiste, in die zin begrepen, niet te onderscheiden was van het vereiste van een bepaald onderwerp.

gevolgtrekking reeds gemaakt. Geen wonder daarom dat ook Opzoomer pleit voor afschaffing van het oorzaak-vereiste. "Mij dunkt (...) dat het begrip van oorzaak, hetzij van verbintenis, hetzij van overeenkomst uit de wet en uit de rechtswetenschap voor goed behoort te verdwijnen. (...) Bij een herziening van het wetboek zal het goed zijn, art. 1356, 4° (...) te doen wegvallen"³².

Diephuis' visie is die van de Hoge Raad geworden (HR 6 januari 1922, NJ 1922, 265) en zij was daarom tot 1 januari 1992 hoogst actueel³³. De opvatting van Opzoomer was die van de wetgever van het NBW. Wie dus naast Meijers' toelichting op de afschaffing van het oorzaakvereiste³⁴ een uitstekende beschouwing over de overbodigheid van dit vereiste wil lezen, zij daarom naar Opzoomer verwezen. Tegelijkertijd echter hebben wij met de keuze van het NBW voor de afschaffing van het oorzaakvereiste niets nieuws gedaan: wij bevinden ons wederom precies daar, waar Kemper ons recht in 1820 wilde hebben. Betekent dit nu dat wij het oorzaak-vereiste bij de totstandkoming van overeenkomsten voor goed achter ons hebben gelaten? Is het een dode tak van de oude eik geworden? Is het, eindelijk, naar de mestvaalt der rechtsgeschiedenis verwezen? Natuurlijk niet! Het causaliteitsprobleem zal ook na 1992 een belangrijke rol in het overeenkomstenrecht blijven spelen en het zal hier zijn dat weer een ander Romeins *causa*-vereiste, verrassend genoeg, een actualiteit herkrijgt die het voordien in het bewustzijn van de moderne jurist niet, of althans veel minder, had. Waar gaat het om?

Een substantieel gedeelte van de Romeinse *causa*-leer bij verbintenisscheppende overeenkomsten ziet op overeenkomsten die hun *causa efficiens* vinden in al of niet afdwingbare voorovereenkomsten. Hier ligt een terrein waarin die leer nog steeds een rol speelt. Teneinde een goed inzicht in deze causaliteitsproblematiek te verwerven, is het nuttig het vergrootglas nog eens te leggen op de voet van de civielrechtelijke stam, te weten het probleem van de *causa* der stipulatie.

32. o.c., p.145.

33. Zo ook Brunner, "De overeenkomst zonder oorzaak" in NJ 1913-1988, annotatoren kijken terug, Zwolle 1988, p. 26 e.v.

34. Parlementaire Geschiedenis NBW, Boek 6, p. 896 e.v., ad art. 6.5.2.10 (= 6:227 BW), inhoudende de bepaling dat een overeenkomst een bepaalbaar onderwerp moet hebben!

Het romeinsrechtelijk contract van geldlening, *mutuum*, behoorde tot de groep der *contractus re*, die grote overeenkomsten vertoont met de innominaatcontracten, omdat zij namelijk eerst afdwingbaar werden nadat één van de contractspartijen een prestatie had verricht. Eerst nadat de geldlener crediet had verschaft aan zijn debiteur ontstond een opeisbare vordering uit geldlening. De enkele *toezegging* crediet te zullen verschaffen was derhalve een *pactum nudum* en dientengevolge niet afdwingbaar. Dit is de reden waarom de credietnemer zich de prestatie van de geldlener bij stipulatie liet toezeggen³⁵. Een dergelijke stipulatie had dus haar *causa finalis* in de overeenkomst van geldlening, van *mutuum*: men sloot een overeenkomst (de stipulatie) teneinde een andere overeenkomst (*mutuum*) te doen ontstaan. Nog weer anders gezegd: de *causa efficiens* van de overeenkomst van *mutuum* was gelegen in de stipulatie. Dikwijls nu liet de credietgever zich reeds bij voorbaat, dat wil zeggen reeds voordat hij het crediet daadwerkelijk had verschaft, de terugbetaling daarvan bij stipulatie beloven. Deze laatstgenoemde overeenkomst vond dus haar prospectieve *causa efficiens* in de overeenkomst van *mutuum*, van geldlening. In verband met deze stipulatie nu rezen problemen. Indien de credietgever nakoming van de stipulatie vorderde zonder het crediet daadwerkelijk te hebben verschaft, indien hij dus de nakoming vorderde van een overeenkomst *zonder oorzaak (!)* kwam de gedaagde de zogenaamde *exceptio doli* toe³⁶. Het is alleszins opmerkelijk dat Gaius de overeenkomst zonder oorzaak niet als van rechtswege nietig aanmerkt omdat zij een oorzaak ontbeert; men heeft zich immers uitdrukkelijk tot iets verplicht, zo moet hij hebben gedacht, maar het is onbillijk uitvoering van die verplichting te vragen wanneer haar oorzaak ofwel is weggeval- len, ofwel nog niet is ingetreden. Wij zouden zeggen, dat een stipulatie zonder oorzaak in dit geval niet nietig, maar vernietigbaar is!

Wij hebben hier te maken met wat het nieuwe BW in art. 6:229 "voortbouwende overeenkomsten" noemt. De stipulatie immers waarbij de credietgever zich de betaling van het hem uit geldlening verschuldigde bij voorbaat laat toezeggen, bouwt voort op het contract van *mutuum*, dat op zijn beurt voortbouwt op de stipulatie waarbij de credietnemer zich door de credietgever een geldlening laat

35. Zie voor een fraai voorbeeld: D. 45,1,68.

36. Zie Gaius, 4,116 en D. 44,4,2,3.

toezeggen. Het NBW nu verbindt, evenals Gaius, niet de absolute nietigheid, maar de vernietigbaarheid aan de voortbouwende overeenkomst zonder oorzaak: *cessante causa, cesset effectus*. Het wegvallen van de *causa efficiens* impliceert dus *niet van rechtswege* dat de rechtsgevolgen van de daarop voortbouwende rechtshandeling daardoor wegvallen. De vraag rijst nu waarom dit, zoals ons art. 3:84 BW leert, bij die andere hoogst belangrijke "voortbouwende" handeling in het vermogensrecht, de *traditio ex iusta causa*, niet het geval is. Waarom impliceert, ondanks het in art. 6:229 BW bepaalde, de nietigheid of vernietiging van de aan de overdracht ten grondslag liggende rechtsverhouding *wel van rechtswege* de nietigheid van de daarop voortbouwende levering? Het is mij te gemakkelijk om hier te spreken van een uitzondering: de menselijke geest streeft naar harmonie en die van de jurist naar het sluitend systeem. Is er dan een oorzaak aan te wijzen op grond waarvan de schijnbare systematische discrepantie tussen de regel van art. 6:229 BW en die van 3:84 BW kan worden verklaard? Mij dunkt dat die inderdaad kan worden gevonden.

De levering, zo dient te worden bedacht, is niet een *rechtshandeling* die voortbouwend op een daartoe strekkende verbintenis wordt verricht: zij is een puur feitelijke uitvoeringshandeling die, indien zij wordt verricht door iemand die bevoegd is over het object daarvan te beschikken en indien zij geschiedt ter uitvoering van een geldige verbintenis, van rechtswege, dat wil zeggen zonder dat een bijzonderlijk daartoe strekkende rechtshandeling is vereist, de eigendomsoverdracht ten gevolge heeft. Zoals iedere betaling van rechtswege onverschuldigd wordt, zodra de daartoe verplichtende verbintenis wordt vernietigd, zo vervalt ook de overdracht *ipso iure*, zodra de daaraan ten grondslag liggende verbintenis vernietigd wordt. Dit is, opmerkelijk genoeg, ook dan het geval indien de ter uitvoering van de verbintenis geschiede levering niet plaatsvindt door middel van feitelijke overgifte, maar door middel van één der drie leveringsalternatieven van art. 3:115 BW, dat wil zeggen de zogenaamde *traditiones brevi manu* en *longa manu*, als ook het *constitutuum possessorium*. De gedachte ligt voor de hand hierin een bezitsverschaffing door middel van een *overeenkomst* te zien die voortbouwt op een onderliggende rechtsverhouding, zodat art. 6:229 BW in beginsel van toepassing lijkt. Ware dit het geval dan zou de eigendomsoverdracht niet meer "causaal", maar "abstract" werken! Gelukkig is de vraag in de Parlementaire Geschiedenis voorzien. Daarin namelijk

wordt uitdrukkelijk opgemerkt³⁷ dat de in art. 3:115 bedoelde wijzen van bezitsverschaffing niet als rechtshandelingen aantastbaar zijn, zodat de bezitsverschaffing, die de uitvoering van een verbintenis is, zelfs wanneer zij door middel van een tweezijdige *verklaring* geschiedt haar feitelijke karakter behoudt!

Men kan, dunkt mij, alles overwegende, de volgende algemene regel opstellen. Indien een *rechtshandeling* de strekking heeft voort te bouwen op een reeds bestaande rechtsverhouding en deze laatste ontbreekt, dan is het rechtsgevolg van die rechtshandeling niet nietig, maar vernietigbaar; indien een *feitelijke handeling* de strekking heeft voort te bouwen op een reeds bestaande rechtsverhouding en deze laatste ontbreekt, dan mist die handeling ieder rechtsgevolg. Uiteraard wordt de toepassing van de regel bemoeilijkt doordat er verschil van mening mogelijk is over de vraag of een bepaalde handeling als een rechtshandeling, dan wel als een feitelijke handeling moet worden aangemerkt. Zo zijn er die aan de levering slechts een rechtsgevolg willen toekennen indien die gepaard gaat aan een zakelijke overeenkomst. De zulken echter, die (met Opzoomer) in de zakelijke overeenkomst de *causa finalis* van de eigendomsoverdracht zien, hebben een ernstig probleem. De vraag immers rijst waarom art. 6:229 BW *niet* van toepassing zou zijn op deze voortbouwende *overeenkomst*, die immers als zakelijke *overeenkomst* van de bezitsverschaffing dient te worden onderscheiden en die, evenals de bezitsverschaffing, de strekking heeft voort te bouwen op een onderliggende rechtsverhouding, dat is de titel van de overdracht!

Zo ziet u, dames en heren leden van het Juridisch Dispuut Gerard Diephuis, dat het debat voortduurt. Het decor waarvoor de *dramatis personae*, de juridische hoogleraren, hun rol spelen moge verschillen - ooit was dat het Corpus Iuris Civilis, toen de Code civil, daarna het Oude BW en nu het Nieuw BW - de fundamentele vragen blijven steeds dezelfde. Laten wij echter niet vergeten dat de wijze waarop wij naar die vragen zien door het spel van de acteurs wordt gevormd. Het is de wijze waarop zij hun spel, dat het civiele recht is, vertolken die onze visie daarop bepaalt. Want het is, zo merkte Opzoomer reeds op, de taak van de wet om vast te stellen wat recht is; het is die der rechtsgeleerdheid om de gronden aan te geven

37. Parlementaire Geschiedenis NBW, Boek 3, p. 440.

waarom het recht is³⁸. Daarom zal het stuk van Diephuis en Opzoomer, Pothier en Vinnius, Justinianus en Gaius blijven worden gespeeld en met dat stuk leven ook hun namen voort. Dat is een bijzonder geruststellende gedachte voor een hoogleraar: hij deelt het voorrecht van de oude veteranen die, naar het lied wil, niet sterven, maar langzaam achter de horizon verdwijnen.

38. Vrij naar Opzoomer, Het Burgerlijk Wetboek verklaard, Zesde deel, 's Gravenhage 1891, p. 223 (1).