

ENIGE VOORLOPIGE OPMERKINGEN OVER EEN BIJNA VERGETEN INVLOED OP ONS BW: HET NATUURRECHT

1. Inleiding

De natuurrechtsaanhangers van de 17e en 18e eeuw waren de stuwende krachten achter het algemene codificatiestreven, dat resulteerde in het Pruisische Algemene Landrecht van 1794 en het Franse en Oostenrijkse Burgerlijke Wetboek van 1804 resp. 1811. Leerstellingen uit het natuurrecht hebben in deze wetboeken een plaats gekregen(1). Het lijkt soms bijna vergeten dat het natuurrecht niet alleen invloed op de Franse Code civil (Cc) heeft gehad, maar ook tot de bronnen van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek (BW) gerekend dient te worden. Meestal vormen de natuurrechtelijke theorieën een indirecte bron, in die zin dat ze in de Cc zijn terecht gekomen en daarna in ons wetboek overgenomen. Soms echter hebben bepalingen uit het natuurrecht een rechtstreekse invloed uitgeoefend op wat er wel of niet in het BW van 1838 kwam. Met Thieme zou men het natuurrecht kunnen rekenen "zu dem bleibenden gemeineuropäischen Kulturbesitz"(2).

Tot nog toe is zeer in het algemeen gesproken over 'het' natuurrecht, dat veelal als volgt wordt gedefinieerd: een onveranderlijk recht dat onafhankelijk van plaats en tijd zonder afkondiging of menselijke autoriteit geldt. Begripsmatig staat natuurrecht tegenover positief (gesteld) recht. In de 17e en 18e eeuw waren de meeste natuurrechtsbeoefenaren goed doordrongen van het feit dat een dergelijk 'absoluut' natuurrecht nooit volledig buiten een positief recht kon, zodat sommigen onder hen aansluiting zochten bij het geleerde recht, anderen bij het lokale 'Germaanse', oudfranse of oudvaderlandse recht en weer anderen bij beide soorten rechtsstelsels en zij verwerkten deze in hun natuurrechtssystemen. Bovendien kwamen in het Justiniaanse recht reeds bepalingen voor die tot het natuurrecht werden gerekend (vgl. D. 1.1.5., waarin onder andere de koop-en huurovereenkomst als natuurrechtelijk worden aangemerkt). Het Romeinse recht noemde men tenslotte niet voor niets de 'ratio scripta'. Alle natuurrechtsgeleerden beschouwden de toegepaste methode als universeel: het vanuit een beperkt aantal axioma's more geometrico opbouwen van een gesloten systeem, waar-

1. In het algemeen: G. Wesenberg-G. Wesener, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, Wien-Köln-Graz 1985 (vierte Auflage), 145 ev; Fr. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen 1967 (zweite Auflage); H. Thieme, *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte*, Basel 1954 (zweite Auflage) en J.H.A. Lokin-W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, Groningen 1986.

2. Thieme (zie noot 1), 43.

door elke onzekerheid en willekeur buiten gesloten werd(3). In dit artikel wordt onder natuurrecht een dergelijk recht begrepen, dat niet teruggaat op het Romeinse recht, het plaatselijke 'Germaanse', oudfranse of oudvaderlandse recht, maar ontsproten is aan de leerstellingen en deducties in de systemen van de 17e- en 18e-eeuwse natuurrechtsbeoefenaren. Het is overigens zaak niet te snel of te voorbarig te concluderen tot de aanwezigheid van een natuurrechtelijke bron voor een bepaling in de Cc of in het BW, zoals bijvoorbeeld door J.C. van Oven die van mening was dat de definitie van eigendom (art. 544 Cc resp. art. 625 BW) uit het natuurrecht stamde(4) of door H. Kiefner, die naar een natuurrechtelijke invloed op art. 2279 lid 1 Cc (art. 2014 BW) zocht welke volgens K. Luig niet aanwezig was(5). De kwestie - voor de situatie in de Republiek der Verenigde Nederlanden nog nauwelijks bestudeerd - in hoeverre natuurrechtelijke leerstukken invloed op de rechtspraktijk van de 17e, 18e eeuw of 19e eeuw hebben gehad, laat ik in dit artikel rusten(6).

3. Vgl. bijv. H. Thieme, *Naturrecht und Roemisches Recht*, in: *La formazione del diritto moderno in Europa*. Atti del terzo congresso internazionale della società italiana di storia del diritto, Bnd I, Firenze 1977, 95-111; vgl. ook G.C.J.J. van den Bergh, *Geleerd recht*, Deventer 1985 (tweede druk) en Lokin-Zwalve (zie noot 1).

4. J.C. van Oven, *Wat zal het nieuwe wetboek brengen in de plaats van art. 625 BW?*, in: *Nederlands Juristenblad* 1958, 5 ev. Van Oven had in het NJB al eerder in positieve zin over het natuurrecht geschreven: *Het natuurrecht in eere hersteld*, in: NJB 1933, 593 ev en 605 ev.

5. H. Kiefner, *Qui possidet dominus esse praesumitur. Untersuchungen zur Geschichte der Eigentumsvermutung zu gunsten des Besitzers seit Placentinus*, in: ZSS (RA) 79 (1962), 239 ev, 281 ev. Vgl. over art. 2279 Cc en de invloed van zowel het geleerde als het oudfranse (droit coutumier) recht: K. Luig, *Les origines de l'article 2279 Code civil dans l'ancien droit francais comme exemple d'un "usus modernus iuris romani"*, in: *Confluence des droits savants et des pratiques juridiques*. Actes du colloque de Montpellier 12-14 décembre 1977, Milaan 1979, 299 ev.

6. Voor de Duitse situatie: K. Luig, *Der Einfluss des Naturrechts auf das positive Privatrecht im 18. Jahrhundert*, in: ZSS (GA) 96 (1979), 38 ev; K. Luig, *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im Zeitalter der Aufklärung in der Sicht von Christian Thomasius*, in: N. Horn (Hrsg.) in verb. mit K. Luig und A. Söllner, *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart*. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, Bnd I, München 1982, 177 ev en M. Thomann, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie Christian Wolffs in der juristischen und politischen Praxis des 18. Jahrhunderts*, in: H. Thieme (Hrsg.), *Humanismus und Naturrecht in Berlin-Brandenburg-Preussen*, Berlin-New York 1979, 121 ev. Thomann gaat ervan uit dat de invloed van Chr. Wolff (1679-1754) wat het privaatrecht betreft op rechtspraktijk en codificaties niet al te groot is geweest. Zijn universitaire succes was daarentegen enorm.

2. Invloed van het natuurrecht op privaatrechtswetboeken in het algemeen

De invloed van de natuurrechtelijke leerstellingen van onder andere Samuel Pufendorf (1632-1694) en Christian Wolff (1679-1754) op het Pruisische 'Allgemeine Landrecht' (ALR) wordt algemeen erkend, maar zal in dit artikel verder buiten discussie blijven, omdat het ALR voor wat het privaatrecht betreft in 1900 door de invoering van het 'Bürgerliche Gesetzbuch' (BGB) is afgeschaft. Lipp heeft de invloed van natuurrechtelijke denkbeelden behandeld op het algemeen deel, dat aan het BGB voorafgaat(7).

Het is voor het Oostenrijkse 'Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch' (ABGB) zeker sinds 1911 een uitgemaakte zaak dat menige wetsbepaling door het natuurrecht is geïnspireerd. Wellspacher noemde in een artikel ter gelegenheid van het 100-jarig bestaan van het ABGB een twaalfstal juridische (deel)gebieden, waaruit deze invloed duidelijk naar voren kwam. Hij gaf onder meer als voorbeeld: het rechtspersonenrecht, de dwalingsleer, de vertrouwensleer bij privaatrechtelijke leerstukken als dwaling en volmacht, de schadevergoedingsregelingen en de wettelijke volgorde van erfopvolging(8). Wesener behandelde in 1984 een aantal natuurrechtelijke elementen in het overeenkomstenrecht van het ABGB, waaronder zich bijvoorbeeld opnieuw de vertrouwensleer bevond, maar ook onderwerpen als gebondenheid aan contract en contractsvrijheid (9). Nu is deze natuurrechtelijke invloed op het ABGB niet zo verwonderlijk, wanneer men zich realiseert dat de twee juristen, aan wie men hoofdzakelijk dit burgerlijk wetboek kan toeschrijven, twee hoogleraren in het natuurrecht uit Wenen waren: K.A. von Martini (1726-1800), een aanhanger van Wolff, en Fr. von Zeiller (1753-1828), de opvolger van Martini - zowel in de hoedanigheid van hoogleraar als in de hoedanigheid van codificator - die behalve door Wolff vooral door I. Kant (1724-1804) is beïnvloed. De invloed van Kant op het ABGB, aldus Wesener, mag men echter niet overschatten. Behalve Wolff en Kant kan de gehele oude natuurrechtelijke traditie van De Groot (1583-1645) tot Pufendorf als één van de bronnen van het ABGB beschouwd worden (10).

Ook de Code civil wordt in de literatuur als een natuurrechtswetboek beschouwd. Van A. Esmein komt de volgende - tamelijk bekende - om-

7. M. Lipp, *Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der Allgemeinen Lehren des deutschen Privatrechts*, Berlin 1980. Vgl. ook A.B. Schwarz, *Zur Entstehung des modernen Pandektensystems*, in: ZSS (RA) 42 (1921), 578 ev. Lipp behandelt in zijn boek overigens ook de invloed van Pufendorf en De Groot op enkele leerstukken uit de algemene leer der overeenkomsten.

8. M. Wellspacher, *Das Naturrecht und das ABGB*, in: *Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches 1 juni 1911*, Wien 1911, 175 ev.

9. G. Wesener, *Naturrechtliche und römisch-gemeinrechtliche Elemente im Vertragsrecht des ABGB*, in: *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 6 (1984), 113 ev.

10. Wesener (zie noot 9), 131. In par. 7 van het ABGB vindt men een expliciete verwijzing naar het natuurrecht, voor het geval wanneer de wet zwijgt. Zowel Martini als Zeiller waren overigens behalve hoogleraar in het natuurrecht ook hoogleraar in het Romeinse recht (Instituten).

schrijving van de bronnen van de Cc: "Le Code civil, c'est la jurisprudence du droit romain et l'usage des coutumes combinés ensemble et adaptés à la Déclaration des droits de l'homme, selon les moeurs, convenances et conditions de la nation française. Il en devint le livre de raison et procura la paix sociale comme une bonne hygiène procura la santé" (11). In deze opsomming wordt het natuurrecht in een enigszins marginale positie teruggedrongen. Volgens Arnaud gaat het echter bij de bronnen van de Cc niet alleen om 'une transaction entre le droit Romain et les coutumes' (zinsnede ontleend aan het 'Discours préliminaire' van J.E.M. Portalis (1745-1807)), maar raakt 'la véritable transaction' veel eerder ook de tegenstelling tussen enerzijds de traditionele en de door het sceptische en antirationalistische jansenisme beïnvloede juridische orde en anderzijds de moderne natuurrechtelijke stroming. Eenzelfde spanning vindt men ook bij R.J. Pothier (1699-1772), in wiens werk men zowel de jansenistische inspiratie aantreft als de moderne natuurrechtelijke(12). In Arnauds opvatting krijgt het natuurrecht dus een wat ruimere plaats bemeten.

Voor de opstellers van de Cc waren bij hun werk aan het nieuwe wetboek met name J. Domat (1625-1696) met zijn 'Les Loix civiles dans leur ordre naturel', Pothier, H.F. Daguesseau (1668-1751), F. Bourjon (? -1751) en G.J. d'Olivier (1753-1823) belangrijke inspiratiebronnen. Ook Duitse natuurrechtsgeleerden, zoals Pufendorf, Chr. Thomasius (1655-1728) en J.G. Heineccius (1681-1741) en de Nederlander Hugo de Groot werden alom gelezen. Veel minder populair in Frankrijk dan de vier zo juist genoemde juristen was volgens Arnaud Chr. Wolff, die alleen bij Daguesseau en Portalis enige ontvangst heeft gehad(13). Men dient evenwel niet uit het oog te verliezen dat de felle natuurrechtelijke kritiek van met name de politiek bewust geworden derde stand op de bestaande rechtsverscheidenheid en -ongelijkheid over haar hoogtepunt heen was geraakt, toen de werkzaamheden aan het ontwerp dat uiteindelijk de Cc is geworden, van start gingen(14). Een rechtstreekse invloed van natuurrechtelijke leerstellingen op de Cc kan dus niet zo gemakkelijk geconstrueerd worden.

11. A. Esmein, Introduction, in: *Livre du centenaire. Le Code civil 1804-1904*, Parijs 1904, XXIX. Vgl. ook over het thema natuurrecht-Cc in het algemeen: A. Boistel, *Le Code civil et la philosophie du droit*, in: *Livre du Centenaire*, 48 ev.

12. A.J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code Civil français*, Parijs 1969, 219.

13. Arnaud (zie noot 12), 52 ev, 103 ev.

14. Vgl. bijv. W. Wilhelm, *Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich im 17. und 18. Jahrhundert*, in: *Ius Commune I* (1967), 241 ev. Wilhelm citeert bijv. de kritiek van de derde stand, waarin het kernpunt de afschaffing van de feodale verhoudingen was en waarbij veelvuldig gebruik werd gemaakt van begrippen 'le progrès de la raison', 'les principes de l'équité naturelle', 'le droit naturel', 'la saine raison' etc. Een nationale burgerlijke wetgeving behoorde tot het programma der revolutionairen en de 'natuur' werd gebruikt als maatstaf voor de kritiek op het bestaande recht.

3. Voorbeelden van natuurrechtelijke invloed op de Cc en via de Cc op het BW

De afrekening met het ancien regime in 1789 en volgende jaren heeft gedeeltelijk ook zijn beslag gekregen in de Cc. De betreffende regelingen behoeven niet noodzakelijkerwijs aan het natuurrecht ontleend te zijn. Het bekendste voorbeeld is de eigendomsdefinitie uit art. 544 Cc (art. 625 BW). Het artikel weerspiegelt één van de belangrijkste verworvenheden van de Franse revolutie: de realisering van persoonlijke vrijheid en gelijkheid. De wettelijke regel was gericht tegen de heerlijke rechten, tegen de nauwe verstrengeling van publiek- en privaatrecht. De formulering van art. 544 Cc stamt echter grotendeels uit de traditie van het geleerde recht, niet uit natuurrechtelijke theorieën. Bovendien is hier geen sprake van een absoluut eigendomsrecht, zoals Van den Bergh heeft aangetoond(15).

In de artikelen van de Cc treffen we op het gebied van de vrijheid en gelijkheid vaker verworvenheden uit de Franse revolutie aan, waarvan het moeilijk is vast te stellen of ze een natuurrechtelijke oorsprong hebben. Van Kan heeft in zijn bijdrage aan het 'Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938' een aantal voorschriften uit de 'revolutionaire massa', zoals hij dat noemt, aangegeven, bijvoorbeeld: de instelling van een burgerlijke stand (art. 40 Cc-art. 1:16 BW), de afschaffing der erfrechtelijke bevoordeling van de mannelijke kunne en de eerstgeboorte (art. 745 Cc-art. 899 BW), de verwaarlozing van aard en oorsprong der goederen bij de erfopvolging (art. 732 Cc-art. 896 BW), de beperking van de testeervrijheid door handhaving van het wettelijk erfdeel (art. 913 ev Cc-art. 960 BW) en de beperking van de testeervrijheid door verbod van fideicommiss (art. 896 Cc-art. 926 BW)(16). Uit de 'revolutionaire' tijd stamt ook het vereiste in de wettelijke omschrijving van de huur- en arbeidsovereenkomst dat ze slechts gedurende een bepaalde tijd kunnen worden aangegaan. Een eeuwige huur zou te veel aan de feodaliteit herinneren, een eeuwige arbeid aan slavernij of persoonlijke dienstbaarheid (voor huur: art. 1709 Cc-art. 1584 BW en voor arbeid: art. 1780 Cc-art. 1637a BW)(17).

Een aantal door Van Kan genoemde 'revolutionaire' rechtsregels komt vaak via Pothier - uit het natuurrecht (met name van De Groot en Pufendorf). Zo is het geoorloofd rentebeding (art. 1905 Cc - art. 1802 BW) grotendeels ontleend aan Pufendorf(18). Vooral op huwelijksrechtelijk gebied hebben natuurrechtelijke beschouwingen doorgewerkt op de Cc en het BW, bijvoorbeeld bij de secularisering van het huwelijk en de principiële mogelijkheid van echtscheiding. Chr. Wolff bijvoorbeeld zag het huwelijk als een (civiele) overeenkomst tussen man en vrouw, tot stand gebracht door wils-

15. G.C.J.J. van den Bergh, *Eigendom. Grepen uit de geschiedenis van een omstreden begrip*, Deventer 1988 (tweede druk).

16.. J. van Kan, *Het BW en de Code Civil*, in: P. Scholten-E.M. Meijers (red.), *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle (1938), 274-275.

17.. Vgl. E.J.H. Schrage, *Koop breekt geen huur. Enkele grepen uit de geschiedenis van het geleerde recht inzake de gevolgen van de vervreemding van een verhuurde zaak*, Deventer 1984, 9.

18.. Arnaud (zie noot 12), 219 (noot 657).

overeenstemming van beide partners. Man en vrouw nemen - zo schreef hij - een gelijkwaardige positie ten opzichte van elkaar in en moeten dus ook samen de ouderlijke macht uitoefenen. Volgens Wolffs theorie is echtscheiding mogelijk, wanneer één der partners de overeenkomst niet nakomt ('wanpresteert'), zoals in geval van overspel en kwaadwillige verlating (twee gronden die later ook in de Cc en het BW zijn terecht gekomen als reden voor echtscheiding). De opvoeding van de kinderen vormde een beperking op de echtscheidingsvrijheid. Wolff lijkt zelfs de principiële mogelijkheid van een echtscheiding met wederzijds goedvinden niet uit te sluiten(19). Sommige van zijn opvattingen gingen zelfs zo ver (bijvoorbeeld wat betreft de gelijkheid van man en vrouw), dat deze pas recentelijk in onze wetgeving zijn opgenomen (zowel in de Cc als in het BW was de man gedurende lange tijd het hoofd van het gezin).

Reeds in 1933 heeft J.C. Naber, de roemruchte hoogleraar in het Romeinse recht uit Utrecht(20), twee artikelen uit de Cc genoemd die aan het werk van Wolff ontleend zouden zijn. Het ging in de eerste plaats om art. 1599 Cc (art. 1507 BW: koop en verkoop van een anders goed zijn nietig). Deze rechtsregel is, aldus Naber, in strijd met het geleerde recht en de Franse coutumes en gaat terug op par. 593 van de 'Grundsätze des Natur- und Völkerrechts' van Wolff. In de tweede plaats betrof het art. 1984 Cc (art. 1829 BW: definitie van lastgeving), dat volgens Naber zijn grondslag heeft in par. 551 van het genoemde werk van Wolff(21).

Een leerstuk dat door de meeste natuurrechtsaanhangers dankbaar werd aangegrepen om zich te distantiëren van beoefenaren van het geleerde recht, was het derdebeding. In 'het' Romeinse recht gold - enigszins gechargeerd uitgedrukt - het beginsel: "Alteri stipulari non potest" (vgl. D. 45.1.38.17). Nu werd deze regel in de rechtsgeleerde traditie (zoals bijvoorbeeld reeds door de glossator Martinus) steeds verder uitgehold, doordat vele uitzonderingen op dit beginsel werden toegelaten. Een bijna volledige

19. Chr. Wolff, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts worin alle Verbindlichkeiten und alle Rechten aus der Natur der Menschen in einem beständigen Zusammenhange hergeleitet werden*, Halle 1754 [reprint Scriptor 1980], par. 854 ev. De twee genoemde echtscheidingsgronden kwamen reeds in oudvaderlandse wetgeving voor. Overspel: Extract uyt de Politijcque Ordonnantie van Hollandt, vanden 1 april 1580, art. 18 (in: C. Gau, *Groot Placaet-boeck, vervattende ..., derde deel*, 's Gravenhage 1683, 504. Kwaadwillige verlating: Placaet van Ampliatie, ..., gearresteert op de Politijcque Ordonnantie, ..., 18 maart 1666, art. 16 (in: Gau, *Groot Placaet-boeck, derde deel*, 594). Voor deze referenties dank ik Prof. mr. W.J. Zwalve.

20. Vgl. J.E. Spruit, *Jean Charles Naber 1858-1950. Historische notities omtrent een singulier personage*, in: G.C.J.J. van den Bergh-J.E. Spruit-M. van de Vrugt, *Rechtsgeleerd Utrecht*, Zutphen 1986, 133 ev.

21. J.C. Naber, *Sur une source mal connue du Code civil français*, in: *Revue historique du droit français et étranger* 1933, 113 ev. Dit artikel is ook opgenomen in: *Mémoires de l'Académie Internationale de Droit comparé* (gewoonlijk afgekort als: *Acta Acad. Univ. Jur. Comp.*), t. II, première partie, 1934, 456-458.

erkenning van het tegendeel vond plaats door auteurs als De Groot en Wolff. In art. 1121 Cc (dat in art. 1353 BW letterlijk wordt gevolgd) wordt onder enkele voorwaarden de mogelijkheid van een derdebeding erkend. De in de wet neergelegde regel dat de verbintenis tussen derde en promissor pas ontstaat op het ogenblik, waarop de derde het voor hem bedongen recht aanvaardt, kan men in ongeveer gelijke bewoordingen bij De Groot en Wolff aantreffen(22). Wat zojuist voor het derdebeding beweerd is, kan ook voor het romeinsrechtelijke beginsel 'koop breekt huur' (vgl. C. 4.65.9) aangevoerd worden. Na reeds in de geleerde traditie de nodige averij opgelopen te hebben, breken de natuurrechtsgeleerden de staf over dit beginsel en neigen tot het tegendeel: 'koop breekt geen huur'(23). Als laatste voorbeeld kan de actie uit onrechtmatige daad worden aangevoerd, die volgens Van Oven onder natuurrechtelijke invloed tot een algemene schadevergoedingsactie wegens elk delict is geworden in plaats van een private strafactie wegens het kapot maken van een lichamelijke zaak(24).

Het tot nu toe betoogde kan op en voor vele punten uitgewerkt worden, maar bij deze opmerkingen wil ik het voor dit artikel vooralsnog houden.

4. Natuurrecht aan de universiteiten in de eerste helft van de 19e eeuw

Voordat wordt overgegaan tot behandeling van een rechtstreekse invloed van het natuurrecht op het BW, is het misschien zinvol om te onderzoeken of Nederlandse juristen uit de eerste helft van de 19e eeuw op een of andere manier nog wel in aanraking kwamen met natuurrechtelijk gedachtegoed, bijvoorbeeld doordat het natuurrecht in het curriculum van de student aan de orde kwam. Na de geschriften van I. Kant (1724-1804) wordt vaak gedaan, alsof het natuurrecht de doodsteek was toegebracht. Niets blijkt echter minder waar te zijn voor de universitaire situatie. Het natuurrecht was - behoudens een korte tijd gedurende de Franse bezetting - tot diep in de 19e eeuw zeer moeilijk uit het onderwijs weg te krijgen(25).

22. Vgl. H. Coing, *Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800* (Band I Älteres Gemeines Recht), München 1985, 423 ev. Voor de geschiedenis van het derdebeding: J.A. Ankum, *De voorouders van een tweehoofdig twistziek monster. Beschouwingen over de historische ontwikkeling van het beding ten behoeve van een derde*, Zwolle 1967.

23. Schrage (zie noot 17), 25-27; Luig, *Einfluss des Naturrechts* (zie noot 6), 43-47.

24. Vgl. J.C. van Oven, *Onrechtmatigheid en schuld*, in WPNR 1932, nrs 3278, 3279 en 3280. Vgl. over dit thema ook R. Feenstra, *Vergelding en vergoeding. Enkele grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Deventer 1982, 4 en 13-15 en H.P. Benöhr, *Ausservertragliche Schadensersatzpflicht ohne Verschulden? Die Argumente der Naturrechtslehren und Kodifikationen*, in: ZSS (RA) 93 (1976), 208 ev, die overigens voor zijn onderwerp nauwelijks natuurrechtelijke invloed op de Cc heeft aangetroffen (p. 242 ev).

25. W.J.A.J. Duynstee, *Geschiedenis van het natuurrecht en de wijsbegeerte van het recht in Nederland*, in: *Geschiedenis van de Nederlandsche rechtswetenschap*, Deel II Afl. I, Amsterdam 1940, 66 ev; C.J.H. Jansen,

Docenten in het natuurrecht uit het begin van de 19e eeuw gebruikten vaak dezelfde leerboeken die reeds in de 18e eeuw werden benut: 'De jure belli ac pacis' van De Groot, 'De officio hominis et civis' van Pufendorf en 'Fundamenta jurisprudentiae naturalis' van F.W. Pestel (1724-1805), die van 1763 tot 1795 en van 1803 tot 1805 hoogleraar in Leiden was(26). De Rhoer (1751-1821; hoogleraar Harderwijk, 1778-1798; Utrecht, 1798-1821) gaf meestal les aan de hand van de 'Fundamenta' van Pestel(27), ook E. Hageman (1747-1827) die enkele malen gedurende zijn professoraat te Leiden (1797-1819) het college natuurrecht moest waarnemen (bijvoorbeeld na de dood van Pestel) gebruikte de 'Fundamenta'(28). En J.M. Kemper (1776-1824) doceerde tijdens zijn hoogleraarschap in Harderwijk (1798-1806) in elk geval uit Pufendorf(29).

In het Academisch statuut van 1815 (art. 84) werd van de student gevergd dat hij - als een verplicht onderdeel in de kandidaatsfase van zijn studiellessen over het natuurrecht had gevolgd. Aan de drie overgebleven universiteiten (Leiden, Groningen en Utrecht) waren dan ook hoogleraren in het natuurrecht verbonden. In Leiden doceerden van 1809 tot 1824 Kemper en van 1825 tot 1866 H. Cock (1794-1866). In Groningen verkondigde van 1801 tot 1827 S. Gratama (1757-1837)(30) de natuurrechtelijke boodschap en na hem van 1834 tot 1857 C. Star Numan (1807-1857). In Utrecht tenslotte leraarden achtereenvolgens De Rhoer tot 1821, van 1825 tot 1835 C.A. van Enschat (1778-1835) en van 1835 tot 1840 J.F.M. Birnbaum (1792-1872). De invloed van de traditionele leerboeken in het onderwijs nam in de loop van de 19e eeuw sterk af bij genoemde hoogleraren, maar in hun lessen bleven zij verwijzen naar Cicero, De Groot, Pufendorf, Wolff, in mindere mate Thomasius en naar - als nieuw gezicht - Kant.

Men kan zich afvragen of deze docenten in algemene vaagheden bleven steken, of dat zij ook natuurrechtelijk privaatrecht behandelden. Het laatste blijkt inderdaad het geval te zijn. Kemper bijvoorbeeld - die als uitgangspunt van zijn beschouwingen de traditionele plichtenleer (jegens God, zichzelf en anderen) van Pufendorf en Wolff neemt - laat in zijn lessen

Natuurrecht of Romeins recht en enkele twisten uit de eerste decennia van de 19e eeuw over de inrichting van het academische onderwijs, in: T.v.R. 57 (1989).

26. C.J.H. Jansen, *Over de 18e-eeuwse docenten in het natuurrecht aan de Nederlandse universiteiten en de door hen gebruikte leerboeken*, in: T.v.R. 55 (1987), 103-115.

27. Vgl. voor het jaar 1808: UBL (Leiden), BPL 1435 I-II; C.W. de Rhoer, *Dictata ad Pestelii Fundamenta jurisprudentiae naturalis*; voor circa 1810: UBU (Utrecht), O D 10 (hs 671); C.W. de Rhoer, [*Dictata in*]

Fundamenta jurisprudentiae naturalis. Meer dictaten in UBU en UBA (Amsterdam).

28. Vgl. P.C. Molhuysen, *Bronnen tot de geschiedenis der Leidsche universiteit*, zevende deel, 's Gravenhage 1924, RPG 56, 86*.

29. Voor het jaar 1798-1799: UBA, VI C 34a (hs 777); J.M. Kemper, *Praelectiones juris naturalis ad Pufendorfii de officio hominis et civis*.

30. Gratama bleef echter na zijn emeritaat van 1827 doceren tot 1834. Collegedictaten van hem zijn aanwezig in UBG (Groningen) en KB 's Gravenhage.

algemene beginselen uit het overeenkomstenrecht aan de orde komen³¹). Ook Van Enschut behandelt - zelfs zeer uitgebreid - natuurrechtelijk privaatrecht (in het kader van het hoofdstuk 'De naturae jure hypothetico': rechten die de aan alle mensen gemeenschappelijke natuur gelegen zijn, maar voor realisatie van iemands handelen of wil afhankelijk zijn). Aandacht wordt besteed aan onderwerpen als verwerving van eigendom, verjaring, erfrecht, overeenkomstenrecht etc. Deze worden uiteengezet met behulp van de opvattingen van het klassieke natuurrechtstrio De Groot, Pufendorf en Wolff, maar ook wordt gebruik gemaakt van het werk van U. Huber, G. Noodt en C. van Bijkershoek. Verwijzingen naar de Cc (het geldende recht) komen evenwel niet of nauwelijks voor³²). Evenals Kemper en Van Enschut besteedt Cock een groot gedeelte van zijn lessen aan het natuurlijk privaatrecht. Het startpunt van zijn beschouwingen ligt enerzijds bij de al genoemde plichtenleer, anderzijds bij de aan een ieder mens toekomende (natuurlijke) vrijheid. Het natuurrecht beschouwt hij als de discipline die handelt over de voorwaarden, waaronder de uitwendige vrijheid van elk individu kan bestaan naast de uitwendige vrijheid van de hem omringende mensenwereld. Het 'jus naturale merum' valt uiteen in een 'jus naturale absolutum' ('connatum') en een 'jus naturale hypotheticum' ('acquisitum'). Het absolute natuurrecht kent drie bestanddelen: 'jus existendi, jus agendi en jus rebus utendi' (die nooit volstrekt zijn, want men moet rekening houden met de rechten van zijn medemens). In het 'hypothetisch' natuurrecht vindt men naast concretisering van de drie genoemde absolute rechten een uitwerking van andere basale private rechtsnormen. Cock bekommert zich verder niet om de Cc, vanzelfsprekend wel om de vele natuurrechtsgeleerden³³). Men kan - tot slot - veilig stellen dat de 19e-eeuwse juridische student van natuurrechtelijke (privaatrechts)systemen niet onwetend kon zijn en dat in zoverre een rechtstreekse natuurrechtelijke invloed op het BW niet uitgesloten hoeft te zijn (Kemper was bijvoorbeeld behalve Leids hoogleraar ook één van Nederlands belangrijkste codificatoren).

De 19e-eeuwse student werd overigens niet alleen in de lessen van de hoogleraar natuurrecht zelf met het natuurrecht geconfronteerd, maar ook in de lessen van de hooglaren in de 'Encyclopaedia', een verplicht vak vanaf 1815 in de kandidaatsfase, dat onder andere tot doel had de samenhang tussen de verschillende vakken duidelijk te maken en van ieder vak een korte introductie te geven. Als voorbeeld kan het college van J.R. de Brueys (1778-1848; hoogleraar Utrecht, 1815-1848) dienen. De juridische

31. Voor het studiejaar 1823-1824: UBU, 5 J 17 (hs 1614); J.M. Kemper, *Dictata ad jus naturae*, caput XII (de pactis et contractibus) en caput XIII (de pactis onerosis et de pretio).

32. Voor het jaar 1822: UBU, 8 G 23 (hs 677); C.A. van Enschut, [*Dictata in] Jus Naturae*, 265 ev.

33. UBL, BPL 2523; H. Cock, *Dictata de jure naturae* (vgl. ook BPL 1309 en 1510). De omschrijving van het natuurrecht: "Jurisprudencia naturalis, sive, ut vulgo dicitur, jus naturae, ... , est disciplina, quae tradit condiciones, quibus libertas externa singulorum cum externa libertate universorum potest consistere" (pag. 7 recto).

studie valt volgens hem uiteen in twee delen: het natuurrecht en het positieve recht. Van het natuurrecht behandelt hij vervolgens enige algemene beginselen en onderverdelingen ('jus naturale privatum, publicum et gentium'). Voor het positieve recht werkte hij drie manieren uit om het te beoefenen: op dogmatische, exegetische (met aandacht voor de ars critica en de hermeneutica) en historische wijze(34). Ook in de 'Encyclopaedia juris' van C.A. den Tex (1795-1854) wordt voor het natuurrecht een plaats ingeruimd(35).

5. Natuurrecht: subsidiair recht?

In de 18e eeuw heeft met name op academisch niveau een strijd gewoed over de vraag welk recht als subsidiair recht dient te worden gebruikt, wanneer het vaderlandse recht tekort schiet(36). Het behoeft na het in de vorige paragraaf betoogde geen verbazing te wekken dat in de 19e eeuw deze discussie niet meteen verstomde, zelfs niet nadat vanaf 1811 de Cc in Nederland gelding had gekregen(37). Zo betoogt G. de Wal (1785-1833) in 1820 dat de leidraad die de rechter moet volgen bij stilzwijgen of onvolledigheid van het stellige recht de rede is, die hem leert wat billijk, eeuwig en onveranderlijk is. Het natuurrecht is de bron van de rechterlijke beslissing(38). Bij Van Enschat treft men dezelfde gedachte aan: met behulp van het natuurrecht - bron van het positieve recht - kan men een duistere passage uitleggen, een wet aanvullen of een onjuiste passage corrigeren(39). Tenslotte onderschrijft Den Tex in 1839 nog dat men - wanneer het positieve recht tekort schiet - zijn toevlucht moet zoeken bij het natuurrecht (40). De vurige wens van deze 19e-eeuwse natuurrechtsbeoefenaren het

34. Voor het jaar 1825: UBU, 8 E 16 (hs 1618); J.R. de Brueys, [Dictata in] Encyclopaedia[m] juris, Caput II, 32 ev: Pars I De juris naturalis studio en Pars II De jure positivo.

35. C.A. den Tex, *Encyclopaedia jurisprudentiae*, Amsterdam 1839, 200 ev.

36. C.J.H. Jansen, *Natuurrecht of Romeins recht. Een studie naar leven en werk van F.A. van der Marck (1719-1800) in het licht van de opvattingen van zijn tijd*, Leiden 1987, 144 ev, 160 ev en 223 ev.

37. Vgl. J.H.A. Lokin, *De nationale codificatie in haar verhouding tot het geschreven en ongeschreven subsidiaire recht*, in: NJB 1988 (special de codificatie-gedachte), 660 ev.

38. G. de Wal, *Over de praktische bruikbaarheid van vroegere wetten, bijzonder van het Romeinsche regt, nevens later ingevoerde wetten*, in: G. de Wal, *Over den invloed van wetboeken in de taal des lands op de wetenschappelijke beoefening van het regt*, Groningen 1820, 152-153.

39. Voor het jaar 1822: UBU, 8 E 15 (hs 1613); C.A. van Enschat, [Dictata in] *Jus Naturae*, 33.

40. Den Tex (zie noot 35), pag. 226 (par. 236). A. de Pinto (advocaat bij de Hoge Raad) schreef in Themis 1839, 19 over het recht van verdediging als een heilig recht, een uitvloeisel der natuur, een geschenk van God zelve en als een aangeboren recht. In Themis 1843, 1. noemde hij de 'condictio indebiti' niets anders dan een dadelijk en noodzakelijk gevolg van de regel van eeuwige billijkheid en op p. 8 meent hij dat, wanneer de oplossing naar

natuurrecht als rechtsbron te gebruiken, heeft in ons BW geen weerslag gekregen (zoals bijvoorbeeld in art. 73 van het Ontwerp-1820 van Kemper en in het ABGB). Maar uit de aangehaalde passages blijkt dat de gedachte van een natuurrecht als subsidiair recht nog steeds leeft in de eerste helft van de 19e eeuw en bij het opstellen van het BW nog zeker een rol heeft gespeeld.

6. Rechtstreekse invloed van het natuurrecht op het BW

Op het einde van de 18e eeuw was het merendeel van de Nederlandse juristen ervan overtuigd dat het natuurrecht - naast het vaderlandse en het Romeinse recht - diende te worden gerekend tot één van de bronnen van een toekomstig burgerlijk wetboek. H.C. Cras (1739-1820), één van de belangrijkste leden van de in 1798 ingestelde codificatiecommissie voor 'een Algemeen Burgerlijk en Lijfstraffelijk Wetboek', zag in de wetgever de eigenlijke tolk van het natuurrecht(41). In de loop der 19e eeuw ontstond echter - vooral onder invloed van onze Zuid-Nederlandse landgenoten - een zeer sterke oriëntatie op de Cc, waaraan ons BW voor het grootste gedeelte is ontleend. De mogelijkheden tot een rechtstreekse invloed van het natuurrecht op het BW werden daardoor sterk ingedamd. Twee voorbeelden zou ik desalniettemin willen aanvoeren. Het huidige artikel 1:1 BW (lid 1: "Allen die zich in Nederland bevinden, zijn vrij" en lid 2: "Persoonlijke dienstbaarheden, van welke aard of onder welke benaming ook, worden niet geduld") kwam niet voor in de Cc en is rechtstreeks ontleend aan natuurrechtelijke opvattingen over vrijheid en gelijkheid der mensen. De natuur maakt immers geen verschil tussen de ene en de andere mens. Het artikel verzette zich op politiek niveau tegen de feodale verhoudingen tijdens de Republiek. Het ging hier om een "openlijke hulde aan de onvervreemdbare regten der mensheid", zoals Asser schreef(42).

Het tweede - veel belangrijkere - voorbeeld heeft betrekking op een regeling die onder invloed van een natuurrechtelijke theorie niet in het BW is opgenomen. Het betreft de 'laesio enormis': de vernietiging van de koop-

het geschreven recht twijfelachtig is, de billijkheid moet beslissen. Nog in 1849 rekent de Groninger hoogleraar H. Nienhuis de natuurlijke billijkheid tot één van de bronnen, waarin een rechter het recht kan vinden bij zwijgen of onvolledigheid van het recht. Deze billijkheid is met name in het Romeinse recht aan te treffen. Vgl. J.P. Fockema Andreae, *De methode van interpretatie van het BW van 1838 tot heden*, in: Scholten-Meijers (zie noot 16), 67.

41. H. Aa (verz.), J.Th. de Smidt en A.H. Huussen jr, *Bronnen van de Nederlandse codificatie sedert 1798*, (Werken der Vereeniging tot uitgaaf der bronnen van het oud-vaderlandsche recht, derde reeks, no. 22), I, Utrecht 1968, 15, 29, 56 en 142. Vgl. ook J.Th. de Smidt, *Codificatie-perikelen*, Deventer [1966].

42.C. Asser, *Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon*, 's Gravenhage-Amsterdam 1838 (tweede druk), 15. Asser beperkte zich overigens tot Europees grondgebied. Buiten Europa hieldgezien de economische belangen - de gelijkheid plotseling op.

overeenkomst bij benadeling inzake de juiste koopprijs ('justum pretium'). Op de 'laesio' zal in het vervolg wat dieper worden ingegaan.

Overeenkomstig de heersende opvatting in de romanistiek wordt voor het klassieke Romeinse recht meestal aangenomen dat partijen vrij waren in het bepalen van de koopprijs. Men citeert dan vaak de teksten D. 4.4.16.4 en D. 19.2.22.3, terwijl erop wordt gewezen dat in de Digestentitel die over de vernietiging van de koopovereenkomst handelt (D. 18.5) de 'laesio' niet ter sprake komt. Het zou een rescript van Keizer Diocletianus (gedateerd 285) zijn, waarin aan deze vrijheid van partijen een einde werd gemaakt. Dit rescript is ons overgeleverd via C. 4.44.2, een tekst die reeds zeer lang door de meeste romanisten als geïnterpoleerd wordt beschouwd. De regeling mag misschien voor enige bijzondere gevallen op Diocletianus teruggaan, Justinianus heeft zeker het zijne eraan toegevoegd(43). Kern van de bepaling uit de Codex is de bevoegdheid van de verkoper vernietiging van de koopovereenkomst te vragen, wanneer de afgesproken prijs minder is dan de helft van de waarde van de verkochte zaak. De koper kan echter ontbinding van de overeenkomst voorkomen door de volle waarde van de zaak te betalen.

C. 4.44.2. is in het geleerde recht onderwerp geworden van vele beschouwingen. Haar werkingssfeer werd steeds verder uitgebreid. Zo kreeg behalve de verkoper - ook de koper het recht om ontbinding van de overeenkomst te vorderen. Een aantal kwesties kwam bijna bij iedere auteur aan bod. Een ervan was de vraag of de 'laesio' als een wilsgebrek geconstrueerd diende te worden of als 'dolus re ipsa' (als 'dolus uit de zaak zelf'). Een ander veelvuldig terugkerend probleem was welk rechtsmiddel gekozen diende te worden: een actie uit contract (bijvoorbeeld een 'actio venditi') of een 'restitutio in integrum' (een herstel in de oude toestand). Ook ontstond regelmatig discussie over de vraag of de 'laesio' op andere overeenkomsten dan de koop van toepassing was(44). Toegespitst op de situatie in de Republiek kan men het volgende vaststellen. Hugo de Groot behandelde de 'laesio enormis' als een zelfstandige vernietigingsgrond voor zowel verkoper als koper. Bovendien breidde hij de regeling uit tot andere overeenkomsten, zoals huur en dading(45). In de rechtspraktijk van de 17e en 18e eeuw

43. R. Dekkers, *La lésion énorme. Introduction à l'histoire des sources du droit*, Paris 1937, 15 ev (nrs 9-21); M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, Zweiter Abschnitt, München 1975 (zweite Auflage), 389-390. De christelijke invloed op de 'laesio' wordt groot geacht, vgl. Th. Mayer-Maly, *Privatautonomie und Vertragsethik im Digestenrecht*, in: IURA 6 (1955), 128 ev. Mayer-Maly merkt op dat de 'laesio' reeds zeer vroeg als een natuurrechtelijke regeling (in het Romeinse recht) werd gezien. Volgens Dekkers kwam bij de kerkvader Augustinus (354-430) voor de eerste maal de woordcombinatie 'justum pretium' voor (no. 41 op p. 30). Over de laesio ook: R. Feenstra - M. Ahsmann, *Contract*, Deventer 1988 (2e druk), p. 26 e.v.

44. Dekkers (zie noot 43), no. 56 ev (p. 41 ev) en Coing (zie noot 22), 415.

45. H. de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid* (ed. I. Doving, H.F.W.D. Fischer, E.M. Meijers), Leiden 1965 (tweede uitgave), III.17.5 en III.52.1 ev. De Groot onderscheidde hulpmiddelen die de overeenkomst geheel krachteloos maken: vare ('metus'; een vorm van

kwam de 'laesio' vrij regelmatig voor. Als actie werd de 'restitutio in integrum' gebruikt. Het grootste probleem was in veel gevallen de bepaling of vaststelling van de waarde van het verkochte goed voor het moment van het sluiten van de koop(46).

De meeste natuurrechtsgeleerden konden zich volledig verenigen met de regeling van de 'laesio enormis' of met een andere (zo ruim mogelijke) variant op de leer van het 'justum pretium'. Christian Wolff bijvoorbeeld ging uit van het beginsel dat niemand zich mocht verrijken ten koste van de ander. Daaruit vloeide logischerwijze voort dat de koper niet mocht profiteren van een te lage prijs. Hij had dan de keuze de zaak terug te geven of het bedrag van de koop aan te vullen tot de juiste prijs. Ook de verkoper moest aan de koper een te veel betaald bedrag restitueren. Het natuurrecht, aldus Wolff, staat geen enkele 'laesio' toe (47). Onder de natuurrechtsgeleerden was slechts één uitzondering: Chr. Thomasius. Hij was een verklaard tegenstander van de 'laesio' en bracht de 'aequitas cerebrina' in het geweer tegen deze regeling, wat bij hem betekende dat onder voorwendsel van billijkheid een rechtsvoorschrift verkeerd werd gebruikt en dus borg stond voor rechterlijke willekeur. Men zou ook kunnen zeggen dat aan de 'laesio' volgens Thomasius een natuurrechtelijke grondslag ontbrak: in dit geval, omdat de regel in strijd was met de eigen verantwoordelijkheid, die iedere partij heeft bij het sluiten van een overeenkomst. Het principe van de eigen verantwoordelijkheid gaat pas dan niet meer op, wanneer er sprake is van dwaling en bedrog of iets dergelijks. 'Laesio enormis' zou slechts onzekerheid brengen voor de burgers(48). Bij Cras fungeerde het beroep op

dwang), bedrog ('dolus') en minderjarigheid, de 'exceptio rei judicatae' en 'exceptio jurisjurandi' en hulpmiddelen die de overeenkomst ten dele krachteloos maken: boedelafstand en 'laesio enormis'. Van der Keessel (zie volgende noot) noemde de dading niet, wel ruil en inbetalinggeving.

46. Men vergelijkte C. van Bijnkershoeck, *Observationes tumultuariarum* (ediderunt E.M. Meijers et al.), tomus primus, Haarlem 1926 en tomus secundus, Haarlem 1934, nrs 62, 900, 1378, 1523 en 1886; W. Pauw, *Observationes tumultuariarum novae* (ediderunt H.F.W.D. Fischer et al.), Haarlem 1967-1970, onder 'laesio enormis'. Vgl. ook D.G. van der Keessel, *Praelectiones iuris hodierni ad Hugonis Grotii Introductionem ad iurisprudentiam Hollandicam* (ediderunt P. van Warmelo et al.), vijfde band, Amsterdam-Kaapstad 1967, 560-561.

47. Wolff (zie noot 19), par. 602.

48. Het betreft de *Dissertatio de aequitate cerebrina L. 2 Cod. de Rescindenda Venditione*, Halle 1706. Vgl. K. Luig, *Der gerechte Preis in der Rechtstheorie und Rechtspraxis von Christian Thomasius (1655-1728)*, in: *Diritto e potere nella storia Europea* (Atti in onore di Bruni Paradisi), II, Firenze 1982, 775 ev. Voor de 'aequitas cerebrina', vgl. o.a. Jansen (zie noot 36), sub voce. In de 18e eeuw werd de 'aequitas cerebrina' vooral ingezet als wapen tegen de door het natuurrecht veroorzaakte willekeur. Volgens Dekkers (zie noot 43), no. 218 (p. 129) was Thomasius de eerste die een dergelijke frontale aanval op de 'laesio' opende. De tekst werd ook door G. Noodt - een tijdgenoot van Thomasius - op de korrel genomen, maar vanuit een tekstkritisch perspectief. Noodt zag C. 4.44.2 niet als een algemene

Thomasius reeds als argument om de 'laesio' uit zijn ontwerp voor een burgerlijk wetboek te weren en ook tijdens de beraadslagingen over het ontwerp dat uiteindelijk in ons BW is terecht gekomen, werd de opvatting van Thomasius aangevoerd om de regeling buiten het wetboek te houden. Zijn uitgangspunt - de eigen verantwoordelijkheid - paste dan ook goed in het opkomende liberale denken van die tijd(49). Na de revolutionaire woelingen van 1848 in grote steden als Parijs en Berlijn nam de vreugde over het weglaten van de 'laesio' uit ons BW nog aanzienlijk toe. Deze regeling werd namelijk beschouwd als socialistisch van aard. Met man en macht moest na 1848 de verpestende en vernietigende geest van het socialisme in Nederland tegengegaan worden(50). In het huidige BW vindt men bij de regeling van boedelscheiding nog een herinnering aan de leer van het 'justum pretium' (art. 1158 lid 3 BW: boedelscheiding wordt te niet gedaan ter zake van een benadeling, meer dan een vierde gedeelte bedragende).

De vraag rijst hoe wij in onze tijd - nu de regeling van de 'laesio' niet in ons BW is opgenomen - een zeer ernstige benadeling bij de koop tegemoet moeten treden. De Hoge Raad heeft de leer van het 'justum pretium' zonder bijkomende omstandigheden in een aantal arresten verworpen (onder andere HR 13 nov. 1936, NJ '37, no. 433 en HR 11 jan. 1957, NJ '59, no. 37, Bovag II). In Asser-Rutten wordt ter ondersteuning van deze afwijzing gewezen op de ondermijning van de zekerheid in handel en verkeer en op de vermindering van het verantwoordelijkheidsgevoel, wanneer de 'laesio' aanvaard zou worden(51). Deze argumenten vonden we reeds bij Thomasius. Uit het laatstgenoemde arrest van de HR, Bovag II, en uit een later vonnis en arresten (van de Rb Utrecht 7 april 1961, NJ '62, no. 179; HR 29 mei 1964, NJ '65, no. 104 (Van Elmbt/Feierabend) en HR 13 juni 1975, NJ '76, no. 198) kan men wel een manier afleiden om een geval van zeer sterke ongelijk-

regel, maar als een bijzonder geval (een rescript van Diocletianus aan een zekere verkoper Lupus over een bepaald stuk grond). Hij gaat in het Romeinse recht (m.n. Digesten) op zoek naar andere bijzondere gevallen om zo eventueel een regel op te sporen.

49. Voor Cras: Aa, De Smidt en Huussen jr (zie noot 41), 42. Voor het BW: J.C. Voorduyn, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken*, V, Utrecht 1838, 146 ev, 148 en Asser (zie noot 42), 509 ev, 511. Zowel Cras als zijn opvolger-wetgever J. van der Linden meenden dat in een land van koophandel "zulk een stelzel van Regt [laesio enormis] onvoegzaam is". Voor Van der Linden: J.Th. de Smidt, [Heruitgave van:] Joannes van der Linden, *Ontwerp Burgerlijk Wetboek 1807/1808*, Amsterdam 1967, 159. Ook in Frankrijk speelden de denkbeelden van Thomasius een belangrijke rol in de wetgevingsdiscussie, maar de 'laesio' is toch - voornamelijk beperkt tot de koopovereenkomst - in de Cc terecht gekomen: art. 1118 en 1674 ev Cc (bij koop van onroerende goederen in het geval van een benadeling van 7/12 van de prijs).

50. J. de Witte van Citters, *De Nederlandsche wetgeving en het socialismus*, in: Themis 1849, 455 ev, 467.

51. Asser-Rutten II, *Verbintenissenrecht. Algemene leer der overeenkomsten*, Zwolle 1979 (vijfde druk), 36.

waardigheid in prestatie aan te pakken: via art. 1371 BW (overeenkomst zonder (geoorloofde) oorzaak). Wanneer de benadeelde partij een onevenredige last heeft aanvaard, zal dit vaak onder druk van bepaalde omstandigheden (bijvoorbeeld misbruik van noodtoestand, lichtzinnigheid of iets dergelijks) gebeurd zijn. De overeenkomst is dan in strijd met de goede zeden en ontbeert derhalve een geoorloofde oorzaak. Het rechtsgevolg is nietigheid. In het Nieuw Burgerlijk Wetboek (NBW) zal deze weg van de ongeoorloofde oorzaak niet meer bewandeld behoeven te worden, want misbruik van omstandigheden is opgenomen onder de wilsgebreken (art. 3.2.10 lid 4 NBW)(52). In art. 3.2.17c lid 1 NBW wordt bepaald dat een beroep op misbruik van omstandigheden vervalt, wanneer de wederpartij tijdig een wijziging van de gevolgen van de rechtshandeling voorstelt die het nadeel op afdoende wijze opheft. Met deze mogelijkheid keert men bijna terug tot de oude regeling van de 'laesio'. Rechtsgevolg van een geslaagd beroep op misbruik is vernietigbaarheid. Bij een zeer ernstige benadeling kan vanzelfsprekend ook één van de andere wilsgebreken van toepassing zijn (dwaling, dwang of bedrog). Een vrij duidelijk voorbeeld van 'laesio' dat in onze tijd via dwaling werd geprobeerd, was het geval van de Kantharos van Stevensweert (HR 19 juni 1959, NJ '60, no. 59). De eis werd ontzegd. Zowel verkoper als koper wisten niet wat de werkelijke waarde van de beker was. Voor een 'laesio' was deze onwetendheid niet belangrijk. De beker had op het moment van sluiten van de koopovereenkomst(en) reeds de hoge waarde, zodat er sprake was van een ernstig nadeel aan de kant van de verkoper.

Tot slot. Bij de 'laesio enormis' is het zeker dat deze regeling met een beroep op de opvattingen van Thomasius uit het BW werd geweerd. Met betrekking tot een ander leerstuk is zijn 'negatieve' invloed moeilijker te traceren en blijft er grote onzekerheid: misbruik van recht. Volgens Van den Bergh bestond er een oude door de glossatoren reeds neergelegde (Glosse 'habere' op D. 39.3.1.12) en tot de 18e eeuw niet betwiste opvatting dat men van zijn recht nooit misbruik mocht maken (zonder daar zelf een redelijk belang bij te hebben). Deze leer werd door de meeste natuurrechtsgeleerden van harte ondersteund (men vergelijk bijvoorbeeld Chr. Wolff, die misbruik aanneemt, wanneer het gebruik van een recht niet door een plicht wordt gevorderd). Het was opnieuw Thomasius, die roet in het eten gooide en het leerstuk verwierp. Hij achtte hiervoor geen grondslag in de rede of in de wetten aanwezig. Men had een recht of men had het niet; een derde mogelijkheid bracht alleen maar rechtsonzekerheid. Bij Pothier wordt geen regeling over misbruik van recht aangetroffen (de hamvraag echter:

52. In het BGB par. 138, II vindt men ernstige vermogensbenadeling eveneens geregeld in het kader van misbruik van omstandigheden. Een dergelijk misbruik kan leiden tot nietigheid wegens strijd met de goede zeden. Vgl. voor Nederland: C.J. van Zeben, *De leer van het justum pretium en misbruik van omstandigheden*, Zwolle 1960; J.L.P. Cahen, *Misbruik van omstandigheden*, Arnhem 1983. Voor nietigheid en vernietiging: Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer 1988. O.K. Brahn, *Zwaartepunten van het nieuwe vermogensrecht*, Arnhem 1984 (tweede druk), 211-212.

onder invloed van Thomasius?), en (dus) ook niet in de Cc en in het BW. De breuk met de traditie is - zoals bekend - in Frankrijk reeds in de 19e eeuw door de jurisprudentie hersteld (het beroemde arrest van het Hof van Colmar (1855) over de loze schoorsteen op het dak met als enige doel het pesten van de buurman). De theorie van het rechtsmisbruik vormde dan meestal een onderdeel van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (art. 1382 Cc). De Nederlandse rechters volgden in onze eeuw het voorbeeld van hun Franse collega's, wat begin jaren zeventig uitmondde in het bekende Amotie-arrest (Grensoverschrijdende garage: HR 17 april 1971, NJ '71, no. 89)(53).

7. Slotopmerkingen

Ons BW van 1838 is een natuurrechtelijk nakomertje. De overige familieleden hebben immers reeds tussen 1794 en 1811 het levenslicht gezien. Dit leeftijdsverschil heeft vermoedelijk ervoor gezorgd dat de natuurrechtelijke invloed op ons BW vergeleken met bijvoorbeeld de Cc voor een aantal regelingen (zoals in het geval van overdracht van onroerende goederen) is teruggedrongen, maar dat geldt niet voor alle bepalingen. Bovendien werd het natuurrecht in geen enkel opzicht uit het juridische onderwijs gedrongen, zodat - in principe - iedere student natuurrechtelijk privaatrecht gedoceerd kreeg. Daardoor was in ieder geval de mogelijkheid aanwezig, dat het natuurrecht behalve via de Cc ook een rechtstreekse invloed had. In het onderhavige artikel is slechts een zeer voorlopige aanzet gegeven om deze invloed op te sporen. Het is dan ook met name bedoeld als signalering.

Omdat het BW nauw verwant is aan de Cc, is rechtsvergelijking onontkoombaar. Maar - om met Thieme te waarschuwen - "Natuurrecht ist nicht geschichtliche Rechtsvergleichung" of "vergleichende Rechtsgeschichte". Het feit dat een bepaalde regeling in twee (of meer) wetboeken voorkomt, maakt niet dat er sprake is van natuurrecht. Het is zinvol het natuurrecht van de 18e en 19e eeuw - als fase in de geschiedenis der rechtswetenschap - te bestuderen vanwege de mogelijke zelfstandige invloed op de in die tijd tot stand gekomen wetboeken, maar men mag nooit vergeten dat natuurrechtsaanhangers tevens appelleren aan 'hogere' principes, aan "was rechtens sein

53. Van den Bergh (zie noot 15),55-56. De dissertatie van Thomasius wordt door hem gedeeltelijk in tekst nr. 36 weergegeven. Voor Wolff (zie noot 19), par. 66. De Duitsers hebben misbruik van recht wettelijk geregeld: par. 226 BGB. In het NBW is een artikel over misbruik van bevoegdheid opgenomen: art. 3.1.1.14 NBW (met marginale toetsing; aansprakelijkheid o.g.v. art. 6.3.1.1 NBW). Een species van deze bepaling met betrekking tot 'overbouwen' (misbruik van eigenaarsbevoegdheden) staat in art. 5.4.16 NBW (beperking van de bevoegdheid om amotie te vorderen). Een recent rechts-historisch artikel over misbruik van recht: J.E. Spruit, *Malitii non indulgendum esse*, in: J.E. Spruit-M. v.d. Vrugt, *Brocardica in honorem G.C.J.J. van den Bergh*, Deventer 1987, 95-101 (met bronnen en literatuur). Over misbruik van recht nu en in het NBW: R.J.P. Kottenhagen-P.A. Kottenhagen-Edzes, *Hinder en misbruik van recht in het nieuw BW*, in: NJB 1983, 625 ev.

soll", ofwel aan de toetsstenen van een stellig recht(54). Natuurrecht omvat ook een politieke keuze, vandaar dat de 19e-eeuwse natuurrechtsaanhangers zich het 'recht' voorbehouden het natuurrecht als een subsidiair recht te hanteren. Zij lieten in hun systemen rechtszekerheid en rechtvaardigheid elkaar de hand reiken.

C.J.H. Jansen

54. Dit kwam heel duidelijk naar voren bij de opleving van het natuurrecht in de Duitse rechtspraak na de Tweede Wereldoorlog; men vgl. W. Rosenbaum, *Natuurrecht und positives recht. Rechtssoziologische Untersuchungen zum Einfluss der Naturrechtslehre auf die Rechtspraxis in Deutschland seit Beginn des 19. Jahrhunderts*, [Neuwied und Darmstadt 1972], met veel literatuur.