

Nakoming in huwelijks- en handelsrecht tijdens het legisme

Citation for published version (APA):

Oosterhuis, J. (2012). Nakoming in huwelijks- en handelsrecht tijdens het legisme. *Pro memorie : bijdragen tot de rechtsgeschiedenis der Nederlanden*, 14(1), 78-96. http://chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.aup-online.com/upload/Pro%20Memorie/PM%20Archief%20nummers%201999-2018/15667146.pinn.LR_pm20121.pdf

Document status and date:

Published: 01/01/2012

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

NAKOMING IN HUWELIJKS- EN HANDELSRECHT TIJDENS HET LEGISME

1 Inleiding*

Tussen 1838 en 1900 kan de Nederlandse rechtswetenschap gekenmerkt worden als legistisch.¹ Volgens het legisme is in beginsel de wet de enige formele rechtsbron en bestaat de taak van de jurist uit de letterlijke exegese van de wet.²

In de eerste decennia na de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1838 was de rechtswetenschap echter minder sterk gericht op de letter van de wet, als wel op de bedoeling van de wetgever. Hoewel de wet voor bijvoorbeeld Gerardus Diephuis (1817-1892) de enige formele rechtsbron was, zocht hij in zijn eerste commentaren ook naar de bedoeling van de wetgever.³ Vanaf 1870 echter leek aan de woorden van de wet zelfstandige betekenis te worden gegeven, zelfs in strijd met de bedoeling van de wetgever.⁴ Vooral vanaf 1880 werd stevige kritiek geuit op deze vorm van legisme en na 1900 waren de hoogtijdagen van het legisme in Nederland wel zo ongeveer over. In de rechtspraak stierf de methode een langzamere dood, met het arrest van de Hoge Raad van 10 juni 1910 inzake de Zutphense juffrouw als een van de laatste heftige stuiptrekkingen.⁵

* Dit artikel behandelt een onderwerp dat geen zelfstandige aandacht heeft gekregen in mijn proefschrift (J. Oosterhuis, *Specific performance in German, French and Dutch law in the nineteenth century: remedies in an age of fundamental rights and industrialisation*, Leiden, 2011, 448-449) en is mede geschreven naar aanleiding van een voordracht voor *Forum Romanum* (Amsterdam, 26 april 2011).

¹ Voor een afgewogen oordeel over het Nederlandse legisme en zijn oorsprong, zie A.J.B. Sirks, 'Van Code Napoléon tot NBW', in: D. Heirbaut en G. Martyn (red.), *Napoleons nalatenschap. Tweehonderd jaar Burgerlijk Wetboek in België. Un héritage Napoléonien: bicentenaire du Code civil en Belgique*, Mechelen, 2005, 323-336, in het bijzonder 327-332. Zie ook P.C. Kop, *Legisme en privaatrechtswetenschap. Legisme in de Nederlandse privaatrechtswetenschap in de negentiende eeuw*, Deventer, 1992, 10-11. Omstreeks dezelfde tijd kende men vergelijkbaar formalisme in Frankrijk en ook Engeland: P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979.

² Kop, *Legisme*, 2; T.J.H. Veen, 'En voor berisping is hier ruime stof': over codificatie van het burgerlijk recht, legistische rechtsbeschouwing en herziening van het Nederlandse privaatrecht in de 19de en de 20ste eeuw', *Pro Memoria*, 2001, extra bijlage, 27.

³ G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt, naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek*, Groningen, 1856. Zie ook J.H.A. Lokin, *Tekst en uitleg. Opstellen over codificatie en interpretatie naar aanleiding van de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Groningen, 1994, 150-152.

⁴ Lokin, *Tekst en uitleg*, 150-152; Veen, 'En voor berisping', 28.

⁵ Hoge Raad (HR) 10 juni 1910, *Weekblad van het Regt (W.)*, 1910, nr. 9038, waarover uitvoerig G.E. van Maanen, *De Zutphense juffrouw en de ontrouwe bediende van Lindenbaum*, Nijmegen, 1999, en in het algemeen E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Maastricht, 1994, 39-1; Kop, *Legisme*, 29-44; Sirks, 'Van Code Napoléon', 329-332; E. van Dievoet, *Het Burgerlijk recht in België en in Nederland van 1800 tot 1940: de rechtsbronnen*, Antwerpen, 1943, 110-113; Veen, 'En voor berisping', 27-37.

In dit artikel zal ik niet die ondergang, maar juist de opkomst van een legistische interpretatie in de rechtspraak proberen aan te wijzen. Meer bepaald zal ik de eerste wending van het legisme – van de bedoeling van de wetgever naar de letter van de wet – proberen na te gaan aan de hand van twee situaties die niet in de wet waren geregeld:

- 1 de tenuitvoerlegging van verbintenissen om persoonlijk iets te doen, in het bijzonder van de verplichting tot huwelijkse samenwoning en de uitoefening van de ouderlijke macht, en
- 2 de rechtsgevolgen van de niet-nakoming van een handelskoop van soortzaken met wisselende marktprijzen met een vaste aflevertermijn.

De eerste situatie – het gebrek aan maatregelen om persoonlijke handelingen te executeren – bestond al sinds het van kracht worden van de *Code civil* en de *Code de procédure civile* in Noord-Nederland in 1811. Met de invoering van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in 1838 was deze situatie blijven bestaan.

De tweede situatie – wat te doen bij verzuim van een handelskoop met een vaste aflevertermijn? – was weldegelijk geregeld in het Burgerlijk Wetboek, in de artikelen 1302 en 1303.⁶ In de loop van de negentiende eeuw wensten handelaren echter andere gevolgen aan dit verzuim te verbinden. Uiteindelijk betekende het niet tijdig leveren van soortzaken met wisselende marktprijzen dat de handelskoop van rechtswege ontbonden was. Een dergelijk rechtsgevolg was echter niet voorzien in het Burgerlijk Wetboek.

Voor beide situaties zal ik achtereenvolgens eerst het probleem verder uitwerken. Aan de hand van een aantal geschillen zal ik nagaan of ook de rechter tot ongeveer 1870 – mede – zocht naar de bedoeling van de wetgever om tot een oplossing te komen⁷ of dat al in deze periode vastgehouden werd aan een letterlijke uitleg van de wet.⁸ Vervolgens zie ik of vanaf 1870 de aandacht verschoof naar de woorden van de wet. Als in die tweede periode van het legisme aan de woorden van de wet inderdaad zelfstandige betekenis werd toegekend, is de vraag welke betekenis dat precies was en of die afweek van die eerdere bedoeling van de wetgever. Ten slotte zal ik de rechterlijke omgang met deze beide ongeregelde situaties naast elkaar leggen en een conclusie trekken over de opkomst van het legisme in de Nederlandse rechtspraak.

6 Art. 1302 Burgerlijk Wetboek (BW) (deels overeenkomend met art. 1094 Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland (WNH) en art. 1184 *Code civil* (CC)): 'De ontbindende voorwaarde wordt altijd voorondersteld in wederkeerige overeenkomsten plaats te grijpen, in geval eene der partijen aan hare verplichting niet voldoet. In dat geval, is de overeenkomst niet van regtswege ontbonden, maar moet de ontbinding in regten gevraagd worden. Deze aanvraag moet ook plaats hebben, zelfs indien de ontbindende voorwaarde wegens het niet nakomen der verplichting in de overeenkomst mogt zijn uitgedrukt. Indien de ontbindende voorwaarde niet in de overeenkomst is uitgedrukt, staat het den regter vrij om, naar gelang der omstandigheden, aan den vervreemder, op deszelfs verzoek, eenen termijn te gunnen om alsnog aan zijne verplichting te voldoen, welke termijn echter den tijd van ééne maand niet mag te boven gaan.' Art. 1303 BW (deels overeenkomend met art. 1094 WNH en art. 1184 CC): 'Degene te wiens opzigte de verbindtenis niet is nagekomen, heeft de keus om of de andere partij, indien zulks mogelijk is, tot de nakoming der overeenkomst te noodzaken, of derzelver ontbinding te vorderen, met vergoeding van kosten, schaden en interessen.'

7 Zie Lokin, *Tekst en uitleg*, 150-152.

8 Zie Florijn, *Ontstaan*, 37-39.

2 Afdwingen van huwelijkse samenwoning en ouderlijke macht

Niet-nakoming van verbintenissen om iets te doen leidde tot de verplichting tot vergoeding van de schade (de verbintenis ‘loste op in schadevergoeding’), zo bepaalden achtereenvolgens het *Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland* van 1809, de *Code civil* en het Burgerlijk Wetboek van 1838.⁹ Het onderliggende beginsel was dat niemand gedwongen kon worden iets te doen, *nemo praecise cogi ad factum*.¹⁰ In elk geval voor Arnoldus Vinnius (1588-1657), Robert Joseph Pothier (1699-1772), Johannes van der Linden (1756-1835) en Pierre Thomas Nicolai (1763-1836) had dit beginsel een zekere normatieve lading: het afdwingen van een persoonlijk handelen druiste in tegen de vrijheid van het individu.¹¹ In Nederland had de bescherming van de persoon politieke erkenning gekregen in verschillende verklaringen kort voor en gedurende de negentiende eeuw, zoals de *Staatsregeling voor het Bataafsche Volk* van 1798.¹²

2.1 Generieke handelingen

Bij de nakoming van verbintenissen om iets generieks te doen speelde het conflict met het recht op persoonlijke vrijheid niet. Dit soort verbintenissen kon ook worden uitgevoerd door een derde, zoals was voorzien in artikelen 1276 en 1277 van het Burgerlijk Wetboek.¹³ Het herstellen van een lekkende waterleiding kon door een ander dan de eigenaar gedaan worden: het afdwingen van dergelijke generieke handelingen maakte geen inbreuk op de lichamelijke integriteit van de eigenaar van de waterleiding.¹⁴ Als een verhuurder of huurder zijn reparatie- respectievelijk onderhoudsverplichtingen weigerde na te komen, werden deze over het algemeen afgedwongen door ze door een derde te laten voldoen.¹⁵ Nakoming door een derde was ook een gebruikelijke maatregel om de bouw van een huis of

9 Art. 1057 WNH; art. 1142 CC; art. 1275 BW: ‘Alle verbindtenissen om iets te doen, of niet te doen worden opgelost in vergoeding van kosten, schaden en interessen, ingeval de schuldenaar niet aan zijne verpligting voldoet.’

10 Zie voor de oorsprong van dit beginsel Oosterhuis, *Specific performance*, 34-86.

11 Zie Oosterhuis, *Specific performance*, 46-47, 71, 194-195 en 214-215.

12 Zie artikel 1 van de *Staatsregeling*: ‘Het oogmerk der maatschappelijke vereeniging is beveiliging van Persoon, Leven, Eer en Goederen, en beschaving van verstand en zeden.’ Zie P.C. Kop, *Mens en burger, een geschiedenis van de grondrechten*, Zutphen, 2009, 140; J. Rosendaal, *Staatsregeling voor het Bataafsche Volk 1798: de eerste grondwet van Nederland*, Nijmegen, 2005, 60.

13 Art. 1276 BW (equivalent van art. 1143 CC): ‘Niettemin heeft de schuldeiser het regt om de vernietiging te vorderen van hetgeen strijdig met de verbindtenis verrigt is, en hij kan zich door den regter doen magtigen om, ten koste van den schuldenaar, het gedane te doen vernietigen; onverminderd de vergoeding van kosten, schaden en interessen, indien daartoe gronden bestaan.’ Art. 1277 BW (equivalent van art. 1144 CC): ‘De schuldeiser kan ook, in geval de verbindtenis niet ten uitvoer wordt gebracht, gemagtigd worden om zelf die verbindtenis te doen uitvoeren ten koste van den schuldenaar.’

14 Bv. Arrondissementsrechtbank (ARb.) Maastricht 18 december 1856, *W.*, 1860, nr. 2142; Oosterhuis, *Specific performance*, 466-472. Overigens werden dergelijke verbintenissen halverwege de negentiende eeuw ook door cumulerende schadevergoedingen afgedwongen, bv. ARb. Maastricht 23 november 1854, *W.*, 1855, nr. 1622.

15 Bv. ARb. Amsterdam 20 maart 1890, *W.*, 1890, nr. 5889 en ARb. Rotterdam 28 juni 1880, *W.*, 1880, nr. 4557. Oosterhuis, *Specific performance*, 461-466.

de aanleg van een weg af te dwingen.¹⁶ Bij verzuim door een aannemer werd slechts zelden vervangende schadevergoeding in plaats van nakoming gevorderd.¹⁷ Om een tijdige nakoming van aannemingsovereenkomsten te waarborgen, werden overigens tegen het eind van de negentiende eeuw steeds vaker boetebedingen opgenomen.¹⁸ In geschillen over de nakoming van deze verbintenissen om iets te doen speelde een conflict met een recht op persoonlijke vrijheid geen rol.

2.2 Unieke handelingen

De persoonlijke vrijheid kwam vooral in het gedrang als een schuldeiser nakoming vorderde van verbintenissen om iets te doen waarbij de schuldenaar de enige bron van nakoming was en de executie bovendien ingreep op zijn of haar persoonlijke levenssfeer. Volgens Diephuis was het onmogelijk om iemand direct te dwingen tot een bepaalde handeling en werd in Nederland, uit respect voor de individuele vrijheid, ook niemand indirect gedwongen iets te doen door middel van lijfswang of iets dergelijks: *nemo praecise cogi potest ad factum*.¹⁹ Niettemin liet hij de mogelijkheid open voor een vordering tot nakoming van verbintenissen om persoonlijk iets te doen, maar stelde dat de uiteindelijke veroordeling moest zijn tot schadevergoeding. Die schadevergoeding was niet het object van de verbintenis om iets te doen, maar diende slechts ter vervanging. Artikel 1275 van het Burgerlijk Wetboek veranderde dus niet het wezen van een verbintenis om iets te doen.²⁰

Inderdaad werden in de Nederlandse rechtspraktijk vorderingen tot nakoming van verbintenissen om persoonlijk iets te doen – bijvoorbeeld op basis van een engagement tussen theater en acteur, een non-concurrentiebeding of een huwelijk – niet op voorhand afgewezen. Een schuldenaar kon tot nakoming worden veroordeeld en pas als een eventuele executie vruchteloos bleek en de schuldenaar weigerde na te komen, was hij verplicht tot schadevergoeding. De eventuele executie van verbintenissen om persoonlijk iets te doen en te laten was echter problematisch, omdat het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet voorzag in algemene maatregelen om deze verbintenissen af te dwingen. Anders dan onder het Rooms-Hollandse recht was gijzeling niet meer de algemene dwangmaatregel. Gijzeling was nog slechts beperkt toegelaten, bijvoorbeeld om de betaling van geldschulden af te dwingen.²¹ Waarschijnlijk mede vanwege dit gebrek aan dwangmaatregelen werden overeenkomsten tussen theaters en acteurs, maar ook non-concurrentiebedingen,

¹⁶ Bv. ARb. Amsterdam 3 september 1872, W., 1873, nr. 3576 en ARb. Hoorn 5 juni 1850, W., 1851, nr. 1139; Oosterhuis, *Specific performance*, 456-461.

¹⁷ Bv. ARb. Maastricht 18 februari 1858, W., 1858, nr. 2013; Oosterhuis, *Specific performance*, 458-459.

¹⁸ Bv. ARb. Rotterdam 24 juni 1882, W., 1882, nr. 4807; Oosterhuis, *Specific performance*, 460-461.

¹⁹ Diephuis, *Burgerlijk Wetboek*, dl. 6, nr. 62, 32-33.

²⁰ Diephuis, *Burgerlijk Wetboek*, dl. 6, nr. 65, 34 (onder verwijzing naar A. Duranton, *Cours de droit Français suivant le Code civil*, dl. 10, Brussel, 1834, nr. 458 en K.S. Zachariae von Lingenthal, *Handbuch des Französischen Civilrechts*, dl. 1, Heidelberg, 1837, § 299, 304, n. 5).

²¹ Zie bv. art. 585, 586 en 839 Rv.; Oosterhuis, *Specific performance*, 451 en 453-454.

vrijwel standaard voorzien van een boetebeding. Dergelijke bedingen moesten een behoorlijke nakoming bevorderen en op voorhand de gevolgen van niet-nakoming regelen.²²

2.3 Indirecte executie van de huwelijkse samenwoning

Dat lag anders bij wettelijke verplichtingen zoals die tot huwelijkse samenwoning en het uitoefenen van de ouderlijke macht over kinderen.²³ Wanneer een schuldeiser – meestal de man en vader – nakoming van deze verplichtingen vorderde, moesten rechters voor een eventuele tenuitvoerlegging maatregelen verlenen die niet bij wet waren voorzien, meestal lijfswang ('aanhouding') of cumulerende schadevergoedingen ('poenale sancties').

In een geschil uit 1854 vorderde een man dat zijn weggelopen vrouw zou worden veroordeeld tot de huwelijkse samenwoning en – zolang zij weigerde terug te keren – tot de betaling van een 'voortdurende schadepenning'. De vrouw stelde dat dit een alternatieve vordering was, hetgeen in strijd was met artikel 1303 van het Burgerlijk Wetboek. Volgens een letterlijke lezing van dit artikel kon een schuldeiser namelijk of nakoming of ontbinding met schadevergoeding vorderen, maar niet allebei. De rechtbank overwoog echter dat de vordering tot schadevergoeding geen alternatieve vordering was, naast die tot nakoming – wat inderdaad strijdig zou zijn met de destijds gangbare uitleg van artikel 1303 –, maar daaraan ondergeschikt, namelijk voor het geval zijn vrouw zou weigeren met hem samen te wonen. Bovendien was het volgens de rechtbank volkomen in overeenstemming met het recht om naast vervulling van de overeenkomst ook vergoeding te vorderen van de schade veroorzaakt door een nalatige schuldenaar.²⁴ Daarnaast had de cumulerende dagelijkse schadevergoeding het karakter van een dwangmaatregel. Anders zou het vonnis voor niets worden gegeven en zou een schuldeiser zijn overgeleverd aan de willekeur van zijn schuldenaar. De rechtbank overwoog dat volgens rechtspraak en jurisprudentie het de rechter vrij stond om maatregelen te verlenen om het vonnis af te dwingen als de wet daarin niet voorzag.²⁵ Vooral de laatste overweging – dat de rechtbank, bij het zwijgen van de wet, vrij is om zelf een effectieve tenuitvoerlegging te bepalen – was niet bepaald gericht op de woorden van de wet, of zelfs op de bedoeling van de wetgever. De rechtsbron is hier niet de wet, maar de rechtspraak en jurisprudentie. Onduidelijk is echter naar welke rechtspraak en jurisprudentie de rechtbank ter ondersteuning verwees. In de literatuur werd door sommigen, zoals Lucas Oldenhuis Gratama (1815-1887), rechterlijke discretie bij het zwijgen van de wet wel verdedigd.²⁶ De rechtbank van Zutphen veroordeelde de weggelo-

22 Oosterhuis, *Specific performance*, 472-475.

23 Zie art. 161 resp. 355 en 356 BW.

24 In andere rechterlijke uitspraken werd een vordering tot nakoming gecombineerd met die tot schadevergoeding overigens wel degelijk afgewezen, bijvoorbeeld HR 16 april 1869, *W.*, 1869, nr. 3115; Oosterhuis, *Specific performance*, 487-488. Overigens werd in 1869 de enkele vordering tot schadevergoeding alsnog geaccepteerd door de Hoge Raad, HR 25 november 1870, *W.*, 1870, nr. 3268; uitvoerig daarover Oosterhuis, *Specific performance*, 481-500.

25 Arb. Zutphen 21 december 1854, *W.*, 1855, nr. 1637; Oosterhuis, *Specific performance*, 476.

26 L. Oldenhuis Gratama, 'Een woord over de middelen van tenuitvoerlegging van vonnissen', *Opmerkingen en mededeelin-*

pen vrouw uiteindelijk om zich binnen de acht dagen na betekening van het vonnis bij haar man te voegen en om een schadevergoeding van anderhalve gulden per dag te betalen, zolang zij naliet of weigerde met hem samen te wonen.²⁷

In appel overwoog het hof Gelderland dat, hoewel het huwelijk een eigen karakter heeft, op de verplichtingen daaruit niettemin de algemene beginselen voor verbintenissen toepasselijk zijn, in casu dat iedere verbintenis om te doen bij niet-nakoming ‘oplost’ in de verplichting tot schadevergoeding. Als een vrouw weigerde samen te leven met haar man, kon de laatste dus worden veroordeeld tot vergoeding van de daardoor ontstane schade. Hoewel een echtgenoot op grond van kwaadwillige verlating ook de echtscheiding kon vorderen, behield hij niettemin het recht ‘om op eene andere wijze zijne vrouw te noodzaken, aan de haar bij de wet opgelegde verplichtingen te voldoen’ – hier kennelijk door een (cumulerende) schadevergoeding. Het hof achtte zich echter niet in staat de schade op voorhand te beoordelen en wees de veroordeling tot een cumulerende schadepening van anderhalve gulden per dag af. Niettemin bevestigde het hof Gelderland het vonnis waar het ging om de veroordeling tot samenwoning, en veroordeelde haar bij weigering tot een schadevergoeding nader op te maken bij staat.²⁸

Hoewel de schadevergoeding de vrouw misschien zou noodzaken om zich weer bij haar man te voegen, leek het hof, in tegenstelling tot de rechtbank, de veroordeling daartoe niet te beschouwen als een dwangmaatregel. De schadevergoeding mocht de werkelijke schade immers niet overstijgen. De overweging van de rechtbank dat als de wet zwijgt, het de rechter vrij staat om dwangmaatregelen toe te passen, werd door het hof genegeerd. Veel meer dan de rechtbank redeneerde het hof dus langs de lijnen van de wet. Het legde geen dwangmaatregelen op, maar bepaalde slechts dat bij weigering van de vrouw de verplichting tot samenwoning zich ‘oploste’ in schadevergoeding, geheel in overeenstemming met artikel 1275 van het Burgerlijk Wetboek.

2.4 Directe executie van de huwelijkse samenwoning?

Daar waar de vrouw in haar huwelijk geen eigen vermogen had behouden, had een vordering en veroordeling tot een (cumulerende) schadevergoeding weinig zin. In 1860 wees de rechtbank Den Haag een vonnis waarin een man werd toegestaan om zijn vrouw en kinderen te dwingen om terug te keren naar de echtelijke woning, daarbij eventueel geholpen door de politie. Indien noodzakelijk, werd bovendien toestemming verleend om haar huidige verblijfplaats te betreden. De rechtbank overwoog ‘dat bij den wetgever niet kan wor-

gen, 1851, 191-196; in dezelfde zin E.N. Pigeau, *Traité de la procédure civile, 6e éd., augm. de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence de France et de Belgique, jusqu'en 1840, par Crivelli*, dl. 1, Brussel, 1840, nr. 516, 297.

²⁷ Kennelijk was dit echtpaar niet in gemeenschap van goederen getrouwd, anders zou deze schadevergoeding geen zin gehad hebben.

²⁸ Provinciaal Gerechtshof (Prov.Gh.) van Gelderland 27 december 1855, *W.*, 1856, nr. 1737; zie Oosterhuis, *Specific performance*, 476-477.

den verondersteld eene verpligting op te leggen, zonder tevens de middelen vrij te laten om hem, die nalatig is dezelve na te komen, daartoe te noodzaken'.²⁹ Met een beroep op de veronderstelde bedoeling van de wetgever leidde deze interpretatie tot een vergaande inbreuk op de persoonlijke vrijheid van de vrouw. Ze stond veraf van het adagium *nemo potest cogi ad factum*, wat beschouwd kan worden als de wil van de wetgever in een dergelijk geval, aldus Nicolai.³⁰

In 1863 stelde H. Cohen een vergelijkbare vordering in als die in het zojuist genoemde Haagse geschil. Hij vorderde namelijk dat de rechtbank zijn vrouw, R. Helmstad, zou veroordelen om binnen acht dagen na betekening van het vonnis terug te keren in de gemeenschappelijke woning met hun minderjarige zoon Henri en, bij haar weigering, haar desnoods door de 'sterken arm te noodzaken'. De rechtbank van Amsterdam overwoog dat de vrouw inderdaad verplicht was tot de huwelijkse samenwoning, 'dat echter, op grond van het individuele vrijheidsregt van ieder Nederlandsch burger, hem door de Grondwet gewaarborgd, in verband met den regel: *nemo ad factum praecise cogitur*, het regt van den eischer tegen de gedaagde tot nakoming van harer verpligting zich oplost in schadevergoeding'. Ook op grond van artikelen 1302 en 1303 had de man geen recht op een keuze tussen nakoming en ontbinding met schadevergoeding. Een dergelijke keuze miskende het onderscheid tussen wederkerige overeenkomsten en eenzijdige verbintenissen als *species* en *genus*. De artikelen 1302 en 1303 zagen op wederkerige overeenkomsten en niet op eenzijdige *obligationes ad factum praestandum*, zoals de plicht tot huwelijkse samenwoning. Een beroep op artikel 1277 van het Burgerlijk Wetboek kon de man evenmin baten, omdat dan een machtiging tot lijfswang zou moeten worden gegeven. Aangezien die niet bij enig wetsartikel was voorgeschreven, zou dat resulteren in een ongeoorloofde aanhouding ('strafbare sequestratie'). De vrouw kon zich dus beperken tot haar eerdere aanbod tot terugkeer naar de echtelijke woning. Een veroordeling daartoe zou echter doelloos zijn 'omdat de poenale sanctie op het niet-voldoen aan zoodanige veroordeeling, door den wetgever in art. 1275 B.W. bepaald, niet is ingeroepen, en ambtshalve in *civilibus* niet mag worden toegepast'. De rechtbank veroordeelde de vrouw overigens wel tot afgifte van hun zoon Henri binnen acht dagen na betekening van het vonnis. Bij weigering tot afgifte werd de man gemachtigd om haar daartoe te dwingen met hulp van de sterke arm.³¹

De rechtbank wees in dit vonnis de vordering tot nakoming van de huwelijkse samenwoning weliswaar af, maar alleen waar het ging om de *directe* executie van die verbintenis. Het direct afdwingen van de terugkeer naar de echtelijke woning zou leiden tot de aanhouding van de vrouw, wat in strijd zou zijn met het grondwettelijk vrijheidsrecht.³² Maar dit vrij-

29 Arb. 's-Gravenhage 8 juni 1860, W., 1860, nr. 2197, 2-3; zie Oosterhuis, *Specific performance*, 477.

30 J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken*, dl. 5, Utrecht, 1838, 20-21; J.J.F. Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen gevoerd in de Tweede Kamer der Staten Generaal over het ontwerp van Burgerlijk Wetboek*, dl. 1, 's-Gravenhage, 1878, 26.

31 Arb. Amsterdam 18 maart 1863, W., 1863, nr. 2493.

32 Welk vrijheidsrecht de rechtbank precies bedoelde, is onduidelijk. Van de Grondwet van 1848 lijken in aanmerking te komen de artikelen 3 ('Allen die zich op het grondgebied van het Rijk bevinden, hetzij ingezetenen of vreemdelingen, heb-

heidsrecht bood alleen bescherming tegen een *directe* dwang tot een handelen, wat volgens de rechtbank kennelijk de betekenis was van het adagium *nemo praecise cogi ad factum*.³³ Het recht op nakoming – expliciet gegeven in de artikelen 1302 en 1303 – impliceerde kennelijk een vorm van *directe* executie. Anders was de rechtbank niet tot de enigszins gezochte uitleg gekomen dat het recht op nakoming genoemd in de artikelen 1302 en 1303 niet van toepassing was op eenzijdige verbintenissen, omdat die artikelen zich zouden beperken tot wederkerige overeenkomsten. Op de afwijzing van de uitvoering door een derde, in dit geval de politie, op basis van artikel 1277 is weinig aan te merken. Daar zou lijfswang inderdaad leiden tot een ongeoorloofde aanhouding, omdat een dergelijke aanhouding niet in het Wetboek voor Strafvordering was geregeld. Maar volgens de rechtbank stond niets in de weg aan een veroordeling tot terugkeer naar de echtelijke woning, als deze *indirect* kon worden afgedwongen door middel van de ‘poenale sanctie’ uit artikel 1275, namelijk een dwangsom. Hoewel het ‘oplossen in schadevergoeding’ uitleggen als het ‘veroordelen tot een poenale sanctie’ binnen de letterlijke grenzen van artikel 1275 blijft, lijkt ook deze *indirecte* vorm van executie strijdig met de oorspronkelijke bedoeling van dit artikel, namelijk de bescherming van de persoonlijke vrijheid.³⁴ De rechtbank richtte zich dus meer op de letterlijke tekst van artikel 1275 in combinatie met een veronderstelde bedoeling van de wetgever – effectieve tenuitvoerlegging –, dan op de werkelijke bedoeling van de wetgever – bescherming van de persoonlijke vrijheid.

De rechtbank van Amsterdam beschouwde een mogelijke veroordeling tot de betaling aan de man van een (cumulerend) geldbedrag voor elke dag dat niet aan de hoofdveroordeling tot nakoming werd voldaan, dus niet alleen als schadevergoeding maar ook als middel om de vrouw *indirect* tot nakoming van haar verplichting te dwingen. Dergelijke cumulerende geldbedragen werden gedurende de negentiende eeuw overigens niet alleen gecombineerd met een veroordeling tot een persoonlijke handeling, maar ook om een recht van overpad af te dwingen, een trein een halteplaats te laten aandoen of een leveringsakte op te maken.³⁵ In 1864, in een ander geschil over een wettelijke verplichting – het afleggen van de eed na het verzegelen van een huis en het opmaken van een inventaris – bepaalde de Hoge Raad echter dat dergelijke cumulerende bedragen moesten worden beschouwd als een voorlopige schatting van de schade en niet als een strafbepaling om nakoming van een vonnis af te dwingen.³⁶ Het effect was overigens hetzelfde, namelijk dat een schuldenaar

ben gelijke aanspraak op bescherming van persoon en goederen.’) of 151 (‘Buiten de gevallen in de wet bepaald, mag niemand in hechtenis worden genomen, dan op een bevel van den regter, inhoudende de redenen der gedane aanhouding. Dit bevel moet bij, of zoo spoedig mogelijk na de aanhouding betekend worden aan dengene, tegen wien het is gericht. De wet bepaalt den vorm van dit bevel, en den tijd, binnen welken alle aangeklaagden moeten worden verhoord.’).

33 Overigens was deze terughoudendheid beperkt: wanbetalende huurders konden met hun hele hebben en houden door deurwaarder en politie op straat worden gezet en dat kon eventueel gepaard gaan met een behoorlijke inbreuk op de persoonlijke vrijheid, zie Oosterhuis, *Specific performance*, 513-514. De invloed op de rechtspraak van een fundamenteel recht op vrijheid op het afdwingen van verbintenissen om iets te doen was dus gering.

34 Zie opnieuw Nicolai, in Voorduin, *Geschiedenis*, dl. 5, 20-21; Noordziek, *Beraadslagingen*, dl. 1, 26.

35 Zie Oosterhuis, *Specific performance*, 468, 492-498 en 534-537.

36 HR 21 oktober 1864, *W.*, 1864, nr. 2636.

indirect werd gedwongen tot nakoming van zijn verplichting. Na dit arrest classificeerden rechtbanken en hoven eventuele cumulerende bedragen in geval van niet-nakoming zorgvuldig als ‘schadevergoeding’.³⁷

2.5 Directe executie van de vaderlijke macht

Ondertussen kreeg de procedure tussen Cohen en Helmstad een vervolg. De laatstgenoemde ging in hoger beroep vanwege de veroordeling tot directe executie van de terugkeer van hun zoon Henri onder de ouderlijke (lees vaderlijke) macht. Een van de aangevoerde grieven was dat een eventuele executie door de sterke arm onwettig was. In 1864 overwoog het hof van Noord-Holland dat, hoewel de wet niet voorzag in middelen om een dergelijk vonnis ten uitvoer te leggen, executie dan niet automatisch onmogelijk of onwettig was. Het was onaannemelijk te veronderstellen dat de wetgever de bedoeling zou hebben gehad om rechterlijke uitspraken onuitgevoerd te laten, vooral niet die tot nakoming van wettelijke verplichtingen. Dergelijke verplichtingen, zoals het verblijf onder de ouderlijke macht uit artikel 356 van het Burgerlijk Wetboek, waren immers in het belang van minderjarigen en van de publieke orde. Bovendien, als de wet geen executiemiddelen voorschreef, was daarmee de rechter de bevoegdheid verleend om zelf in dergelijke middelen te voorzien. Om artikel 356 niet volledig illusoir te maken, was de rechtbank dus bevoegd om de vader te machtigen zijn zoon Henri bij hem terug te nemen, eventueel met hulp van de sterke arm. Wanneer de uitvoering van vonnissen langs directe (‘feitelijken’) weg moest plaatsvinden, was de sterke arm daartoe speciaal aangewezen, om eigenrichting te voorkomen.³⁸

De uitoefening van de ouderlijke macht rechtvaardigde dus het gebruik van directe dwang tegen Henri en zijn moeder. Het kind kon onder politiedwang van haar worden weggenomen. Het argument dat het gebruik van dergelijke dwang elke wettelijke basis ontbeerde en daarom niet was toegelaten, werd verworpen met opnieuw een beroep op de veronderstelde bedoeling van de wetgever. Het kon, op basis van het bijzondere belang van de betrokken minderjarigen en van het algemeen belang van de publieke orde, niet de bedoeling zijn geweest om vonnissen onuitgevoerd te laten: zonder directe executie werd de uitoefening van de ouderlijke macht onmogelijk gemaakt. Het opmerkelijke is dat in dezelfde procedure de rechtbank een jaar eerder de directe tenuitvoerlegging van de huwelijkse samenwoning juist had afgewezen met hetzelfde, typisch legistische argument: directe executie zou neerkomen op gijzeling en daarvoor was geen wettelijke basis. Rechtbank en hof verbonden dus geen eenduidig gevolg aan het gebrek van een wettelijke basis voor maatregelen om verbintenissen om persoonlijk iets te doen af te dwingen. Ze lieten de directe of indirecte executie van die verbintenissen afhangen van bepaalde achterlig-

³⁷ Zie Oosterhuis, *Specific performance*, 481.

³⁸ Prov.Gh. Noord-Holland 23 juni 1864, W., 1865, nr. 2667.

gende doelen als de vrijheid van het individu, het belang van minderjarigen en de publieke orde.

Een paar jaar later, in 1869, vond de rechtbank van Groningen in artikel 1277 van het Burgerlijk Wetboek een wettelijke grondslag voor de veroordeling om kinderen terug te brengen onder de vaderlijke macht. De rechtbank veroordeelde een moeder om binnen de acht dagen na het vonnis de kinderen af te geven aan hun vader. Als ze weigerde, was de vader gemachtigd om op basis van artikel 1277 de kinderen onder zijn hoede te nemen, daarbij vergezeld door een deurwaarder, eventueel met assistentie van de ‘sterken arm van het gerecht’.³⁹ Deze uitleg van artikel 1277 bevreemdt. De teruggave van de kinderen kan namelijk maar door één persoon gebeuren, de ouder of persoon onder wiens toezicht de kinderen zich bevinden. Bij het teruggeven van een kind kan dus geen sprake zijn van een generieke handeling, zoals het bouwen van een huis of het aanleggen van een weg. Hier werd de letter van artikel 1277 gebruikt als wettelijke basis voor de directe tenuitvoerlegging – de machtiging van een derde tot uitvoering van de prestatie – terwijl werd voorbij gegaan aan de bedoeling van de wetgever, zoals verwoord door Nicolai – het afdwingen van een generieke handeling.⁴⁰

In dit vonnis stond de rechter hetzelfde doel voor ogen als de rechtbank van Amsterdam en het hof van Noord-Holland, namelijk een effectieve tenuitvoerlegging van een veroordeling tot de uitoefening van de ouderlijke macht. Waar de Hollandse rechtbanken een wettelijke basis in het midden lieten, nam de Groningse rechtbank met artikel 1277 de letterlijke tekst van de wet als uitgangspunt, maar miskende daarbij de bedoeling van de wetgever. De Groningse rechtbank leek zich dus te wenden van de bedoeling van de wetgever naar de letter van de wet. Niettemin bleef het resultaat, een effectieve tenuitvoerlegging, hetzelfde. Wat betreft de tenuitvoerlegging van huwelijk en ouderlijke macht valt een doorzetten van de wending van wetgever naar wet in het *Weekblad van het Regt* moeilijk aan te tonen. Na het vonnis uit 1869 bleven verdere relevante vonnissen uit.

2.6 Effectieve tenuitvoerlegging als doel

In alle bovenstaande geschillen over huwelijkse samenwoning en ouderlijke macht ontstond discussie over de tenuitvoerlegging. Daarbij richtten rechtbanken en hoven zich op een effectieve tenuitvoerlegging, zowel van de huwelijkse samenwoning als van de uitoefening van de ouderlijke macht. Tot ongeveer 1870 werd die effectieve tenuitvoerlegging expliciet genoemd als de veronderstelde bedoeling van de wetgever.

Het afdwingen van de huwelijkse samenwoning gebeurde, waar mogelijk, via cumulerende geldbedragen en sporadisch door middel van directe lijfswang. Over het algemeen werd directe dwang afgewezen met een beroep op de vrijheid van het individu. Een wette-

39 ARb. Groningen 28 mei 1869, bevestigd door Prov.Gh. Groningen 5 april 1870, W., 1870, nr. 3244.

40 Zie Voorduin, *Geschiedenis*, dl. 5, 20-21; Noordziek, *Beraadslagingen*, dl. 1, 26.

lijke basis voor de veroordeling tot de betaling van cumulerende geldbedragen werd gevonden in artikel 1275, dat bepaalde dat alle verbintenissen om iets te doen verplichten tot vergoeding van de schade bij niet-nakoming. De bedoeling van de wetgever met dit artikel – het voorkomen van het afdwingen van een persoonlijk handelen – werd door rechtbanken genegeerd. Het hof van Noord-Holland (en later de Hoge Raad) overwoog weliswaar dat dergelijke cumulerende bedragen bij niet-nakoming moesten worden beschouwd als schadevergoeding, maar *de facto* functioneerden de veroordeling tot deze bedragen als dwangmaatregel.

De terugkeer van kinderen onder het ouderlijk (vaderlijk) gezag werd wel direct afgedwongen. Daartoe beriepen rechters zich op de veronderstelde bedoeling van de wetgever, namelijk een effectieve tenuitvoerlegging. Daarnaast refereerden ze aan de publieke orde en het belang van minderjarigen ter legitimatie van deze rechtstreeks afgedwongen tenuitvoerlegging. Rond 1870 werd hiervoor artikel 1277 als wettelijke basis gegeven, hoewel dat artikel de tenuitvoerlegging van generieke handelingen door een derde regelde. Dit markeert de wending van de bedoeling van de wetgever naar de letter van de wet, althans formeel. De politiedwang om een kind terug te halen bleef dezelfde, alleen werd nu een wettelijke basis gevonden door een letterlijke uitleg van artikel 1277.

3 Nakoming van handelsovereenkomsten

De industriële revolutie resulteerde in een efficiënter transportnetwerk en mede daardoor in een toename van de handel in soortzaken zoals graan en steenkool.⁴¹ Handelstransacties betroffen steeds vaker de levering van dit type soortzaken. In veel gevallen bleek *tijdige* levering essentieel. Onder die omstandigheden voldeed de vordering tot nakoming in *specie* niet langer als primair rechtsmiddel. De praktijk om een ontbindende voorwaarde, na verloop waarvan een schuldeiser schadevergoeding en ontbinding kon vorderen, in een contract op te nemen bestond vanzelfsprekend al veel langer. Aan het begin van de negentiende eeuw bleek het opnemen van deze voorwaarden, die expliciet moesten worden overeengekomen, echter nog eerder uitzondering dan regel.⁴²

3.1 Van nakoming naar schadevergoeding

De rechtspraak in de negentiende eeuw laat zien dat gedurende de negentiende eeuw de vordering tot schadevergoeding het meest gebruikte rechtsmiddel werd in geval van niet-nakoming van verbintenissen tot leveren van soortzaken. Voor de levering van soortzaken

⁴¹ M.J. Wintle, *An economic and social history of the Netherlands, 1800-1920: demographic, economic, and social transition*, Cambridge, 2000, 118-119 en 188-194.

⁴² C. Brom, *Urteilsbegründungen im "Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland" am Beispiel des Kaufrechts im zeitraum 1704-1787*, Frankfurt am Main, 2008, 153-156; Oosterhuis, *Specific performance*, 52.

met een wisselende marktprijs werd de vordering van schadevergoeding zelfs het primaire rechtsmiddel. Zodra een verkoper niet op de afgesproken termijn had geleverd, werd de overeenkomst van rechtswege als ontbonden beschouwd. De koper kon geen levering meer vorderen, maar enkel het prijsverschil tussen de marktprijs op de afleverdatum en de oorspronkelijke koopprijs. De verkoper kon niet meer bevrijdend leveren maar was vanaf dat moment verplicht het prijsverschil te betalen.⁴³

Deze verandering voltrok zich geleidelijk in de rechtspraktijk. Aan het begin van de negentiende eeuw bleken kopers van soortzaken, zoals meekrap,⁴⁴ vooral nakoming te vorderen.⁴⁵ Vanaf de jaren vijftig echter lieten kopers, als een verkoper niet tijdig leverde, hun vordering tot nakoming standaard vergezeld gaan van een subsidiaire vordering tot schadevergoeding.⁴⁶ Wilde een koper in die tijd ontbinding met schadevergoeding kunnen vorderen, dan diende de verkoper eerst in verzuim te worden gesteld, tenzij uitdrukkelijk was overeengekomen dat het overschrijden van de aflevertermijn verzuim opleverde.⁴⁷ Vanaf de jaren zestig werd een schuldenaar als onmiddellijk in verzuim beschouwd als hij niet tijdig leverde en kon een schuldeiser vanaf dat moment schadevergoeding vorderen.⁴⁸ Aan het eind van de negentiende eeuw werd het vaste rechtspraak dat bij het overschrijden van een aflevertermijn van een handelskoop van soortzaken met wisselende marktprijzen de overeenkomst van rechtswege ontbonden was. In dat geval kon de koper enkel nog schadevergoeding vorderen, tenzij hij onmiddellijk na het verstrijken van de aflevertermijn alsnog nakoming vorderde.⁴⁹ In het eerste geval bestond de schadevergoeding uit het prijsverschil tussen de marktprijs van de waar op de afleverdatum en de oorspronkelijke koopprijs.⁵⁰

Van de dogmatische problemen die zich tijdens deze verschuiving hebben voorgedaan, licht ik er hier twee uit: de vraag wanneer überhaupt ontbinding met schadevergoeding mocht worden gevorderd en het probleem of de ontbinding *ipso jure* kon plaats vinden.

3.2 Opeisbaarheid na eigen prestatie

De eerste vraag is of een schuldeiser eerst zelf moet presteren voordat hij ontbinding met schadevergoeding mag vorderen. In 1842 kwam die vraag bij de Hoge Raad terecht. Op vordering van een schipper had de rechtbank van Maastricht een bevrachtingsovereenkomst (om een partij pijpen te vervoeren) ontbonden omdat

43 Zie voor een uitgebreide beschrijving van deze ontwikkeling in Nederland, maar ook in de Duitse gebieden en Frankrijk, hoofdstuk 4 van mijn proefschrift *Specific performance*.

44 Hoog Gerechtshof 's-Gravenhage 4 november 1815, hoger beroep van Rb. Goes 20 februari 1815, W.Y. van Hamelsveld, *Verzameling van gewijsden van het Hoog Gerechtshof te 's-Gravenhage*, Delft, 1832, reeks 2, dl. 3, 29-37; zie ook H.F.W.D. Fischer, *De geschiedenis van de reële executie bij koop*, Haarlem, 1934, 329-332.

45 Oosterhuis, *Specific performance*, 216-219.

46 Oosterhuis, *Specific performance*, 329-333.

47 Oosterhuis, *Specific performance*, 333-346.

48 Oosterhuis, *Specific performance*, 352-361.

49 Oosterhuis, *Specific performance*, 369-374.

50 Oosterhuis, *Specific performance*, 364-369.

de bevrachter weigerde een vrachtbrief af te geven. In hoger beroep vernietigde het Limburgse hof het vonnis omdat de schipper naast de vrachtbrief – ten onrechte – ook om een voorschot had gevraagd en de niet-uitvoering van het contract dus aan beide partijen lag. Daarom liet het hof de overeenkomst intact en gaf het op grond van artikel 1302 beide partijen een termijn om na te komen. Wanneer een van de partijen alsnog nalatig bleef, werd de ontbinding alleen tegen haar uitgesproken. De Hoge Raad verwierp de eis tot cassatie en overwoog dat artikel 1302 uitdrukkelijk bepaalde dat alleen als een van de partijen nalatig was, het de ander vrij stond om nakoming of ontbinding met schadevergoeding te vorderen. Hier waren beide partijen in gebreke en was artikel 1302 dus niet van toepassing. Het hof had zich overigens ten onrechte op dit artikel beroepen bij het verlenen van een termijn om alsnog na te komen, maar had niets anders gedaan ‘dan, naar den aard der zaak, uit krachte van algemeene rechtsbeginselen [...] aan beide partijen een korte morele tijd te laten, om alsnog elk aan zijn verplichting te voldoen’.⁵¹

Voor de afwijzing van de vordering tot ontbinding beperkte de Hoge Raad zich tot een strikt grammaticale uitleg van artikel 1302, zonder uit te leggen waarom partijen bij een overeenkomst geen ontbinding met schadevergoeding konden vorderen als ze beiden in gebreke waren, in tegenstelling tot als slechts één van hen in verzuim was. Voor de veroordeling tot nakoming en het geven van een termijn daartoe, beriep de Hoge Raad zich op de aard van de zaak en algemene rechtsbeginselen, zonder deze laatste te expliciteren. De Hoge Raad lijkt hier echter te duiden op het beginsel dat overeenkomsten gericht zijn op nakoming – de aard van de zaak – en dat nakoming het primaire rechtsmiddel van een schuldeiser is, zoals ook verwoord in het vroegmoderne Natuurrecht.⁵² Met deze uitleg week de Hoge Raad dus af van de wet als enige rechtsbron.

Met de strikt grammaticale uitleg van artikel 1302 week de Hoge Raad ook af van de bedoeling van de wetgever, zoals bleek uit een bespreking in het *Weekblad van het Regt*. Naar aanleiding van dit arrest besprak de redactie namelijk kort een drietal opvattingen over de afdwingbaarheid van verbintenissen uit overeenkomst. Pothier had de zaak in het midden gelaten: een nalatige partij kon zelf geen nakoming vorderen, maar (waarschijnlijk) wel ontbinding met schadevergoeding.⁵³ Justinus van der Bruggen (1804-1863), een rechter uit Nijmegen, had in 1838 betoogd dat een partij enkel nakoming of ontbinding kon vorderen indien hij zelf had nagekomen. Zonder voorafgaande prestatie was een overeenkomst niet afdwingbaar, maar slechts een *pactum nudum*.⁵⁴ Deze toepassing van klassiek Romeinse concepten op het moderne recht paste veel meer bij het Pandectisme in de Duitse rechts-

51 HR 30 december 1842, *W.*, 1843, nr. 362, 1.

52 Zie Oosterhuis, *Specific performance*, 78-84.

53 R.J. Pothier, *Oeuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, dl. 2, Parijs, 1845, v° Obligations, nr. 672, en dl. 4, Parijs, 1847, v° Louage, nr. 405.

54 J.J.L. van der Bruggen, ‘Bedenkingen over de redenen der verbindbaarheid der overeenkomsten’, *Bijdragen tot rechtsgeleerdheid en wetgeving*, 1837, 489-529; 1838, 29-108, in het bijzonder 100-101. De opvatting dat overeenkomsten pas afdwingbaar zijn als ze (deels) nagekomen zijn, doet, los van de doctrinaire achtergrond, sterk denken aan het onderscheid dat Atiyah maakt voor de common law in diezelfde periode tussen *executory contracts* en *part executed contracts*, Atiyah, *Contract*, 139-142, 194-198 en 419-424.

geleerdheid, dan bij een rechtsgeleerdheid die uitging van de wet als enige formele rechtsbron.⁵⁵ Abraham de Pinto (1811-1874) had daarentegen betoogd dat het verzuim van een van de partijen niet afdeed aan de opeisbaarheid van hun wederzijdse verplichtingen en slechts recht gaf op een mogelijke reconventionele vordering of een latere vordering tot ontbinding.⁵⁶ De uitleg van artikel 1302 door de Hoge Raad hield in dat de eigen prestatie diende vooraf te gaan aan een vordering tot ontbinding met schadevergoeding. Deze uitleg ligt het dichtst aan tegen die van Van der Bruggen, namelijk dat überhaupt de opeisbaarheid van een verbintenis afhangt van de eigen voorafgaande prestatie. Voor het achterhalen van de bedoeling van de wetgever had echter de opvatting van Pothier, als belangrijke bron voor de *Code civil* en dus indirect voor het Burgerlijk Wetboek, richtinggevend moeten zijn. In dit geschil was de Hoge Raad dus meer gericht op de letterlijke tekst van de wet dan op de bedoeling van de wetgever. De eigen opvatting van de Hoge Raad – verbintenissen zijn er in de eerste plaats om na te komen – overheerste hier. Pas in 1863 aanvaardde de Hoge Raad de opvatting dat een schuldeiser, ook als hijzelf in verzuim was, niettemin ontbinding met schadevergoeding van zijn nalatige schuldeiser kon vorderen.⁵⁷

Achter dit geschil over de afdwingbaarheid van de verplichtingen uit een overeenkomst lijkt een veel fundamenteeler geschil schuil te gaan, namelijk over het doel van een overeenkomst: de daadwerkelijke nakoming of het behalen van winst. Vanouds was het vanzelfsprekende doel van een koop om iets te kopen en te behouden. Het verbintenissenrecht is dan een hulpstuk bij het goederenrecht. Het doel van een handelskoop was echter niet beperkt tot kopen om iets te behouden, maar vooral gericht op het met winst doorverkopen van goederen.⁵⁸ Bij beurshandel was dat zelfs het voornaamste, hoewel begin negentiende eeuw nog omstreden, doel. In 1841 argumenteerde een verkoper dat de koper enkel de daadwerkelijke levering van 200 vaten raapolie had gevorderd, om de onderhavige beurstransactie behandeld te zien als een reële koop en niet als een vorm van speculatie. Kansspelen waren immers niet afdwingbaar.⁵⁹ In dit licht staat het arrest van de Hoge Raad uit 1842 over de nakoming van een bevrachtingsovereenkomst aan het begin van een ontwikkeling waarin de handelsovereenkomst een prominenter rol ging spelen in het verbintenissenrecht, waardoor dit laatste een meer zelfstandige positie kreeg ten opzichte van het goederenrecht.

55 Oosterhuis, *Specific performance*, 92-93.

56 A. de Pinto, *Handleiding tot het Burgerlijk Wetboek*, dl. 2, Zwolle, 1838, § 698.

57 Oosterhuis, *Specific performance*, 337.

58 Waarover later voor de Duitse handelspraktijk Johann Caspar Bluntschli (1808-1881), in *Blätter für Rechtsanwendung*, 1852, 356, en voor de Nederlandse rechtspraktijk Willem Th.C. van Doorn (1853-1921), in *Handelingen der Nederlandsche Juristenvereniging*, 1900, dl. 1, 109-111 en dl. 2, 64-65 en 95; zie Oosterhuis, *Specific performance*, 249 en 374.

59 ARb. Amsterdam 12 november 1841, W., 1842, nr. 248, bevestigd door Prov.Gh. Holland 31 december 1841, W., 1842, nr., 254; Oosterhuis, *Specific performance*, 327-328.

3.3 Ontbinding van rechtswege

Het sluitstuk van de ontwikkeling van nakoming naar schadevergoeding, althans voor de negentiende eeuw, was de ontbinding *ipso jure*. Zoals gezegd werden in de laatste twee decennia van de negentiende eeuw handelskopen van soortzaken met wisselende marktprijzen van rechtswege als ontbonden beschouwd zodra de verkoper in verzuim was.⁶⁰ De ontbinding *ipso jure* gold dus voor bepaalde verbintenissen onder bepaalde omstandigheden. De consequentie hiervan was dat de koper geen nakoming meer kon vorderen, enkel schadevergoeding, en ook de verkoper niet meer bevrijdend kon leveren, maar enkel het verschil moest vergoeden tussen de marktprijs op de overeengekomen afleverdatum en de oorspronkelijke koopprijs.⁶¹

Een voorafgaande stap in die ontwikkeling was het beschouwen van de afleveringsdatum als fatale termijn waardoor een verkoper onmiddellijk in verzuim was, zonder dat daarvoor verdere stappen van de koper nodig waren. In 1866 overwoog de rechtbank van Amsterdam dat als partijen, althans in handelszaken, een vaste afleverdatum waren overeengekomen en aflevering niet plaatsvond voor deze termijn, de overeenkomst als ontbonden diende te worden beschouwd op grond van deze voorwaarde. De verplichting tot aflevering hield dus op te bestaan als ze niet tijdig was nagekomen. Dit was in tegenstelling tot normale koopovereenkomsten waarin de ontbindende voorwaarde slechts door de wet verondersteld werd en de verplichting tot aflevering bleef bestaan tot de rechterlijke ontbinding. In beide gevallen kon een koper ontbinding met schadevergoeding vorderen, maar in geval van een handelskoop met een vaste aflevertermijn mocht de rechter de verkoper geen extra termijn geven om alsnog na te komen en was de koper ook niet verplicht om de ontbinding in rechte te vorderen.⁶² Eerder had Diephuis al betoogd dat de ontbinding *ipso jure* mogelijk was op grond van het intreden van een ontbindende voorwaarde, hoewel volgens hem onenigheid van partijen over de vervulling van een dergelijke voorwaarde een rechterlijke beslissing nodig kon maken.⁶³

Kennelijk ging dit vonnis de Amsterdamse rechtbank zelf ook wel erg ver, want enige maanden later nuanceerde de rechtbank in een ander geschil de gevolgen van een niet-tijdige aflevering. Als een verkoper in *mora* was omdat hij niet voor een bepaalde termijn had afgeleverd, betekende dit niet dat de hele koop ontbonden was, maar alleen dat de koper niet verplicht was om de verlate aflevering te accepteren. De verplichting van de verkoper tot aflevering bestond dus nog steeds, maar de koper kon kiezen tussen nakoming en ontbinding met schadevergoeding. Anders zou de keuze om tijdig af te leveren, en daarmee de vraag of een verplichting nagekomen diende te worden, volledig afhangen van de verkoper. Artikel 1139 van de *Code civil* – de koper in deze overeenkomst was gevestigd in Le

60 Oosterhuis, *Specific performance*, 369-374.

61 Oosterhuis, *Specific performance*, 364-369.

62 ARb. Amsterdam 3 januari 1866, W., 1866, nr. 2783.

63 Diephuis, *Burgerlijk Wetboek*, dl. 6, nr. 183, 73-74.

Havre – en *mutatis mutandis* ook artikel 1274 van het Burgerlijk Wetboek moest niet zo worden uitgelegd alsof de wetgever zou hebben geëist dat voor overeenkomsten die afgesloten werden door koopmansbrieven, het verzuim uitdrukkelijk bij de afleverdatum moest worden overeengekomen.⁶⁴ Als dat het geval was geweest, had de wetgever dat wel uitdrukkelijk bepaald, omdat een dergelijk vereiste tegengesteld was aan de handelsgeest, die altijd streefde naar efficiëntie. Een dergelijke voorwaarde (van onmiddellijk verzuim) moest daarom worden verondersteld in de bepaling om tijdig af te leveren. Als in handelstransacties een aflevertermijn was overeengekomen, dan moest dus de voorwaarde om binnen een bepaalde termijn af te leveren worden beschouwd als ontbindende voorwaarde, ook al was het contract daardoor niet van rechtswege ontbonden. In dit geschil verklaarde de rechtbank de koop van 300.000 kokosnoten ontbonden en zij veroordeelde de verkoper tot schadevergoeding.⁶⁵ Maatgevend was dus uiteindelijk niet de bedoeling van de wetgever – waarvan het maar de vraag was of die gewild had dat het enkele bepalen van een termijn zou gelden als een ‘stilzwijgende’ ingebrekestelling – maar de gebruiken in het handelsverkeer. Formeel was de wet rechtsbron, maar in dit geschil *de facto* was de handelsgewoonte.

Tussen 1865 en 1880 bestond onduidelijkheid over de precieze gevolgen van het verlopen van een afleveringstermijn. Volgens sommige rechters kon de verkoper de goederen afleveren tot de ontbinding in rechte, maar anderen beschouwden een koopovereenkomst van rechtswege ontbonden na verloop van de afleveringstermijn. In het laatste geval was alleen de ontbinding *ex tunc* onderwerp van een rechtelijke procedure, zoals het hof van Den Haag in 1876 besliste.⁶⁶ In tegenstelling tot Diephuis, verwierp Cornelis Willem Opzoomer (1821-1892) de mogelijkheid van ontbinding van rechtswege. Een schuldeiser zou dan namelijk door middel van een *lex commissoria* of ontbindende voorwaarde kunnen afzien van zijn recht op nakoming en dat zou een ‘zeer eigenaardige wijziging’ van de *lex commissoria* betekenen.⁶⁷ In essentie was dit een wat reactionaire opvatting. Kennelijk had Opzoomer moeite om zich de nieuwe rol van het verbintenissenrecht in het handelsverkeer van die tijd eigen te maken. De rechtspraak liet zich weinig gelegen liggen aan dit soort opvattingen.⁶⁸ In 1892 erkende ook de Hoge Raad de ontbinding *ipso jure*, zonder dat overigens met zoveel woorden toe te geven. Bij verzuim op grond van een vaste afleveringstermijn stelde de rechter enkel de ontbinding vast, maar hij ontbond niet zelf. De overeenkomst was al ontbonden. Een en ander volgde uit de samenhang van de artikelen 1301 en 1302. Hier be-

64 Art. 1274 BW (equivalent van art. 1139 CC, dat op de onderhavige handelskoop van toepassing was): ‘De schuldenaar wordt in gebreke gesteld, het zij door een bevel of andere soortgelijke akte, het zij uit kracht der verbintenissen zelf, wanneer deze medebrengt, dat de schuldenaar in gebreke zal zijn, door het enkel verloop van de den bepaalden termijn.’

65 ARb. Amsterdam 21 maart 1866, *W.*, 1866, nr. 2809.

66 ARb. Rotterdam 16 juni 1875, bevestigd Gh. ’s-Gravenhage 12 juni 1876, *W.*, 1876, nr. 4008, bevestigd door HR 19 januari 1877, *W.*, 1877, nr. 4078; zie Oosterhuis, *Specific performance*, 359.

67 C.W. Opzoomer, *Het burgerlijk wetboek, verklaard door Mr. C.W. Opzoomer*, dl. 5, Amsterdam, 1879, 178, n. 1; Oosterhuis, *Specific performance*, 359-360.

68 Bijvoorbeeld Gh. Amsterdam 11 maart 1881, *W.*, 1881, nr. 4661 en Gh. Arnhem 16 februari 1881, *W.*, 1881, nr. 4646; zie Oosterhuis, *Specific performance*, 360.

perkte de Hoge Raad zich dus tot de wet als rechtsbron.⁶⁹ In dit laatste arrest is opnieuw de wending van wetgever naar wet zichtbaar, althans formeel. In 1866 had de Amsterdamse rechtbank zich ter rechtvaardiging van een onmiddellijk verzuim door te late aflevering nog beroepen op de veronderstelde bedoeling van de wetgever om het handelsverkeer niet te belemmeren. De Hoge Raad in 1892 stelde dat de ontbinding van rechtswege ook bij het schenden van een fatale termijn mogelijk was, simpelweg omdat een en ander zou blijken uit de systematiek van de wet. Het faciliteren van het handelsverkeer leek overigens ook bij dit laatste arrest de achterliggende bedoeling te zijn geweest.

3.4 Handel als doel

In 1842, aan het begin van de opkomst van de handelsovereenkomst (of van de ontwikkeling van nakoming naar schadevergoeding in het verbintenissenrecht), legt de Hoge Raad artikel 1302 letterlijk uit: een partij kan slechts nakoming of ontbinding vorderen wanneer hijzelf niet in verzuim is. De waarschijnlijke bedoeling van de wetgever met dat artikel – verzuim van een der partijen geeft de andere partij het recht om ontbinding te vorderen, zelfs al is hijzelf ook in verzuim – werd daarbij genegeerd. De Hoge Raad richtte zich dus op de tekst van de wet en niet op de bedoeling van de wetgever, maar streefde een eigen doel na: de daadwerkelijke nakoming van overeenkomsten. De nieuwe rol die het verbintenissenrecht in de veranderende handelseconomie begon te spelen, werd daarbij miskend.

In de tweede helft van de negentiende eeuw onderkenden de rechtbank van Amsterdam en ook de Hoge Raad juist wel het belang van een soepel lopend handelsverkeer. In 1866 beschouwde de Amsterdamse rechtbank een afleveringsdatum als een fatale termijn, zonder dat uitdrukkelijk in de overeenkomst hoefde te worden opgenomen dat de verkoper bij overschrijding in verzuim was. In 1892 stelde de Hoge Raad dat bij het verstrijken van de afleveringstermijn de overeenkomst als van rechtswege ontbonden diende te worden beschouwd. Los van de mogelijke bedoeling van de wetgever met de artikelen 1302 en 1303, werd de tekst vrij geïnterpreteerd. Het vereiste van rechterlijke ontbinding bleek niet te gelden voor handelsovereenkomsten van soortzaken met wisselende marktprijzen. Noch de bedoeling van de wetgever, noch de tekst van de wet, maar een soepel lopend handelsverkeer bleek maatgevend.

⁶⁹ HR 30 december 1892, W., 1893, nr. 6330, 1-2: 'O. dat echter uit den samenhang der artt. 1301 en 1302 BW volgt, dat het rechtsgelov van art. 1301 zoowel aan de bedongen als aan de wettelijk onderstelde ontbindende voorwaarde verbonden is, zonder dat het voorschrift tot aanvraag van een vonnis op deze algemeene werking der ontbindende voorwaarde inbreuk maakt; dat dan ook zoodanige uitspraak niet strekt om de onderstelde ontbindende voorwaarde te doen ontstaan, maar, evenals in den regel de uitspraak van den rechter, om het bestaan van de ontbinding ten gevolge van het vervuld zijn der voorwaarde vast te stellen;'

4 Conclusie

Tussen 1838 en 1900 beschouwden de meeste rechtsgeleerden de wet als de enige formele rechtsbron. Soms vertoonde de wet echter lacunes, zoals door het ontbreken van maatregelen ter executie van verbintenissen om persoonlijk iets te doen, of door het plaatsvinden van nieuwe ontwikkelingen, zoals de ontbinding van rechtswege van een handelskoop. In die gevallen steunden rechters niet alleen op de wet, maar ook op andere rechtsbronnen, zoals algemene rechtsbeginselen of handełsgewoonten. Bovendien werd in deze situaties uitdrukkelijk aansluiting gezocht bij doelen die niet noodzakelijkerwijs overeenkwamen met de bedoeling van de wetgever, zoals effectieve rechtspleging, de vrijheid van het individu, het belang van minderjarigen, de publieke orde en efficiëntie in handel.

In de rechtspraak over huwelijksse samenwoning en ouderlijke macht valt rond 1865 inderdaad een wending van de bedoeling van de wetgever naar de letter van de wet aan te wijzen. Deze wending is echter betrekkelijk. Voor 1865 werd een effectieve tenuitvoerlegging als veronderstelde bedoeling van de wetgever uitdrukkelijk benoemd. Na 1865 bleef, ook bij een letterlijke exegese, die effectieve tenuitvoerlegging het uiteindelijke doel. Bovendien werd ook voor 1870 bij de uitleg van bepaalde artikelen de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever genegeerd. De wetgever bedoelde met artikel 1275 het afdwingen van een persoonlijk handelen tegen te gaan: *nemo potest praecise cogi ad factum*. In de rechtspraak, ook voor 1870, werd dit artikel echter gebruikt om cumulerende geldbedragen te sanctioneren, met andere woorden om een persoonlijk handelen indirect af te dwingen.

In de rechtspraak over ontbinding van handelsovereenkomsten valt een wending van de bedoeling van de wetgever naar de letter van de wet moeilijker aan te wijzen. Al in 1842 kwam de Hoge Raad met een letterlijke interpretatie van artikel 1302, waarbij bovendien een eigen doel werd nagestreefd: daadwerkelijke nakoming van overeenkomsten. Rond 1865 viel weliswaar een wending waar te nemen, maar die was niet van wetgever naar wet. Deze wending had de Hoge Raad in wezen al in 1842 gemaakt. Vanaf 1865 werden echter de gebruiken in het handelsverkeer maatgevend bij de uitleg van de artikelen 1302 en 1303. De uitleg zelf werd echter minder letterlijk, en meer systematisch.

Voor de rechtspraak over huwelijk en handel tijdens de negentiende eeuw is het beeld dus genuanceerd. Rechters hadden een scherp oog voor de maatschappelijke functie van het recht, bijvoorbeeld waar het ging om een effectieve tenuitvoerlegging en het faciliteren van het handelsverkeer. Als er daarbij al legistisch geïnterpreteerd werd, dan was het vooral om die doelen na te streven.

Summary

Nineteenth century judicial interpretation in the Netherlands has been characterized as legalistic. This article deals with the question whether this legalistic interpretation wit-

nessed a shift in emphasis during the nineteenth century: from the legislature's intention of a legal rule to focusing on the literal wording of a statutory rule. Such possible shift from legislature to code has been investigated for judicial decisions about the enforcement of marital duties and parental authority and about the rescission of trade sales. It appears that in both marital and commercial cases, any judicial method of interpretation eventually sought to serve particular purposes identified by the judiciary itself, such as effective enforcement in marital cases and a proper functioning market in commercial cases, which did not coincide with either the legislature's intention or the literal wording of a provision.

Keywords

Nineteenth century, legalism (formalism), judicial interpretation, law of obligations, marriage, trade sales, specific performance