

# Privaatrecht voor rovers en moordenaars

HISTORISCH-KRITISCHE KANTTEKENINGEN BIJ ARTIKEL 6:211 BW

*Jeroen M.J. Chorus\**

De geschiedenis van het privaatrecht brengt ons in aanraking met andere tijden, andere zeden, andere landen en andere wijzen — en al dat andere is van het grootste belang voor het begrijpen van onze eigen tijd, onze zeden, ons land en onze rechtsgeleerde wijs. Om de lezer nog eens te doordringen van dit inzicht zullen wij drie onderwerpen bezien. Eerst het maatschapscontract met een ongeoorloofde inhoud; bij voorbeeld: de roversbende die Pief en Paf met elkaar zijn overeengekomen. Ten tweede de aktie tot nakoming van zo'n schandelijk contract; bij voorbeeld: de ene rover, Pief dus, vordert zijn aandeel in de buit die in handen is van zijn maatschapspartner Paf. Ten derde de aktie tot restitutie van onzedelijke betalingen; bij voorbeeld: Pief eist van Paf de pistolen terug die hij hem had gegeven om meer indruk te maken op de klanten.

## I

In de regeling van de maatschap in het oude Burgerlijke Wetboek was het voorschrift opgenomen dat de maatschap 'een geoorloofd onderwerp' heeft. De bepaling stond in het eerste lid van artikel 1656. Ze is gesneuveld bij de invoering van het nieuwe vermogensrecht. Ze kon blijkbaar worden gemist.<sup>1</sup>

De litteratuur<sup>2</sup> placht te volstaan met de opmerking dat de eis van een geoorloofd onderwerp voor de maatschap iedere afzonderlijke betekenis miste, want de maatschap is een obligatoire overeenkomst en heeft dus al te voldoen aan de algemene vereisten voor de totstandkoming van overeenkom-

\* Mr. J.M.J. Chorus, raadsheer in het gerechtshof te Amsterdam, was hoogleraar in de historische ontwikkeling van het recht aan de Rijksuniversiteit Leiden (1986-1993). Aan deze bijdrage ligt zijn afscheidscollege ten grondslag, op 2 november 1993 gehouden.

1. Art. 1656 lid 1 BW (oud): 'Alle maatschap moet een geoorloofd onderwerp hebben, en tot het gemeenschappelijk belang der partijen aangegaan worden'. De Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw BW (zevende gedeelte) bepaalt: 'Artikel 1656 vervalt'. De MvT bij het ontwerp (Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. 3, 5 en 6), 420, onder Art. 1662) verwijst naar de Toelichting op art. 7.13.1.3. Aldaar (1090) lezen wij dat de bepaling overbodig is zoals in de litteratuur algemeen wordt aanvaard.
2. De Toelichting op art. 7.13.1.3 (1090 nt. 11, daterend uit 1972) verwijst naar Asser-Kamphuisen (1960<sup>3</sup>), 473 en 485. Sedertdien bijv. Asser-Maeijer, 1989<sup>5</sup>, no. 7.

sten. Een kniesoor die nu opmerkt dat het oude Burgerlijke Wetboek niet precies het algemene vereiste van een geoorloofd 'onderwerp' kende. Het is waar dat de wet voor het onderwerp slechts eiste dat het bepaald was, en alleen voor de oorzaak verlangde dat ze geoorloofd was.<sup>3</sup> Aannemelijk is echter dat ook het onderwerp van de overeenkomst onder het oude Burgerlijke Wetboek geoorloofd moest zijn. Was het onderwerp niet geoorloofd, dan automatisch ook de oorzaak niet.<sup>4</sup> In het nieuwe Boek 3 zijn onderwerp en oorzaak, in dit verband, gemoderniseerd tot inhoud en strekking.<sup>5</sup>

Waarom is die overbodige regel voor de maatschap in het wetboek terecht gekomen? Het antwoord is standaard. Het artikel is een eenvoudige vertaling van het corresponderende artikel in de Code civil, artikel 1833.<sup>6</sup> De vraag wordt nu: waarom verlangt artikel 1833 van de Code civil speciaal voor de maatschap een geoorloofd onderwerp, *un objet licite*? Het antwoord is alweer niet anders dan men zou verwachten. Die speciale eis komt ook al voor in de onmiddellijke bron van deze regeling. Zoals doorgaans bij het verbintenissenrecht, zijn dat de werken van Robert-Joseph Pothier. Het zijn de boeken uit de laatste twaalf jaren van zijn leven, na 1760, toen hij al veertig jaren raadshoofd was in het praesidiale gerecht van Orleans en sinds tien jaren tevens hoogleraar was aan de universiteit van Orleans.<sup>7</sup> In dit geval gaat het om de *Traité du contrat de société*.<sup>8</sup> Pothier formuleert op zijn gewone heldere wijze het vereiste dat de affaire die *objet* van de maatschap vormt, iets geoorloofs is. Hij geeft ook illustraties. Als personen zich verenigen met het oog op smokkelarij, *un commerce de contrebande*, is die maatschap nietig, net als de overeenkomst om een *mauvais lieu* — wat wel een huis van zonde zal zijn — te houden, of ten slotte de maatschap om te stelen.<sup>9</sup>

Pothier beroept zich op enkele teksten uit de Digesten van Justinianus. Wanneer we die teksten opslaan zien we dat de regel over het geoorloofde

3. Artt. 1356, 1369 lid 1, 1371 BW (oud).
4. Zie bijv. Asser-Rutten II, 1982<sup>o</sup>, 156-157, waar gesproken wordt van de vrijwel algemeen aanvaarde opvatting dat de wetgever met het onderwerp van de overeenkomst heeft bedoeld het voorwerp van de verbintenis, de prestatie dus, en even verder wordt vermeld dat volgens de traditie voor de geldigheid van een verbintenis vereist is dat haar voorwerp geoorloofd is, waarbij de eis van de geoorlooftheid van de prestatie opgaat in het leerstuk der geoorloofde oorzaak. Zie ook Asser-Rutten I, 1981<sup>o</sup>, 13.
5. Art. 3:40 lid 1 BW. Zie voor de begrippen inhoud en strekking bijv. Asser-Hartkamp II, 1993<sup>o</sup>, no. 259.
6. Art. 1833 lid 4 Cc: 'Toute société doit avoir un objet licite, et être contractée pour l'intérêt commun des parties'.
7. Pothier werd in 1720 *conseilleraan de siège Présidial*, een middelhoog gerecht, te Orleans en in 1749 hoogleraar aan de Universiteit van Orleans. Van de bedoelde werken is het voornaamste de *Traité des obligations* van 1761. De door ons gebruikte editie is die in de *Oeuvres complètes de Pothier* van Rogron en Fribach, Paris 1830.
8. Van 1765. Ook hiervan hebben wij de (in nt. 7) genoemde editie 1830 gebruikt. Over de invloed van dit werk in Nederland: W.D.H. Asser, *L'influence d'un juriste orléanais du XVIIIe siècle en Hollande*, in: *Etudes néerlandaises ...*, Bulletin de la Soc. arch. et hist. de l'Orléanais, N.s., t.9, no. 68 (1985), 179-189.
9. Pothier, *Traité du contrat de société*, no. 14.

onderwerp van de maatschap al door Romeinse juristen van het midden van de tweede eeuw, Pomponius en Gaius, onder woorden is gebracht, vrijwel dezelfde woorden als die van het oude Burgerlijke Wetboek. De Romeinse *societas* moest er een zijn betreffende een *honesta et licita res*.<sup>10</sup>

Komt het nu ooit voor dat op grond van zulke overeenkomsten tussen misdadigers wordt geprocedeerd? Welke smokkelaar is zo onnozel dat hij zijn maat in rechte betreft om verdeling van de winst van de smokkelmaatschap te vorderen? Dat komt zo goed als nooit voor. Uit de behandeling van de illustraties bij Pothier en ook bij de Romeinse juristen krijgt men de indruk dat het niet om werkelijk gebeurde gevallen gaat, of liever, de feiten hebben zich vast wel voorgedaan, maar ze zijn niet aan de rechter voorgelegd, althans niet voor de privaatrechtelijke aspecten ervan.

Doet zich toch eens zo'n zaak voor, dan wordt ze beroemd. Wij nemen nu de jaargang van de *Law Quarterly Review* van honderd jaar geleden, 1893, uit de kast. Dat tijdschrift was negen jaren eerder opgericht door Sir Frederick Pollock en het werd geheel alleen door hem geredigeerd. Sir Frederick, die later ook rechterlijke ambten zou vervullen, was toen nog de *Corpus Professor of Jurisprudence* in Oxford. Zijn professoraat was, wat het onderwijs aangaat, een ramp. Lawson zegt: geen van zijn collega-hoogleraren kon zijn nutteloosheid als docent ook maar benaderen. Dat is één kant van Pollock, maar tegelijkertijd was hij één van de grootste Britse juristen van zijn tijd, en onder hen verreweg de belangrijkste schrijver. Beter dan wie ook is hij erin geslaagd stukken van het Engelse recht, in het bijzonder het contractenrecht en de *torts* (onrechtmatige daden), ècht begrijpelijk te maken — al zag hij soms orde waar ze niet bestond.<sup>11</sup>

Ook Sir Frederick dacht dat verhalen over procedures tussen boeven, sprookjes waren. Hij vermeldde in zijn boek over *Contract*<sup>12</sup> de *highwayman*, een struikrover, die zijn maat aansprak tot uitkering van zijn aandeel in de buit van de roversmaatschap. Hij noemde dit een *legal legend*, een rechtsgeleerde fabel. Bij de *Law Quarterly Review* kwam nu een ingezonden stuk binnen dat Pollock opnam in het aprilnummer van 1893. De *learned correspondent* — in elk geval dus een jurist — wees erop dat het verhaal ook in een vonnis voorkwam. In een uitspraak van 1797 had namelijk de Chief Justice van de King's Bench, Lord Kenyon, gezegd dat hij van het geval van de *highwayman* had gehoord. Nu was Pollock allesbehalve iemand die zich

10. Pothier citeert Ulp. D 27.3.1.14 en Gai. D 18.1.35.2. De eerste tekst heeft 'eigenlijk' niets met maatschap te maken maar met bedrog gepleegd door medevoogden over een onvolwassen. De uitspraak van Pomponius die wij bedoelen, is te vinden in Ulp.-Pomp. D 17.2.57. Fraaie casuïstiek inzake vermogensrechtelijke gevolgen van delicten voor de maatschap is te vinden in Ulp.-Pomp.-Paul. D 17.2.52.17 tot en met 17.2.56, met citaten van enige oudere juristen.

11. Pollock was *Corpus professor of jurisprudence* in Oxford 1883-1903. De meeste gegevens en de vermelde beoordeling van Pollock bij F.H. Lawson, *The Oxford Law School 1850-1965*, Oxford 1968, 72-74.

12. Pollock, *Contract*, 1889<sup>s</sup>, 263 in een noot.

gemakkelijk gewonnen gaf. Hij liet dus onder het ingezonden stuk afdrukken: ‘Het is onduidelijk of Lord Kenyon het verhaal zelf geloofde. Wij weigeren nog steeds het te geloven, en kunnen alleen veronderstellen dat het teruggaat op een, nu verder vergeten, grap in de *chambers* van een *equity lawyer*’.<sup>13</sup> Wij merken op dat professor Pollock dit niet als een academisch geval wilde kenschetsen.

Maar in het julinummer van hetzelfde jaar van de *Law Quarterly Review* lezen we: ‘Truth is stranger than fiction’, de waarheid is fantastischer dan wat men kan verzinnen. ‘The story of (the) highwayman ... which we had always doubted ..., is correct after all’. Het was een *case* die de equity-afdeling van de Court of Exchequer werkelijk in 1725 had beslist.<sup>14</sup>

De eiser in de zaak heette John Everet, wonende te Clerkenwell, onder Londen, en de gedaagde heette Joseph Williams. Everet stelde, hij had met Williams mondeling een *partnership* gesloten voor de duur van een jaar, tot Michaelmas, dat is 29 september, 1721. Doel van de maatschap was het wat vage ‘zaken doen’, in allerlei goederen, zoals paarden, zilverwerk, ringen, horloges, wandelstokken, degens, en het verkopen daarvan.

Everet bood aan te bewijzen dat hij ook inderdaad ingevolge de overeenkomst talloze malen met Williams samen zaken had gedaan en dat dit meer dan £ 2000 had opgebracht. Zo hadden zij met veel succes zaken gedaan op de heide bij Hounslow, waar zij handel dreven met een heer aangaande een gouden horloge. Een maand later was Williams met het bericht gekomen dat er in Blackheath een gentleman was die een goed paard, teugels, zadel, horloge, degen en stok had en dat konden zij allemaal, naar hij meende, voor weinig of geen geld hebben, mits zij de voornoemde gentleman konden overtuigen afstand te doen van deze dingen. Zij waren dus naar Blackheath gegaan en na een kort gesprek met de gentleman kregen zij opgemeld paard, teugels, zadel, horloge, degen en stok voor een zeer laag tarief, hoewel die spullen zeker £ 50 of meer waard waren. Verdere transakties waren verricht in Finchley, Bagshot, Salisbury en Hampstead. De eiser vorderde dat het gerecht zou bevelen dat de gedaagde eerlijke rekening en verantwoording zou

13. Pollock, LQR 9 (1893), 105-106. In het ingezonden stuk is overigens niet alleen de vindplaats van Lord Kenyons uitspraak vermeld maar ook die van de zaak van de *highwayman* (zie nt. 14).

14. LQR 9 (1893), 197-199. In de zaak van *Everet v. Williams* was de inleidende *bill* in of vóór 1725 ingediend bij de equity-afdeling van de Court of Exchequer, die daarop ook besliste in 1725, maar de zaak werd pas vele jaren later *reported* en, tot Pollocks verontschuldiging, op een ongewone plaats: in *The European Magazine*, and *London Review* 11 (1787), 360-364, als een ingezonden bijdrage ‘to the Philological Society’. Dat tijdschrift was geen juridisch, eerder zoiets als een spectatoriaal periodiek. De *bill* en *orders* (van het gerecht) zijn in extenso met verdere gegevens in de *European Magazine* afgedrukt. Pollock geeft in de LQR een samenvatting met correctie van de *orders* aan de hand van de originelen in de Record Office. Zie over de weinig bekende equity-jurisdicctie van de Court of Exchequer (die tot 1842 heeft bestaan) W. Holdsworth, *A History of English law*, 1, London 1956<sup>7</sup>, 238-242. Lord Kenyon situeerde de zaak ten onrechte in de Court of Chancery.

doen en zou betalen wat in rechtvaardigheid aan de eiser toekwam, alles overeenkomstig *equity and good conscience*. Alleen deze laatste woorden zijn gewone termen in een vordering gegrond op het equity-recht.

Het is niet moeilijk te raden hoe deze zaak is afgelopen. Op 30 oktober 1725 - een zaterdag, dus een gewone zittingsdag - gelastte het gerecht, op verzoek van de barrister van de gedaagde, een nader onderzoek *for scandal and impertinence*, inzake schandelijkheid en onbeschaamdheid, bij ons beter bekend als *contempt of court*. Twee weken later werd de vordering in de hoofdzaak afgewezen.<sup>15</sup> Nog weer een paar weken later werd beslist<sup>16</sup> dat het gerecht inderdaad was beledigd. De beide solicitors voor de eiser kregen daarvoor elk een boete van £ 50 en de barrister van de eiser werd verwezen in de gedingkosten van de gedaagde, uit de eigen beurs van de barrister te voldoen.<sup>17</sup> We vernemen verder nog dat de gedaagde die het proces in 1725 had gewonnen, daarvan niet langdurig heeft kunnen genieten. Hij werd in 1727 in Maidstone opgehangen. Trouwens ook John Everet, de eisende partij, werd opgehangen, om voor ons niet na te speuren redenen echter pas in 1730 en in Tyburn. Een van de solicitors die in 1725 al een boete hadden gekregen, werd in 1735 veroordeeld wegens beroving van een zekere Doctor Lancaster, maar hij kreeg gratie en werd getransporteerd naar een strafkolonie (dat kan nog niet Botany Bay, bij Sidney, zijn geweest, want Captain Cook zou daar pas in 1770 voet aan wal zetten).

## II

Wij komen bij het tweede onderwerp van deze bijdrage: de nakomingsaktie. Hoe zou de beslissing in de hoofdzaak in Everet tegen Williams gemotiveerd zijn? Zo ongeveer als volgt. Het maatschapscontract is nietig wegens strijd met de goede zeden. De ene maat kan dan geen nakoming vorderen van de andere. Afrekening van de maatschapswinst zou nakoming zijn. De vordering moet dus worden afgewezen.<sup>18</sup>

In het Engelse recht is het op dit punt — zeldzaam geval — niet anders dan in het Franse. In de Romeinse Oudheid was het al zo. In het Europese *ius commune* is het zo gebleven.<sup>19</sup> Het Rooms-Hollandse recht, dat in de provin-

15. 13 november 1725. European Magazine noch LQR geven de motivering.

16. 6 december 1725.

17. '... and it is ordered by the Court that Jonathan Collins, Esq. [de barrister aan de kant van Everet], whose hand appears to be set to the said Bill [d.i. de leidende *bill*], do pay the defendant [Williams] such costs as the Deputy shall tax, and the Court declares the indignity to the Court as satisfied by the said fines [d.i. die voor de solicitors], and the Deputy not to consider the scandal in the taxation [van de gedingkosten die Collins had te betalen].’ LQR t.a.p., 199.

18. Zie voor het Engelse recht bijv. R.C.I’Anson Banks, Lindley & Banks on partnership, London 1990<sup>16</sup>, nos. 8-50 t/m 8-55, 128-130.

19. Zie bijv. R. Zimmermann, The law of obligations ..., Cape Town etc. 1990, 712-713, en H. Coing, Europäisches Privatrecht, I. Älteres gemeines Recht (1500 bis 1800), München 1985, 414.

cie Holland vóór 1809 gold, wijkt daar niet van af.<sup>20</sup> En ook in het moderne Nederlandse recht is de nakomingsaktie bij een contract in strijd met de goede zeden altijd uitgesloten.<sup>21</sup>

Er is op dit punt in de privaatrechtsgeschiedenis eigenlijk maar één dissident, maar het is wél een belangrijke: Hugo de Groot. Niet zozeer in zijn beschrijving van het privaatrecht van Holland,<sup>22</sup> maar in zijn *De iure belli ac pacis*, van 1625. Hier verdedigt hij, voor het natuurrecht, de leer dat de toezegging van een beloning voor een nog te plegen misdrijf, niet zonder meer nietig is. Dit betreft niet alle contracten in strijd met de goede zeden. De Groot onderscheidt ze in twee categorieën: contracten met een verboden inhoud en contracten met alleen een verboden oorzaak. Als het plegen van een misdrijf wordt toegezegd, is dat een contract met een verboden inhoud. Dit is volgens De Groot ook naar natuurrecht zonder meer nietig en het kan ook niet naderhand alsnog geldig worden.<sup>23</sup>

Bij de tweede categorie ligt het enigszins anders. Als een beloning wordt toegezegd voor een misdrijf, zeg een moord, is de inhoud van het contract in De Groots leer op zichzelf genomen alleen het geven van de beloning en dat is niet intrinsiek onbehoorlijk. Het verbodene zit hem in de oorzaak waarom is toegezegd: de nog te plegen moord. Ongetwijfeld lijdt ook dit contract aan een defekt en de huurmoordenaar zal zijn beloning voorshands niet kunnen vorderen. De Groot beredeneert de blokkade van de loonvordering in dit stadium van het contract als volgt. Zou de toegezegde beloning afdwingbaar zijn, dan zou zij aanzetten tot het doen van kwaad en dat is naar natuurrecht

20. A.S. de Blécourt en H.F.W.D. Fischer, Kort begrip van het oud-vaderlands burgerlijk recht, Groningen 1959<sup>7</sup>, 298 bij nt. 1 (summer).

21. Verg. art. 3:40 lid 1 BW: 'Een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden ..., is nietig'.

22. H. de Groot, Inleidinge tot de Hollandsche rechts-geleerdheid, 1631, editie F. Dovring *et al.*, Leiden 1952, 3.1.42-43: 'De verbintenissen zijn niet alleen nietig daer door beloofd werd ... een zaeck die door 't aenghebooren recht onghoorloft is, maer oock daer by iet beloofd werd dat nae de burgerwet ende zeden oneerlick [d.i. in strijd met de goede zeden] werd ghehouden, als om iet quaeds te doen ... Insgelijcks zijn nietig de verbintenissen die spruiten uit een oneerlijcke oorzaeck ofte inzicht ...'.

23. H. Grotii, *De iure belli ac pacis*, 1625, editie (met De Groots toevoegingen uit latere drukken) B.J.A. de Kanter-van Hettinga Tromp, Lugduni Batavorum 1939, herdruk met nieuwe annotaties van R. Feenstra *et al.*, Aalen 1993. Aldaar, 2.11.8.1-2: 'Materiam promissi ... oportet esse aut esse posse in iure promittentis, ut promissum sit efficax. Quare primum non valent promissa facti per se illiciti: quia ad illa nemo ius habet nec potest habere ... Quod si res nunc non sit in potestate promittentis, sed esse aliquando possit, erit in pendenti efficacia; quia tum promissio facta censori debet sub conditione, si res in potestatem venerit ...' (vert.: De inhoud van het toegezegde behoort in de macht van de toezegger te liggen, of te kunnen liggen, wil het toegezegde geldig zijn. Daarom zijn allereerst niet geldig toezeggingen van een handeling die op zichzelf al ongeoorloofd is, omdat niemand de macht daartoe heeft en ook niet kan hebben ... Doch als iets nu niet in de macht van de toezegger ligt maar eenmaal in zijn macht kan liggen, zal de geldigheid hangende zijn, want dan moet de toezegging geacht worden te zijn gedaan op voorwaarde dat het in zijn macht komt).

een obstakel waarop de vordering strandt.<sup>24</sup> Tot zover hoeft deze uiteenzetting geen opzien te baren. Maar nu blijkt dat De Groot een aap in de mouw van zijn zeventiende-eeuwse buis verstopt heeft. De Groot trekt de lijn van zijn redenering over het aanzetten tot kwaaddoen door naar het stadium ná het volbrengen van de moord. Als het kwaad eenmaal gedaan is, kan men niet langer aanzetten tot dit kwaaddoen. Het defekt dat in het contract zat, verdwijnt zodra de moord gepleegd is. De krasse gevolgtrekking wordt dan: dat het contract op het tijdstip van de moord convalesceert, van kracht wordt. De toezegging is niet langer verlamd.<sup>25</sup> De moordenaar mag, volgens dit natuurrecht, zijn beloning opeisen.

Zoals dat toen nog kon beriep De Groot zich hier op het gezag van de bijbel, en wel Genesis 38, de geschiedenis van Tamar.<sup>26</sup> Tamar is een schoondochter van aartsvader Juda, die weer de oudste zoon van aartsvader Jakob is, en Juda had Tamar onrecht aangedaan door haar niet, ofschoon ze weduwe was geworden, als vrouw te geven aan een andere zoon. Het gaat De Groot om een detail in de geschiedenis. Tamar is gesluierd langs de weg naar Timna gaan zitten en wacht totdat Juda langskomt. 'Als nu Juda haar zag, zoo hield hij ze voor eene hoer, overmits zij haar aangezicht bedekt had ... en zeide: Kom toch, laat mij tot u ingaan ... En zij zeide: Wat zult gij mij geven, dat gij tot mij ingaat? En hij zeide: Ik zal u eenen geitenbok van de kudde zenden ... en ging tot haar in ... En Juda zond den geitenbok'. Kortom: Juda

24. De iure belli ac pacis, 2.11.9, in het begin: 'Quaeri hic solet an promissio facta ob causam naturaliter vitiosam ipsa natura valeat, ut si quid promittatur homicidii perpetrandi causa. Hic ipsam promissionem vitiosam esse satis apparet: in hoc enim adhibetur ut alter impellatur ad malum facinus' (vert.: Hier pleegt men de vraag op te werpen of de toezegging, wegens een volgens de natuur defekte oorzaak gedaan, van nature geldig is, zoals indien iets wordt toegezegd met het oog op het plegen van een moord. Het is wel duidelijk dat hier die toezegging defekt is, want ze dient hiertoe dat de ander wordt aangezet tot de kwalijke misdaad).
25. De iure belli ac pacis, 2.11.9, in het midden: '... in promissis ob causam vitiosam manet vitium quamdiu non perpetratum est crimen: tamdiu enim impletio ipsa promissi, ut mali illex, labem in se habet: quae cessare incipit peracto crimine. Unde sequitur usque ad id tempus promissionis talis efficaciam esse in pendenti, ut modo dicebamus in promissa re quae iuris nostri non est. crimine vero perpetrato iam obligationis vim exseri, quae ab initio non intrinsecus defuit, sed ab accedente vitio fuit impedita' (vert.: bij toezeggingen wegens een defekte oorzaak blijft het defekt zolang het misdrijf niet gepleegd is; zolang immers heeft de vervulling van de toezegging, als aanzet tot het kwaad, het verderf bij zich. Maar dat verderf gaat verdwijnen als het misdrijf begaan is. Daaruit volgt dat tot dat tijdstip de geldigheid van een dergelijke toezegging hangende is, zoals we dat zoëven zeiden bij de toezegging van iets dat niet in onze macht ligt [in de in noot 23 geciteerde passage]; dat echter als het misdrijf eenmaal gepleegd is, de kracht van de verbintenis zich openbaart: aanvankelijk ontbrak die kracht niet intrinsiek, maar ze werd door het bijkomstige defekt belemmerd).
26. De iure belli ac pacis, 2.11.9, aan het eind: 'Et huius rei exemplum afferri potest in Iuda Iacobi filio, qui Thamari, quam meretricem putabat, promissam mercedem, tanquam debitam, persolvit ...' (vert.: En een voorbeeld hiervan kan men aangeven bij Juda, de zoon van Jacob, die aan Tamar die hij voor een hoer hield, de toegezegde beloning, als verschuldigd, voldeed).

belofde Tamar een bok als beloning voor het misdrijf van ontucht. Hij achtte zich, toen de ontucht een feit was, kennelijk door die afspraak gebonden, want hij stuurde de bok. Hugo de Groot verduidelijkt voor ons nog, in een noot: Juda was gebonden naar de natuur; men leefde toen onder natuurrecht.<sup>27</sup>

De lezer heeft zich geenszins laten overdonderen door de hoge autoriteit van de gewijde tekst. Hij blijft verbijsterd over De Groots juristerij die tot een onaanvaardbaar resultaat heeft geleid: de moordenaar heeft na de moord recht op de toegezegde beloning. Het is geen excuus dat De Groot het niet zelf bedacht had. Ook op dit stuk is het namelijk vijftiende- en zestiende-eeuwse moraaltheologie, die De Groot als het ware in het natuurrecht recipieert.<sup>28</sup> Het is de Spaanse en Leuvense late scholastiek van Vittoria, Vazquez, Escobar, Molina en Lessius, waarover meestal alleen maar lof.<sup>29</sup> In dit geval is het evenwel sinister wat de heren aan te dragen hadden. We weerstaan de verleiding om hun bizarre casuïstiek van het loon van de zonde open te leggen. Een andere zeventiende-eeuwer, wat jonger dan De Groot, heeft de nodige onderdelen van die casuïstiek al onder vuur genomen. Wij doelen op Blaise Pascal, in zijn verdediging van de eerste Jansenisten, de moedige kloosterzusters van Port-Royal, tegen de aanval van de Franse Jezuïeten. Pascal wijdt de achtste van zijn *Provinciales*, die van 28 mei 1656, aan de leer van Lessius en zijn voorgangers over hoe misdaden niet, en vooral hoe zij wél beloond mogen worden.<sup>30</sup> Met even verrukkelijke als dodelijke spot veegt

27. De iure belli ac pacis, noot bij 'debitam' in 2.11.9 i.f.: 'Natura scilicet, secundum cuius legem tunc vivebatur. Aliter ex iure civili iudicavit C. Aquilius teste Valerio Maximo ...' (vert.: Dat wil zeggen, verschuldigd van nature; volgens de wet van de natuur leefde men toen. In andere zin, op grond van positief recht [letterlijk: ius civile], heeft Gaius Aquilius Gallus geoordeeld, zoals Valerius Maximus getuigt).

In het laatste deel van deze noot doelt De Groot op een cause célèbre uit omstreeks 70 v. Chr., beschreven door Valerius Maximus, *Facta et dicta memorabilia*, 8.2.2. Zie over die zaak tussen de advocaat Gaius Visellius Varro en zijn ex-vriendin Otacilia Laterensis, Zimmermann (nt. 19), 710-711.

28. De Groot beroept zich — bij de in nt. 25 geciteerde passage — met zoveel woorden alleen op Cajetanus 2.2, q. 32, art. 7. Het gaat hier om het commentaar van Thomas de Vio Cajetanus (verschenen 1507-1522) op de *Summa theologica* van Thomas van Aquino, in casu op quaestio 32, artikel 7, van de *Secunda secundae* (het tweede deel van het tweede deel) van die *Summa*. Wij kunnen hier niet ingaan op Cajetanus' opvattingen en op de andere wortels van De Groots leer in deze. Cajetanus, een Italiaan die in Rome werkte, is geen vertegenwoordiger van de Spaanse en Leuvense scholastiek. Bij mijn weten heeft de onderhavige leer van De Groot geen weerklank gevonden in enig stelsel van positief recht.

29. Voor de immense literatuur over de invloed van de late scholastiek op De Groot moeten wij volstaan met verwijzing in het algemeen naar de beknopte bibliografie in A.C. Eyffinger en B.P. Vermeulen, *Hugo de Groot, Denken over oorlog en vrede* (Geschiedenis van de wijsbegeerte in Nederland, 8), Baarn 1991, 164-170. Als fundamenteel blijft gelden R. Feenstra, *L'influence de la scolastique espagnole ...*, in zijn: *Fata iuris Romani*, Leyde 1974, 338-363 en 399. Daarnaast kunnen we nog noemen Feenstra's bijdrage aan *BW-krant* jaarboek 1993, Arnhem 1993, 19-32 (met in nt. 30 Cajetanus).

30. Blaise Pascal, *Huitième lettre écrite à un provincial par un de ses amis*. Pascal schreef achttien van deze brieven, die bekend staan als 'Les Provinciales'. Ze zijn voor het eerst in de loop van 1656 en 1657 verschenen, als afzonderlijke brochures in -4°, en waren

hij er de vloer mee aan. Pascal noemt De Groots boek, dat dertig jaren eerder in Parijs was verschenen, niet. Gelukkig voor De Groot en we moeten maar bedenken dat ook de goede Homerus weleens wegdommelde.<sup>31</sup>

Samuel Pufendorf steunt in tal van opzichten op De Groot, maar op dit punt wijst hij hem resoluut af. Schrijvende tijdens zijn professoraat in Lund, Zweden, in het rampjaar 1672, houdt hij ons voor dat de toezegging aan iemand van loon om hem ertoe te brengen een misdrijf te begaan, net zo min bindend is nadat hij het heeft begaan, als daarvóór. Een recht op beloning na het misdrijf is even strijdig met het natuurrecht als de aansporing vóór het misdrijf. Nakoming van de toezegging moge dan, als de daad eenmaal volbracht is, geen aanzet meer kunnen zijn om die daad te plegen, zij kan nog altijd aanzet zijn om méér van die daden te plegen.<sup>32</sup>

Een eeuw later vat Pothier de discussie nog eens bondig samen.<sup>33</sup> Hij is het geheel met Pufendorf eens. Beiden aanvaardden wèl, zoals ook de algemene rechtsopvatting overal in Europa was, dat ik, als ik vrijwillig de beloning heb betaald nadat het kwaad geschied is, geen recht heb op restitutie van het betaalde, niettegenstaande dat ik betaald heb wat ik niet schuldig was, zelfs niet schuldig bij wege van natuurlijke verbintenis. Pothier legt nog uit dat de misdadiger nu weliswaar iets in strijd met het natuurrecht ontvangen heeft en dat hij volgens zijn geweten daarvan afstand behoort te doen, maar op zijn

clandestien gedrukt om de politie te ontgaan. Wij hebben de kritische editie, verschenen bij Flammarion, 1936, gebruikt. In de achtste brief gaat het over de vraag wanneer, volgens de regels van de moraal van (voornamelijk) Jezuïeten, degenen die iets heeft ontvangen ter zake van misdadige en zondige handelingen, dat mag behouden. De huurmoordenaar, de corrupte rechter die geld van een van de partijen aanneemt, de zakenman die woekerente int, de bankroetier die goederen aan het faillissement onttrekt, de vrouw die zich laat betalen voor ontucht en de man die geld verdient met waarzeggen, passeren de revue. De kritiek van Pascal is gericht tegen de opvatting dat deze lieden het loon van hun zonde moreel gesproken in een aantal gevallen mogen behouden. Het gaat hem dus om de restitutievraag, niet zozeer om de vraag of dat loon ook opgevorderd mag worden. Wij volstaan met één illustratie (ontleend aan het laatste deel van de brief). Volgens Molina, Reginaldus, Filiutius, Escobar en Lessius is een rechter wèl verplicht om terug te geven wat hij gekregen heeft om recht te doen, tenzij het hem uit vrijgevigheid is gegeven, maar is hij nooit verplicht om terug te geven wat hij gekregen heeft van iemand ten gunste van wie hij een onrechtvaardige beslissing heeft gegeven. De rechter is immers verplicht om recht te doen en dus mag hij daarvoor geen geld vragen, maar hij is niet verplicht om onrecht te doen en dus mag hij daarvoor geld aannemen. 'Je fus tout interdit par cette fantasque décision', zegt Pascal.

31. Horatius, *Ars poetica*, 359-360:

'indignor quandoque bonus dormitat Homerus,  
verum operi longo fas est obrepere somnum'

(vert.: ik erger me wanneer de goede Homerus wegdommelt, maar toch is het geoorloofd dat de slaap bij lange arbeid overvalt).

32. Samuel Pufendorf, *De jure naturae et gentium libri octo*, 1672, 3.7.8. Wij hebben de editie Amstelaedami 1704 gebruikt. Pufendorf (1632-1694) was hoogleraar te Lund 1667-1677.

33. *Traité des obligations* (zie nt. 7), nos. 44-45, in de paragraaf gewijd aan de 'défaut de cause dans le contrat'.

beurt toch niet verbonden is om die afstand te doen, zelfs niet verbonden bij wege van een natuurlijke verbintenis.

### III

Daarmee zijn we beland bij het laatste onderwerp dat wij willen onderzoeken: de restitutieaktie. Nemen we opnieuw voor ogen onze Londense rover. Nu is de vraag: heeft rover Pief recht op terugvordering van de pistolen die hij in het kader van de nietige maatschap aan collega Paf heeft gegeven? Zulk geven moeten we immers beschouwen als onverschuldigde betaling.

Ook de restitutievrage heeft, voor de casus van de twee rovers, een eenvoudig antwoord. De vordering tot restitutie moet worden afgewezen. Het antwoord is hetzelfde voor het oude Romeinse recht,<sup>34</sup> voor het Europese *ius commune*<sup>35</sup> en in het bijzonder ook voor het Rooms-Hollandse recht,<sup>36</sup> en trouwens voor het recht van alle landen van de westerse kultuurkring,<sup>37</sup> behalve Finland, en Nederland sinds 1838. Het Nederlandse recht van na 1838 wordt nu even naar de zijlijn gestuurd. Het Finse recht laten we helemaal buiten beschouwing. In alle andere landen pleegt, en placht, men zich hier te bedienen van twee adagia, vuistregels.

De oudste van de twee vuistregels houdt in dat als zowel de eiser als de gedaagde het verwijt van strijd met de goede zeden treft, en ook bij beide partijen in dezelfde mate, de zaken op hun beloop worden gelaten. De rechter trekt zijn handen van de zaak af, hij wijst de vordering dus af. *In pari delicto potior est conditio defendentis*, zo luidt de in het Engelse recht gebruikelijke formulering.<sup>38</sup> De vertaling is: bij gelijk delikt is de positie van de gedaagde het sterkst. Het adagium is niet alleen bedoeld voor gevallen dat twee delinquenten tegenover elkaar staan. Steeds als de partijen over en weer in gelijke mate iets ongeoorloofds — delikt of geen delikt — hebben begaan, is de positie van de gedaagde het sterkst.

De andere vuistregel houdt in dat de rechter geen gehoor geeft aan iemand

34. Een goed overzicht (met literatuuropgaven) van de *condictio ob turpem causam* bij Zimmermann (nt. 19), 844-848.
35. Zie bijv. Zimmermann, 862 en Coing (nt. 19), 496.
36. Daarover onlangs Daniel Visser, *Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung*, in: R. Feenstra en R. Zimmermann (ed.), *Das römisch-holländische Recht ... (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, 7)*, Berlin 1992, 369-428, op 409-413 (waar men bij Inl. 3.1.43 in elk geval ook Inl. 3.30.17 zal betrekken).
37. Aldus de 'Toelichting-Meijers' (doch: de toelichting van het driemanschap) uit 1961 bij artikel 6.4.2.9 van het ontwerp NBW, Parl. Gesch. Boek 6, 819, met literatuuroppgave. Zie voorts bijv. Konrad Zweigert und Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung ... 2. Institutionen*, Tübingen 1984<sup>2</sup>, 308-316 (in het Engels vertaald als *Introduction to comparative law*, Oxford 1987<sup>2</sup>, 614-620), met verdere literatuur. Onlangs nog Robin Evans-Jones *et al.*, *Towards a profile of the condictio ob turpem vel injuriam causam in Scots law*, *The Juridical Review* (1994), 60-77.
38. Deze formulering komt niet in de Romeinse teksten voor, maar is wèl, in de Middeleeuwen, rechtstreeks afgeleid uit verwante formuleringen die in de Digesten en Codex van Justinianus te vinden zijn.

die zijn vordering fundeert op eigen ongeoorloofd gedrag, op zijn eigen schending van de goede zeden. *Nemo auditur suam turpitudinem allegans*.<sup>39</sup> Vertaald luidt dit: niemand vindt gehoor die zich op eigen onzedelijkheid beroept. Wij merken op dat het tweede adagium slechts op één van de partijen afstemt: *nemo*; terwijl het eerste adagium vraagt om een vergelijking van beide partijen: *in pari delicto*.<sup>40</sup>

We moeten de restitutievraag nu ook gaan beantwoorden voor andere casus dan die van de twee rovers. Bij de rovers was het antwoord eenvoudigweg: neen. Maar wanneer de onzedelijkheid op een andere wijze in het spel is dan bij de rovers, kan er wél recht op restitutie zijn. Nemen we hier de Romeinse casuïstiek te baat.<sup>41</sup>

In de Digesten en de Codex van Justinianus blijkt van het bestaan van een afzonderlijke aktie voor het terugvorderen van betalingen in strijd met de goede zeden, de *condictio ob turpem causam*. We zetten enkele gevallen waarin die aktie met succes kan worden ingesteld, op een rij. Ik geef u iets om u ervan te weerhouden iemand anders te vermoorden,<sup>42</sup> met of zonder chantage van uw kant. Ik betaal u een geldsbedrag om mijn jas terug te krijgen, hoewel u toch die jas van mij alleen maar in bruikleen had gekregen,<sup>43</sup> of hem zelfs van mij had gestolen.<sup>44</sup> Ik geef u geld om u (erfgenaam) ertoe te brengen de aan mij gelegateerde boeken te geven.<sup>45</sup> Telkens kan ik hier het betaalde met de *condictio ob turpem causam* terugvorderen, met name ook dan wanneer het onmiddellijke doel van mijn betaling wél is verwezenlijkt: u laat zich weerhouden van de moord, u geeft mijn jas terug, u keert het legaat uit. Maar het blijft onbehoorlijk dat u daarvoor geld van mij wilde hebben, en daarom kan ik terugvorderen. We kunnen hieruit afleiden dat ik tegen u recht heb op restitutie van wat ik u betaalde, indien het onbehoorlijk van u was dat u zich liet betalen.

39. Ook deze formulering dateert uit de Middeleeuwen. Zij kan niet bogen op verwante formuleringen in de Romeinse teksten, al wezen de middeleeuwse juristen wél teksten in het Corpus iuris civilis van Justinianus aan, waarin de idee van dit adagium besloten ligt.

40. Het jongste adagium (*nemo auditur*) is aanvankelijk los van het oudere (*in pari delicto*) ontwikkeld. Ook in de latere rechtsgeschiedenis worden de adagia niet steeds met elkaar in verband gebracht. Veelal is echter aan beide min of meer dezelfde strekking toegekend. Zie R. Feenstra, *Nemo auditur suam turpitudinem allegans*, in: Brocardica in honorem G.C.J.J. van den Bergh ..., Deventer 1987, 31-36. De adagia schijnen voor het eerst met elkaar verbonden te zijn in de Brocardica van de decretalist Damasus (tussen 1210 en 1215; althans in de bewerking van Bartholomaeus Brixiensis, tussen 1240 en 1250).

41. De meeste teksten zijn te vinden in de titels 12.5 van de Digesten en 4.7 van de Codex, maar een aantal, ook belangrijke, teksten bevindt zich elders in het Corpus iuris civilis. De voornaamste worden genoemd in Heinrich Honsell, *Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte...* (Münchener Universitätschriften... Jur. Fak., 29), München 1974, 80-95. Honsells interpretaties lijden echter onder het feit dat zijn leer van de *condictio ob turpem causam* uitgaat van een aantal onjuiste premissen.

42. Ulp.-Jul. D 12.5.2 pr.

43. Paul. D 12.5.9 pr.

44. Diocl. et Maximian. C 4.7.6 en 7.

45. Paul.-Pomp. D 12.5.9.1.

Reeds in de Romeinse teksten was de terugvorderingsaktie uitgesloten in de gevallen van *in pari delicto*. Welke gevallen zijn dat?<sup>46</sup> Ik betaal u voor het plegen van ontucht.<sup>47</sup> Ik betaal u nadat u mij heeft betrappt bij het plegen van overspel, om u over te halen mij niet aan te brengen.<sup>48</sup> U ontdekt dat ik steel en ik geef u zwijggeld.<sup>49</sup> Ik geef u geld om u te bewegen een ongefundeerde civiele akte of strafaanklacht tegen iemand in te dienen.<sup>50</sup> Ten slotte: u is rechter en ik geef u geld om u een — juiste of onjuiste — beslissing in een proces te laten nemen.<sup>51</sup> Dit zijn de enige gevallen van toepassing van

46. De gevallen en de teksten worden besproken bij Hans Hermann Seiler, § 817 S.2 BGB und das römische Recht, in: Festschrift für Wilhelm Felgentraeger, Göttingen 1969, 379-392, met literatuuroppgaven.
47. Ulp.-Sab.-Peg. D 12.5.4 pr. Als ontucht, *stuprum*, is in Rome i.e.g. sinds de *Lex Iulia de adulteriis* (18 v.Chr.) in beginsel strafbaar geslachtsverkeer tussen personen die met elkaar geen geldig huwelijk of concubinaat kunnen aangaan. Uit de tekst blijkt niet of de betaler dan wel de ontvanger al of niet zelf deel heeft aan de ontucht. In Ulp.-Lab.-Marcel. D 12.5.4.3 wordt het beroemde geval van de beloning van de prostituee besproken. In dat geval doet zich geen *stuprum* of ander strafbaar feit voor, wel een handeling in strijd met de goede zeden. De oudere juristen zagen dit als een gewoon geval van onzedelijkheid aan weerszijden en sloten daarom de *condictio* uit. Ulpianus meent echter, volgens een nieuwe redenering, dat er wat betreft de betaling alleen onzedelijkheid aan de kant van de betaler is, niet aan de kant van de prostituee, maar dat leidt tot hetzelfde resultaat: uitsluiting van de restitutieaktie. Op de omvangrijke, ook recente literatuur hierover kan hier niet worden ingegaan.
48. Ulp.-Sab.-Peg. D 12.5.4 pr. Als *adulterium* is in Rome in elk geval sinds voormelde *Lex Iulia* in beginsel strafbaar overspel waaraan een gehuwde vrouw deel heeft (dus niet ook overspel tussen een gehuwde man en een ongehuwde vrouw). Straftbaar zijn de vrouw en haar paramour. Koppelarij, *lenocinium*, was aan dit misdrijf gelijkgesteld; deze deed zich voor als iemand materieel voordeel trok uit overspel. Op grond van dezelfde wet is verder strafbaar, als afzonderlijk misdrijf, zwijggeld aannemen na het ontdekken van *stuprum* of *adulterium*.
49. Ulp. D 12.5.4.1. Uit de tekst blijkt niet of de ontdekker de dief betrappt heeft, of pas naderhand ontdekt heeft dat hij gestolen heeft.
50. Ulp. D 3.6.5.1. Het gaat hier om het praetorische misdrijf *calumnia*, een vergrijp in verband met de rechtspleging. Straftbaar is degeen die een beloning aanneemt om een ongefundeerd (civiel of straf-)proces tegen iemand aan te spannen, of juist om daarvan af te zien. De beoogde tegenpartij in het ongefundeerde proces zal in het eerste geval een derde zijn, en de gever van de beloning deugt hier ook zelf niet. In het tweede geval kan die tegenpartij een derde, maar ook de gever zelf zijn, en de gever treft hier geen blaam. De *calumniator* is niet alleen de boete voor het misdrijf schuldig (jegens de beoogde tegenpartij); hij kan in beginsel ook met de *condictio ob turpem causam* tot teruggaaf van wat hem is gegeven, worden aangesproken door de gever. Die laatste akte moet echter stranden in het voornoemde eerste geval.
51. Ulp. D 12.5.2.2 en Paul. D 12.5.3. Het zich laten omkopen als rechter is in Rome van ouds een misdrijf. Wat betreft de beoordeling van de partij die iets aan de rechter geeft, heeft in het jaar 212 n. Chr. een verschuiving plaatsgevonden. Men onderscheidde tevoren tussen de toeleg om de rechter tot een onjuiste beslissing te bewegen, en die om de rechter een juiste uitspraak te laten doen. In het eerste heeft men altijd immoraliteit aan weerszijden gezien, bij de rechter en de gevende partij. Maar voor het tweede was de aanvankelijke opvatting dat hier alléén de rechter onbehoorlijk handelde, niet ook de gever. Deze laatste kon dus (de uitspraak afwachten en dan) restitutie van het gegevene eisen. Keizer Caracalla

de in-pari-delicto-regel die ons uit de Romeinse Oudheid zijn overgeleverd. Ontucht; verhinderen van een strafproces (inzake overspel of diefstal); omgekeerd het aanzetten tot een chicaneus proces; omkopen van de rechter. Steeds zijn het regelrechte misdrijven of gedragingen in strijd met de goede zeden die in verband staan met misdrijven.

Al bij al valt te concluderen dat de in-pari-delicto-regel in de Romeinse teksten in feite een zeer beperkt toepassingsgebied kende. Er zijn echter geen duidelijke grenslijnen getrokken.<sup>52</sup> Dat laatste heeft in de latere rechtsgeschiedenis tot grote problemen geleid. De vuistregel is toen ook in allerlei andere dan de oorspronkelijke gevallen toegepast. Volgens de Toelichting bij Boek 6 van het nieuwe Burgerlijke Wetboek<sup>53</sup> bestaat in het huidige Franse en Duitse recht op dit punt nog altijd verwarring en rechtsonzekerheid. De Toelichting had ook het Engelse recht kunnen noemen. We moeten ervan afzien deze aantijgingen hier nader uit te werken.

Het kernbezwaar tegen de in-pari-delicto-regel lijkt ons: dat de rechtsorde hier simpelweg weigert zich in te laten met de rechtsverhouding tussen twee partijen. Lord Mansfield zei op 5 juli 1775 in de King's Bench, waarvan hij toen Chief Justice was: 'No Court will lend its aid to a man who founds his cause of action upon an immoral or an illegal act ... the Court says: he has no right to be assisted'.<sup>54</sup> Dat argument is deugdelijk als het gaat om een nakomingsakktie uit een verboden contract. Het komt echter neer op rechtsweigering als het gaat om een restitutieakktie.

Het Nederlandse recht van na 1838 hadden we naar de zijlijn gestuurd. Het mag nu weer in het veld komen. Naar dit recht is hetgeen gegeven is ter uitvoering van een nietige overeenkomst - ook bij strijd met wet of goede zeden - steeds in beginsel als onverschuldigd betaald terug te vorderen.<sup>55</sup> Onze

bepaalde nu bij rescript van 19 dec. 212 (Ant. C 7.49.1; zie ook Ulp. D 12.5.2.2 en 3.6.1.3) dat in dit tweede geval óók de gever misdadig handelt omdat hij de rechter *corrumpeert*. Gevolg daarvan is dat de 'gesmeerde' rechter voortaan niet meer met de *condictio ob turpem causam* tot restitutie aangesproken kan worden. Het ongelukkige neveneffect zal zijn geweest dat zo'n geval nog maar sporadisch aan het licht zal zijn gekomen. De gever moest immers zwijgen wilde hij niet zelf een strafproces op zijn dak krijgen.

52. Zoals: de grenslijn tussen verboden die wèl en die niet onder de regel vallen (alleen verboden ontleend aan de goede zeden wèl, en verboden ontleend aan bijv. de wet niet?) en de grenslijnen om uit te maken of het 'delikt' aan weerszijden 'gelijk' is, of niet. En passant noteren we nog dat de in-pari-delicto-regel in de Romeinse teksten nooit aan de orde wordt gesteld bij gevallen van strijd met de wet. In dergelijke gevallen wordt de restitutieakktie ook wel toegelaten als blijkt dat beide partijen zich bewust waren van de wetschending.

53. Parl. Gesch. Boek 6, 820-821.

54. In *Holman v. Johnson* (1775) 1 Cowp. 341, op 343. De 'three other Judges' die op de zaak zaten, 'concurred', zonder dat blijkt dat zij daaraan nog iets hadden toe te voegen.

55. Zie Asser-Hartkamp III, 1994<sup>9</sup>, nos. 345-348, met litteratuuropgaaf, maar ook Ch.J.J.M. Petit, onderschrift bij HR 4 dec. 1953, *Ars Aequi* 1954-1955, 142-149 en L.C. Hofmann - K. Wiersma, *Het Nederlands verbintenissenrecht. De algemene leer ...*, tweede gedeelte ..., Groningen 1959<sup>8</sup>, 29-33; verder O. de Savornin Lohman, *Enige civielrechtelijke gevolgen van omkoping*, in: *Lugdunum Batavorum Juri Sacrum*, Deventer 1982, 127-158, en zeer

Londense rover zou dus naar dit recht restitutie hebben kunnen vorderen van de pistolen die hij aan de ander had gegeven. De Hoge Raad heeft niet willen weten van uitzonderingen voor gevallen van *in pari delicto*. De verklaring van die verrassende *Einzelgang* ligt, denken wij, in het toeval dat de vraag pas op 4 mei 1923 voor het eerst door de Hoge Raad behoefde te worden beantwoord. Toen zag de Hoge Raad in het algemeen weinig ruimte meer voor ongeschreven regels van vóór de codificatie, die aan wettelijke regels moesten derogeren. Dat was dichter bij 1838 anders geweest. Hoe dit zij, géén afwijzing in 1923 van de restitutievordering van een deelnemer aan de verboden loterij van Lotisico; hij kreeg de betaalde premie terug.<sup>56</sup> Ook geen bezwaar tegen de restitutievordering van de leverancier van de immorele bontmantel, bestemd voor Madame Victor, die zo veelvuldig door de Nederlandse en Engelse gerechten heeft gezwierd; de bontwerker kreeg in 1928 de geldswaarde van de mantel, f 40.000, terug.<sup>57</sup> Er was in 1933 geen beletsel tegen de restitutievordering van de vrouw die haar echtscheiding voor f 124.000 van haar man had moeten kopen.<sup>58</sup>

Op zijn beurt evenwel heeft de Hoge Raad één uitzondering gemaakt op de regel dat restitutie kan worden gevorderd. Als namelijk een bepaalde prestatie niet ongedaan kan worden gemaakt en het bovendien stuitend zou zijn die prestatie op een geldswaarde te schatten, is er géén recht op restitutie van die prestatie. Denken we hier aan de man van het gekochte-echtscheidingsarrest van 1933. Zijn prestatie was het medewerken aan de door de vrouw gewenste echtscheiding. Denken we verder aan de man bij Hugo de Groot, die beloofde een moord te plegen.

Op het eerste gezicht stuit het inderdaad tegen de borst dergelijke prestaties in een geldswaarde uit te drukken. Op het tweede gezicht gaat nu het Nederlandse stelsel precies hetzelfde bezwaar oproepen als de buitenlandse stelsels waar de *in-para-delicto*-regel geldt. Eén van de twee krijgt alles, en de ander niets;<sup>59</sup> aan die ander wordt recht geweigerd. Dit kan zich in die gevallen voordoen waarin van twee kanten wordt gepresteerd; voornamelijk dus bij nietige wederkerige overeenkomsten, maar niet alleen daar.<sup>60</sup> Telkens als we beslissen dat de ene partij niet kan terugvorderen en de andere wèl, mag die andere de prestatie van de eerste definitief behouden terwijl zij ook nog haar geld terugkrijgt. De moord wordt, uit de aard van zo'n handeling, niet teruggedraaid en de opdrachtgever krijgt ook nog het moordenaarsloon terug.

Typisch een kluijfe voor de ontwerpers van Boek 6 van het nieuwe

onlangs Hugo van Kooten, Artikel 6:211 BW en de Engelse law of restitution, *Ars Aequi* 1994, 311-320.

56. HR 4 mei 1923, W. 11113 m.o. HdJ, NJ 1923, 920.

57. HR 6 jan. 1928, W. 11784, NJ 1928, 311 m.o. EMM. Andere uitspraken in deze zaak: Rb. 's-Gravenhage 10 apr. 1923, NJ 1923, 969; Hof 's-Gravenhage 14 jan. 1924, W. 11150; HR 14 nov. 1924, NJ 1925, 91.

58. HR 10 mrt. 1933, W. 12590 m.o. R, NJ 1933, 804 m.o. PS.

59. Parl. Gesch. Boek 6, 820.

60. Parl. Gesch. Boek 6, 822 noemt de remuneratoire schenking.

Burgerlijke Wetboek. Hun oplossing is neergelegd in artikel 211 van Boek 6.<sup>61</sup> Deze bepaling voorziet in de situatie dat op de nietige overeenkomst al van twee kanten is gepresteerd en één van de verrichte prestaties niet in rechte op geld getaxeerd behoort te worden. In Hijma's kernachtige woorden: het artikel blokkeert in dat geval de vordering uit onverschuldigde betaling.<sup>62</sup> Die blokkering slaat alleen toe in geval van strijd met redelijkheid en billijkheid. Als ik niets terug kan vorderen, omdat mijn prestatie bestond in het plegen van een moord, dan kan u onder omstandigheden ook niet het mij betaalde moordenaarsloon terugvorderen; niet onder alle omstandigheden, maar toch dan wanneer uw vordering 'deswege in strijd met redelijkheid en billijkheid zou zijn'. In een aantal gevallen biedt dit ongetwijfeld een goede oplossing. Maar toch ... wij vinden het moeilijk de lof te delen die Schoordijk deze bepaling heeft toegevaard.<sup>63</sup> We kunnen dit nog kort uitwerken.

De Toelichting noemt als voorbeeld waar de blokkering niet mag toeslaan, de gechanteerde persoon die betaald heeft.<sup>64</sup> In de dertig jaren die verstreken zijn sinds die Toelichting verscheen, is een frekwenter voorbeeld geworden het losgeld, betaald voor vrijlating van een gijzelaar. In zulke gevallen kan inderdaad in redelijkheid eenzijdig worden teruggevorderd. De Toelichting noemt ook voorbeelden waar de blokkering wél toeslaat: als iemand krachtens overeenkomst met een ander, voor geld een derde heeft gedood of mishandeld. In zo'n geval kan de pleger van de moord of mishandeling geen restitutie vragen en daarom zou het ook niet redelijk zijn als van hem de betaalde beloning zou kunnen worden teruggevorderd, aldus de Toelichting.<sup>65</sup> Wij vinden dat te stellig, omdat men niet van tevoren weet of terugvordering in het concrete geval in strijd met redelijkheid en billijkheid zal zijn.<sup>66</sup>

61. Art. 6:211 lid 1 BW: 'Kan een prestatie die op grond van een nietige overeenkomst is verricht, naar haar aard niet ongedaan worden gemaakt en behoort zij ook niet in rechte op geld te worden gewaardeerd, dan is een tot ongedaanmaking van een tegenprestatie of tot vergoeding van de waarde daarvan strekkende vordering, voor zover deze deswege in strijd met redelijkheid en billijkheid zou zijn, eveneens uitgesloten'. Het artikel was in het ontwerp genummerd: 6.4.2.9.
62. T&C (Hijma), 1994<sup>2</sup>, aant. 1 bij art. 211 Boek 6 BW.
63. H.C.F. Schoordijk, Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht ..., Deventer 1979, 450: 'Mijn conclusie is, dat art. 9 [= 6:211] lid 1 een goede bepaling is'.
64. Parl. Gesch. Boek 6, 822.
65. *Ibidem*, waar zelfs gezegd wordt dat de mogelijkheid van 'éénzijdige' terugvordering van het betaalde geld 'stuitend' zou zijn.
66. Wij bestrijden niet dat de pleger van de moord of mishandeling geen recht kan hebben op restitutie van de geldswaarde die het doden of mishandelen vertegenwoordigde voor de opdrachtgever; rechterlijke vaststelling van die waarde zou inderdaad stuitend zijn. Anders dan de Toelichting kunnen wij echter niet inzien dat het enkele feit dat de misdadiger van zijn kant niets kan terugvorderen, al meebrengt dat de restitutieactie aangaande het loon van de misdaad óók stuitend zou zijn. Het argument van de Toelichting, dat beide partijen gelijk moeten worden behandeld, kan niet beslissend zijn. Alle omstandigheden van het concrete geval zullen hier in aanmerking moeten worden genomen. Asser-Hartkamp III, no. 348 'van hem die ... zich tegen betaling verbonden heeft een misdrijf te plegen, kan nadat het misdrijf is gepleegd, de betaalde beloning *niet worden teruggevorderd*' (onze cursivering)

Er is evenwel een veel ernstiger bezwaar tegen artikel 211. Die bepaling geldt niet voor de situatie dat de nietige overeenkomst nog niet van weerszijden is uitgevoerd. In die situatie blijft het restitutierecht dus onverkort in stand. Nu betaal ik steekpenningen aan een gemeenteambtenaar van bouw- en woningtoezicht. De ambtenaar komt echter even later tot inkeer en doet niet het lelijks wat hij mij beloofd had. Ik mag dan mijn betaling terugvorderen.<sup>67</sup> Maar warempel, als de ambtenaar volhardt in de corruptie en de beloofde schending van zijn ambtsplicht ook begaat, geldt artikel 211 en dus zal ik dan niet kunnen terugvorderen, althans voor zover dat 'deswege in strijd met redelijkheid en billijkheid zou zijn'. Wie berouw toont moet terugbetalen, wie doorzet in het kwaad mag het geld houden. Wij vinden dat ongerijmd.

De absurditeit wordt niet weggenomen doordat de steekpenningen strafrechtelijk ten laste van de ambtenaar verbeurd kunnen worden verklaard, zoals de Toelichting nog aanvoert.<sup>68</sup> De vatbaarheid voor verbeurdverklaring blijft namelijk ook bestaan als de ambtenaar de steekpenningen inmiddels heeft teruggegeven. Bovendien kan de verbeurdverklaring niet alleen naar aanleiding van de strafvervolgning tegen de ambtenaar, maar net zo goed in de strafzaak tegen de omkoper worden uitgesproken. Men bedenke vooral dat strafzaken en verbeurdverklaringen nogal eens achterwege blijven. De wetgever voor het privaatrecht behoort dan ook niet welbewust gaten open te laten in de hoop dat de strafrechtstoepasser ze wel zal dichten.

Wij zien niet over het hoofd dat in het geval van de ambtenaar die berouw kreeg, mijn terugvorderingsrecht toch ook geblokkeerd kan zijn 'voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn', op de voet van artikel 2, lid 2, Boek 6.<sup>69</sup> De bijzondere redelijkheidstoets van artikel 211 kan toch alleen zelfstandige betekenis hebben naast de algemene toets van artikel 2, lid 2, als de bijzondere toets lichter is. Terugvordering van de steekpenningen is dus eerder geblokkeerd bij de ambtenaar die corrupt blijft, dan bij hem die te elfder ure tot inkeer komt.

Ons bezwaar spreekt nog sterker bij de man die op zich had genomen te moorden, maar berouw kreeg. Hij is financieel slechter af dan de huurmoordeenaar die geen scrupules kende en doorzette. Als Pascal toch nog eens een *Provinciale* kon schrijven!

is dan ook in zijn algemeenheid onjuist.

67. Als onverschuldigd betaald; art. 6:203 BW.

68. Parl. Gesch. Boek 6, 822.

69. Art. 6:2 lid 2 BW: 'Een tussen hen [d.i. schuldeiser en schuldenaar] krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn'. Deze bepaling is ook van toepassing op de vordering uit onverschuldigde betaling; verg. Asser-Hartkamp III, no. 348 i.f.