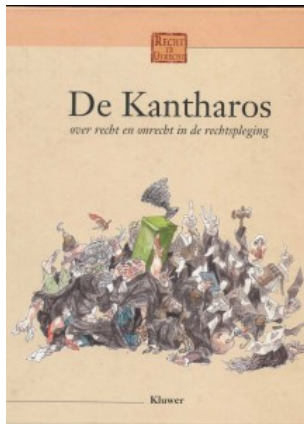


De Kantharos V - De Kantharos van Stevensweert in het licht der gerechtigheid



1. De wonderbare visvangst

De visser had geld nodig. Daarom verkocht hij zijn eerstkomende vangst tegen een bepaald bedrag. Zoiets kan of voor de koper of voor de verkoper nadelig uitvallen. Het hangt er maar vanaf of de vangst het gemiddelde waarop de koopprijs is gebaseerd, zal overschrijden of daar beneden blijft. Geen mens zal er aan denken de partij die het nadeel van deze kans te verwerken krijgt daarom een actie te geven. Maar wat gebeurde? De eerstvolgende vangst bevatte niet alleen de normale hoeveelheid vissen maar ook een heel kostbare gouden drievoet. Wie wordt daar nu eigenaar van: de visser of de koper van de vangst. De zaak wordt door dit bijzonder *feit* wel ingewikkeld. De visser zegt: Ik wilde vissen verkopen en niet ook gouden voorwerpen. De koper werpt tegen: ik heb de eerste vangst van je gekocht en daar zit nu eenmaal die drievoet bij. De rechtsgeleerden, in die tijd toch voor geen kleintje vervaard, zeker niet als het om moeilijke casuïstiek gaat, komen er niet uit. En wat deden ze dan in de oudheid: ze raadplegen het orakel van Delphi voor een bindend advies. Het orakel wil wel advies geven maar houdt zich nooit aan de regels van het spel; het zit altijd vol verrassingen. Zo ook deze keer: noch de visser noch de koper heeft recht op de drievoet maar de beroemdste van de zeven wijze mannen. Dus gaat de drievoet naar Thales van Milete maar in zijn bescheidenheid ontkent die de beroemdste te zijn en hij weigert de drievoet. Dan gaat de drievoet de andere zes wijzen langs maar zij volgen het voorbeeld van Thales van Milete. En tenslotte wordt het pronkstuk als een soort gewijde gave aan de voeten van Apollo neergelegd. Die weet er wel raad mee (Val. Max 4.17).

2. Epi-Eikeiaen onrecht

Aristoteles en in diens voetspoor onder andere Thomas van Aquino leerden het ons:

iedere wet houdt een algemeenheid aan concrete gevallen in; gevallen die onder haar gesubsumeerd kunnen worden, maar zelfs de meest rechtvaardige wet zal

blijken een aantal gevallen te kennen waarin zij onrechtvaardig uitvalt. Het is het vraagstuk van de concrete (on)billijkheid tegenover de noodzaak van wet en recht. Het cliché: wet is wet krijgt daarmee een nieuwe klank en betekenis: verbindend is de regel ook als zij in een bepaald geval niet tot de gewenste en voorziene billijke uitkomst leidt. We hebben het hier niet over de onrechtvaardige, de onbehoorlijke wet die alleen als zij niet wordt toegepast tot een rechtvaardige uitkomst kan leiden. Daarom zou men kunnen zeggen dat het probleem van de *epi-eikeia* slechts op een van de twee volgende wijzen kan worden opgelost:

1. *Lex dura, attamen lex*: ook dan wanneer de wet in een bijzonder geval onredelijk uitwerkt, moet zij nageleefd worden en **2.** de wet die onredelijk uitwerkt moet overboord worden gezet. De eerste methode is de klassieke: iets goeds (de billijke oplossing) wordt prijsgegeven voor iets beters: de gehoudenheid aan de wet. De tweede methode is de moderne. Zij veronderstelt slechts een voorwaardelijke gebondenheid door de wet. Ik kan de vormen waarin dit zich voltrekt in dit artikel alleen maar aanstippen: burgerlijke ongehoorzaamheid, de rechter als 'wetgeverplaatsvervanger' men zou ook kunnen zeggen als super-wetgever en tenslotte de meta-wet die alle andere wetten aan de kant zet. In het huidige BW is voor wat betreft het vermogensrecht gekozen voor dit laatste. We treffen er in art. 2, lid 2 van Boek 6 de meta-regel aan, die de op zich op het geval toepasselijke regel (de 'krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel') buiten toepassing verklaart: wanneer haar toepassing in het gegeven geval 'naar maatstaven van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn'. Het zal duidelijk zijn dat deze regel zich richt tot de rechter, maar indirect ook tot die rechtsgenoten, die er op vertrouwend dat de rechter de meta-regel zal toepassen, zich van de gewone regel die toepasselijk is niets aantrekken. Het zal ook duidelijk zijn dat zo'n meta-regel de rechters 'verplicht' zolang mogelijk door (vrije) interpretatie van de gewone regel haar, de meta-regel, buiten toepassing te laten. Schoordijk was als gebruikelijk heel zeker van zijn zaak:

Gelukkig zal artikel 6.1.1.2. in de toekomst geen toepassing vinden. de bepaling miskent dat een goed rechter een wettekst alleen maar juridisch - het oog gericht op een rechtvaardig oordeel - leest en nooit zal (mogen) aannemen, dat een bepaling in een bepaalds geval, zo zij een onredelijk resultaat zou opleveren, desniettemin zal gelden, om haar daarna buiten gevecht te stellen.

Schoordijk miskent hiermee de wijsheid en het inzicht van Aristoteles en de Aquiner alsmede de realiteit. Toen ik aan civiele rechters uit Amsterdam niet lang geleden vroeg of zij het artikel wel eens toepasten, gaven zij allen een

bevestigend antwoord en voegden eraan toe dat van die beslissingen bij hun weten zelden of nooit hoger beroep werd ingesteld. Het grote probleem is en blijft echter wat voor welke rechter in een concreet geval onaanvaardbaar is.

3. Het geschokte rechtsgevoel

De oplossing van een (te) moeilijk juridisch vraagstuk zoeken door zich te wenden tot een orakel (par.I) en dat alle bevoegdheden te geven, zelfs om algeheel buiten het terrein van de door partijen aangegeven rechtsstrijd te treden, is niet van deze, onze tijd. wij zoeken, zoals ik in de vorige paragraaf uiteenzette, andere wegen. Die bevatten echter ook hun vele min of meer verborgen voetangels en klemmen. Zou men, bij voorbeeld, de stelling verdedigen dat evenredigheid van de wederzijdse prestaties, een grondvorm is van de justitia commutativa en daarmee van het civiele rechtsverkeer, dan zal men door veel juristen met sterke argumenten worden tegengesproken. Toch is het duidelijk dat maatschappelijk gesproken schending van die evenredigheid een der voornaamste redenen is om zich tot herstel daarvan tot de rechter te wenden. En ook dat het rechtsgevoelen met name ook van niet-juristen op de proef wordt gesteld om niet te zeggen geschokt als de rechter in stede van die evenredigheid in en door zijn uitspraak te bevestigen haar glashard als grondtrek van het civiele recht ontkent. Een voorbeeld uit een andere rechtssfeer: als naar het oordeel van een gemeenschap de evenredigheid tussen vergrijp en straf door de rechter wordt doorbroken, met name als hij naar dat oordeel de ernst van het feit dat de gemeenschap schokte, te laag inschat, ontstaat er een tweede schok, de schok van het geschonden rechtsgevoel. Dat over een rechtszaak, die zijn begin vond in een schijnbaar waardeloze vondst bij baggerwerkzaamheden anno 1943, vijfenvijftig jaar later nog steeds wordt gesproken en geschreven, terwijl het toch geen moord of ander crimineel gebeuren betreft, wijst er op dat het rechtsgevoel bij de zaak betrokken is. Als dat rechtsgevoel zich niet uniform manifesteert maar naar twee elkaar niet verdragende richtingen uitwijkt, is dat een extra reden tot onrust en commotie. de zaak Dreyfus met zijn verdeelde rechtsgevoel over vervolging en veroordeling van deze kapitein, is een internationaal exempel. Op nationaal Nederlands plan is daarmee *een beetje* vergelijkbaar de zaak van de Kantharos van Stevensweert, waarop ik zoëven doelde en die het eigenlijke onderwerp is van deze verhandeling.

4. Het geschokte rechtsgevoel (2)

Het is mijn stellige overtuiging dat bij juristen die in de praktijk van de

rechtspraak werkzaam zijn, het rechtsgevoel - in deftiger taal vaak genoemd: rechtsbewustzijn - dreigt te verschrompelen en op den duur achterblijft bij het rechtsgevoel van 'gewone' mensen. Nauwkeuriger uitgedrukt: veel juristen hebben het rechtsgevoel onderkend als een intuïtief opduikend sentiment over goed en - meestal - kwaad binnen het recht dat zich met regels van wet en recht, die voor hen primair staan, moeilijk of niet laat rijmen. En dat het rechtsgevoel, zeker als het zich massaal vertoont, gevaarlijke kanten heeft, zal ik niet ontkennen. Het is, gewoon gezegd, de overtuiging dat er in het recht, bijzonder in de rechtspraak, iets wezenlijk mis is gegaan (wellicht als gevolg van juridische 'spitsvondigheden') en dat gevoel berust niet op juridisch-technische argumenten, heeft veelal ook geen puur rationele ondergrond, maar breekt zich baan als een tornado door de sterke vesting van recht en rede. Het is, meestal, een negatief gevoel. Het richt zich zelden met goedkeuring tot een rechterlijke uitspraak al heb ik die gevallen wel meegemaakt **(1)**. Het richt zich evenmin tegen wet en recht zolang dat abstracties blijven, die op invulling wacht. Het richt zich tegen een bepaalde uitspraak die dat gevoel schoffeert.

Het richt zich niet tegen (of voor) de wetten, zei ik. Daarom is het aardig om hier op te merken dat de Groningse, later Leidse hoogleraar Krabbe (1857-1936) met vuur verdedigde dat recht en wet in het rechtsbewustzijn hun oorsprong en rechtvaardiging vonden, een theorie waarop hij van alle kanten felle kritiek kreeg. Krabbe heeft aan deze gedachte nooit enige vorm van concrete uitwerking kunnen geven. Maar hij zag het rechtsgevoelen dan ook niet als een, veelal, negatieve reactie op levend recht (uitspraak) maar als een scheppende hoedanigheid: niet verzet tegen (of, soms instemming met) uitspraken die schokten was voor hem het wezen van het rechtsbewustzijn, maar de creatie van de wet en wel aldus dat wetten die niet op dat rechtsbewustzijn teruggingen, rechtskracht misten. Zijn leer heeft, naar Gerard Langemeijer ons voorhield **(2)**, geen directe invloed gehad maar wel het positivisme in het recht, dat is: het zonder kritiek aanvaarden en toepassen in de rechtspraak van elke wet, ondermijnd en de weg vrijgemaakt voor de vrije(re) rechtsvinding. Krabbe gaf overigens toe dat het rechtsbewustzijn als schepper van het recht niet perse tot goed recht moest leiden.

Wat daarvan zij, als wij horen van schending van het rechtsgevoelen houdt dat meestal verband met de reactie van niet-juristen op wat (met name in en door rechtspraak) daarbij betrokken juristen doen en laten, ook al moeten we niet

vergeten dat binnen het domein van de juristen het verschil van mening of oordeel ook vaak kan zijn gebaseerd op een overgebleven rest van geschonden rechtsgevoel. Maar meestal gaat het zo: er komt een rechterlijke beslissing die algemene aandacht trekt, omdat iemand is vrijgesproken of vrijgelaten wegens een 'vormfout' terwijl hij toch een zwaar misdrijf heeft toegegeven of niet ontkend. Er is een onschuldige dode gevallen bij een straatrel en de mensen die erbij betrokken zijn, krijgen een lichte straf omdat de rechter niet kan uitmaken wie van de deelnemers de dood van het slachtoffer heeft veroorzaakt. De media springen erop af en laten allerlei personen verklaren dat het een schandalige beslissing is, zelfs een minister van justitie zegt dat zij door de lage straffen is geschokt en, bijna steeds, komen even later min of meer gerenommeerde juristen verklaren dat er niets aan de hand is en dat het recht in de beslissing op juiste wijze is toegepast. Een voorbeeld levert de in 1988 door de Hoge Raad in stand gehouden vrijspraak van verkrachting op grond dat de daarvan verdachte man niet kon en niet behoefde te weten dat de vrouw, na een langdurige maar sinds kort door haar beëindigde relatie geen gemeenschap meer met die man wilde, terwijl wel was komen vast te staan dat hij daarbij met geweld gedreigd had. Heinrich von Kleist (1777-1811) heeft in de laatste, schitterende en verpletterende zin van de eerste alinea van zijn 'Michael Kohlhaas' aan de schending van het rechtsgevoel van deze ('das einer Goldwage glich') deze woorden gewijd: *Das rechtsgefühl aber machte ihn zum Räuber und Mörder*

Juist doordat met name de in het civiele recht doorknede juristen zoveel aandacht besteden aan de techniek van het recht en de daarmee verbonden complicaties en gevolgen voor de uitspraak ontgaat hen nogal eens het belang van zoiets vaags, zoiets algemeen als het rechtsgevoel. Ik hoor het ze al zeggen als dat rechtsgevoel een keer wordt opgevoerd: daar *kan* ik niets mee. Ook de uiteindelijke rechterlijke uitspraak over de Kantharos van Stevensweert heeft het rechtsgevoel van een aantal mensen (waaronder juristen) geschokt. Meestal komen rechterlijke beslissingen van civiele aard niet veel verder dan de vakbladen waarin zij worden opgenomen en op juridisch wetenschappelijke wijze van commentaar worden voorzien. Maar hier lag het toch anders. Ik verwijs naar het slot van de in dit boek opgenomen bijdrage van Jan Jaap Luijt: Een verleden met een zilveren randje. Leo Brom, een der hoofdfiguren in dit verhaal, een befaamd edelsmid met historische belangstelling, voorzitter, later bestuurslid van het Goud- en Zilvermuseum, nam in 1956 ontslag uit de laatste functie:

Uit enkele berichten in de pers was de indruk gewekt dat Brom als voorzitter van

het bestuur (3) incorrect zou hebben gehandeld. Om alle schijn van betrokkenheid te vermijden, diende hij zijn ontslag als bestuurslid in.

Er was, zoals men ziet, na de voor Brom ongunstige uitspraak in eerste aanleg van de Utrechtse rechtbank ook buiten het juridisch territoir commotie ontstaan over ethische aspecten van de zaak. Maar zowat alle juristen van naam, die de pen ter hand namen, zouden later de anders luidende uitspraken van Hof en vooral Hoge Raad als volstrekt juist verdedigen.

5. Enorme onevenredigheid van de wederzijdse prestaties



Tekening vervaardigd ter gelegenheid van het eerste bestaan van het Nederlandsch Werborgmuseum (D.W.G. Meisvrouk, 1943).

Waar het in de kern om ging bij de Kantharos-zaak was of in de gegeven omstandigheden de schrijnend grote onevenredigheid tussen de prestatie van de koper die f 125,- die beker verkocht, via het juridisch middel van de dwaling te niet kon worden gedaan. Daar moet aan toegevoegd worden dat de verkoopster-eigenares van de beker mevrouw Schoonenberg de beker van haar oom Leo Rulkens had geërfd en er zelf dus niets voor had betaald. Dat doet er natuurlijk niet aan af dat die enorme onevenredigheid bestond.

Dat soort onevenredigheid gaf via de *laesio enormis* (4) in het nieuwe Romeinse recht de verkoper het recht ontbinding van de overeenkomst te vragen namelijk wanneer de zaak gekocht was voor minder dan de helft van de werkelijke waarde (5). Deze actie eiste alleen deze onevenredigheid; van dwaling, laat staan van kenbare, verschoonbare dwaling hoefde geen sprake te zijn. Als die actie in ons recht was overgenomen, wat niet het geval is, zou de eigenares zonder meer haar eis tot ontbinding van de overeenkomst toegewezen hebben gekregen, want dat de beker veel meer dan f 250,-waard was, staat buiten kijf. Ook in het huidig recht komt elders de actie uit *laesio enormis* nog voor: par. 934 van het Oostenrijkse Burgerlijke Wetboek en art. 1674 van de Code Civil voor onroerend goed waarbij als criterium geldt het breukdeel 7/12. In het algemeen kan de koper ontbinding voorkomen door een aanvullende betaling tot het bedrag van de werkelijke waarde. Juist doordat een enorm verschil tussen de geleverde prestatie en de waarde van het geleverde bestaat, is zo'n actie zeker niet zonder meer als ongewenst of verkeerd te beschouwen (6). Ergens moet het geldelijk liberalisme ook in het recht een halt

worden toegeroepen. Als Hijmans van den Bergh in zijn noot onder het Kantharos-arrest van 19 juni 1959 (NJ 1960, 59) dan ook schrijft dat *niet enkele onevenredigheid van de wederzijdse prestaties tot een dwalingsactie aanleiding kan geven. Anders zou men verzeilen in de onjuiste en ten onzent niet aanvaarde, iustum pretium leer* heeft hij gelijk wat betreft de in die uitspraak vervatte feiten, maar niet, althans niet zonder meer met het daarin ook vervatte oordeel; dat de *justum pretium leer* in de vorm van een actie uit *laesio enormis* onjuist is, zie ik niet in. Het enkele feit dat wij daarvoor niet hebben gekozen, kan dat oordeel niet rechtvaardigen. Want juist die enorme onevenredigheid stond aan het begin van de commotie. Het is nu eenmaal zo dat zulk een onevenredigheid altijd betekent dat een der partijen een onverdiend voordeel geniet en de ander met nogal lege handen achterblijft.

6. 'Als ik dat toen geweten had, zou ik ...'

Het is een verzuchting die in allerlei toonaarden door velen onzer meer dan eens wordt geslaakt en die het vaak herhaalde: *Non, je ne regrette rien, metterdaad logenstraft*. Zij staat aan het begin van iedere dwalingsactie; wat maar weer eens aantoonst dat het civiele recht vaak beging met aansluiting te zoeken bij de normale lotgevallen van het leven. Maar daarna komen de verschillen. Van Oven, die de beslissing van Hof en Hoge Raad met vuur heeft verdedigd, stelde vast dat er hier duidelijk sprake was van dwaling bij de verkopers, maar dat er *geen* sprake was van juridisch relevante dwaling. Allereerst moet er voor juridische dwaling een samenspel zijn van minstens twee personen. Misschien is het beter te spreken van een wedstrijd, waarbij gelijk spel niet mogelijk is. Dat is een van de ellendes van het recht: er is of juridische dwaling of zij is er niet: *tertium non datur*. Die eenzijdige dwaling waarbij geen tweede betrokken is, de dwaling die de inrichting van het eigen leven betreft, die keuzes doet betreuren welke geheel binnen het personele verband van *een* mens liggen, zij vallen, hoe belangrijk ook, geheel buiten het juridisch domein. En ten tweede ... Maar laat ik niet te ver vooruitlopen op wat in de Kantharos-zaak bij de rechter nog aan bod zal komen. Ik wil nu alleen de grondtoon van het maatschappelijk *en* van het juridisch verschijnsel dwaling -de ut van de musicologie - over het voetlicht brengen. Iemand is teleurgesteld omdat hij met onvoldoende kennis en inzicht van zaken een verkeerde beslissing heeft genomen en dit pas later heeft onderkend. Dat een ander als gevolg van die keuze meestal (7) een voordeel behaalt dat omgekeerde evenredigheid vertoont met het geleden nadeel, maakt het fenomeen in beginsel rijp voor juridische verwerking. In beginsel want: '*ius vigilantibus scriptum*' de

echte domoren behoeven bij het (civiele) recht niet aan te kloppen. Wie meent dat zijn valk een uil is, kan er achteraf niet met vrucht over klagen dat hij zijn vogel voor een veel te lage prijs van de hand heeft gedaan.

7. Het bijzondere feit

De Kantharos leek een onooglijke, zwaar beschadigde beker (een 'bakje' noemden Brom en zijn vertegenwoordiger het bij de aankoop) die, zo meende de eigenares en haar vertegenwoordiger nog wel enige waarde kon hebben als het echt zilver was wat er (niet al te helder) blonk. De Kantharos was in werkelijkheid een zeldzaam voorwerp van onschatbare, van enorme waarde. De verkopers dwaalden daarom inzake de waarde (de prijs) van de Kantharos. Nu komt dwaling bij de verkoper niet zo erg veel voor. Dat wordt duidelijk als we beseffen dat na de afwikkeling van de overeenkomst de koper een voorwerp in handen krijgt en de verkoper geld. Het gekochte voorwerp kan op allerlei manieren anders of inferieur zijn aan wat de koper had gedacht te kopen; het geld dat de verkoper krijgt kan dat maar op een manier: het is wel geld maar te weinig geld. En waarom? Omdat de verkoper geen juist inzicht had in de waarde van wat hij verkocht. Nee, zegt Hijmans van den Bergh in annotatie: het gaat niet om dwaling wat betreft de waarde, immers:

Gewoonlijk zegt men dat voor den verkoper 'het essentiële' de 'eigenlijke grond': voor het aangaan van de overeenkomst ligt in 'de waarde' van het gekochte. M.i. is dit onnauwkeurig. Voorden verkoper is niet 'eigenlijke grond' 'de waarde' van het verkochte, maar de hoogste, althans in redelijkheid te bedingen prijs. De hem toegezegde praestatie is 'prijs' niet 'waarde'.

Als dit al scherpzinnig is dan toch ook spitsvondig. want ook de annotator laat er op volgen: 'Al zal de verkoper zijn vraagprijs wel op de hem voor ogen staande waarde baseren.' Suyling, de meest onderschatte grootmeester van het civiele recht heeft in 'Levend en stervend recht' (1947) belangrijke dingen over de dwaling omtrent de waarde gezegd. Na uiteengezet te hebben dat, anders dan vroegere juristen meenden, dwaling omtrent de waarde van de zaak wel degelijk grond kan zijn voor aantasting van de overeenkomst, vervolgt hij:

Niet dan bij hoge uitzondering zal evenwel een beroep op dwaling ten aanzien van de waarde opgaan. Hoe zal de koper bewijzen, dat de verkoper wist, of weten moest, dat hij ten aanzien van de waarde opgaan. Hoe zal de koper bewijzen, dat de verkoper wist, of weten moest, dat hij ten aanzien van de waarde van het gekochte voorwerp in dwaling verkeerde. De motieven die de koper bewegen

boven de marktprijs te gaan, zijn de verkoper doorgaans volkomen onbekend... Die wetenschap mag b.v. worden aangenomen te bestaan bij de deskundige verkoper, die een ondeskundige koper voor een nagemaakte antieke kast de prijs van een echt antiek meubel laat betalen.

Het zal duidelijk zijn dat Suyling het spiegelbeeld opvoert van wat zich in de Kantharos-zaak afspeelt. Lees voor 'deskundige verkoper' deskundige koper en men krijgt de figuur van de koper die weet (of moet weten) dat hij iets zeer waardevols koopt waarvan de verkoper denkt dat het vrijwel waardeloos is. Let ook op die 'samenloop van bijzondere omstandigheden' die rechtvaardigt om wetenschap bij de (ver)koper aan te nemen.

Het *bijzondere* feit dat zich in de aanvang van dit verhaal voordeed (de vangst van een gouden drievoet) is hier de vondst en vervolgens de verkoop van een onmetelijk waardevolle beker die er voor een leek uitziet als een prullarium waarvan het zilver, als het zilver is, misschien iets zal opleveren. Dit maakt de (maatschappelijke) dwaling waarin de verkopers verkeerden nog niet tot een juridische, maar het is wel medebepalend voor ons oordeel over wat billijk is. En het lijkt erop alsof de strenge bepalingen waarbinnen de juridische dwaling in het oude BW (art. 1358) wordt aanvaard, wegens dat bijzondere feit tot een minder of niet billijke uitkomst gaan leiden, dat er sprake is van een zaak waarbij de toepasselijke rechtsregel of overboord moet worden gezet of ondanks de onrechtvaardigheid toch maar moet worden doorgezet vanwege het hogere goed of, tenslotte, als compromis, een interpretatie eist die ruimer is dan gebruikelijke. Want dat de uitkomst waartoe Hof en Hoge Raad kwamen: afwijzing van de vordering van de verkopers tot ontbinding van de overeenkomst wegens hun dwaling, maatschappelijk gezien minst genomen niet het toppunt van rechtvaardigheid vertegenwoordigt, is evident. Je kunt het ook minder omfloerst zeggen: het is, al met al een jammerlijke uitkomst.

8. Rechtbank Utrecht, vonnis van de meervoudige kamer, 4 januari 1956

Een belangrijke rol in het proces speelt een op het eerste gezicht onnozel briefje gedateerd 4 januari 1950 van Van Baaren, conservator van het eerder genoemde museum aan de broer van de eigenares, die voor haar optrad, waaruit ik citeer:

... kom ik U nogmaals vragen hoe ik moet handelen met het geschonden voetstuk dat U bij mij hebt achtergelaten om te onderzoeken of het van zilver was vervaardigd. Het voorwerp is, zoals ik U reeds schreef, van zilver, voor de rest is het van weinig waarde, daar de Engelenkopjes geschonden zijn en er overal

stukjes ontbreken. Heeft U er nog onderdelen van over?...

Reeds voor 26 oktober 1949 had Brom, nadat Van Baaren hem de beker had laten zien, deze onder zich genomen en gehouden. Van belang is ook dat Van Baaren, wat betreft de enige vraag die hem namens de verkoopster was gesteld, namelijk of de beker echt zilver bevatte, zelf in hoge mate deskundig was en niet om die reden de beker aan Brom hoefde te laten zien. De beker is op 9 februari 1950 verkocht. Brom had de beker daarom reeds meer dan 104 dagen in zijn bezit voor hij haar kocht. De rechtbank overwoog onder meer:

dat gedaagde niet heeft betwist dat aan de zijde van de verkoper dwaling heeft plaats gehad omtrent de zelfstandigheid van de zaak in dien zin, dat de verkoper onbekend was met het feit, dat de beker van Hellenistische origine is en valt te beschouwen als een kunst werk van uitzonderlijke hoedanigheid en betekenis, zowel in archeologisch opzicht als ook wat betreft zijn artistieke en ambachtelijke waarde, gelijk gedaagde schrijft in zijn bij pleidooi aan de rechtbank overgelegde publicatie... dat volgens gedaagde deze dwaling echter niet tot vernietiging van de overeenkomst kan leiden, omdat hij ook zelf bij het aangaan van de overeenkomst het vorenstaande niet wist en zulks dus ook niet voor Schoonenberg kon verzwijgen en de dwaling niet kenbaar noch verschoonbaar zou zijn geweest;

dat uit de door gedaagde bij dupliek overgelegde correspondentie blijkt dat Van Baaren op 4 januari 1950 aan Schoonenberg onder meer het volgende heeft geschreven (volgt de passage uit de hiervoor opgenomen brief);

dat Schoonenberg op deze met redenen omklede - doch geheel onjuiste - uitspraak, des of ongevraagd gegeven door de Conservator... welke aan gedaagde naar deze ook erkent, kan worden toegerekend, mocht afgaan en hieruit de conclusie mocht trekken dat de beker niet - zoals gebleken is - uit de klassieke oudheid stamde en geen historische of artistieke hoedanigheden bezat, terwijl Van Baaren kon begrijpen dat de wederpartij, afgaande op deze haar verstrekte mededelingen, zich verbond zoals zij heeft gedaan en de prijs voor het voorwerp hetwelk naar gedaagde zelf betoogt van onschatbare waarde is, op het luttele bedrag f 125,- slechts f 75,- meer dan de door gedaagde ten processe genoemde zilverwaarde, bepaalde, zijnde het onverschillig of Van Baaren met de onjuistheid van zijn mededelingen al dan niet bekend was.

Dit heldere, beknopte vonnis, heeft een achilleshiel: het niet nader gemotiveerde oordeel aan het einde dat niet terzake doet de al dan niet bekendheid van Van

Baaren met de onjuistheid van zijn mededelingen. Daarop is het in hoger beroep ook gesneuveld: het Hof nam aan dat noch Van Baaren, noch Brom ten tijde van de aankoop van de beker op de hoogte waren van de bijzondere waarde van de beker, dat zij daarom de dwaling bij de verkopers niet konden kennen en de Hoge Raad heeft dat oordeel als van feitelijke aard niet verder onderzocht. Zo eenvoudig ligt de zaak juridisch-technisch en het is dan ook in zoverre niet ten onrechte dat de Advocaat-Generaal Loeff in zijn conclusie schreef:

Hoe belangrijk de onderhavige zaak ook uit hoofde van het stoffelijk voorwerp van het geschil moge zijn, zij opent naar het mij toeschijnt binnen het kader van de voorgedragen middelen geen nieuwe gezichtspunten op voor de leer der dwaling zoals deze in de loop der jaren door Uw Raad is ontwikkeld.

‘Binnen het kader van de voorgedragen middelen’. Bedoelde de Advocaat-Generaal met de vermelding van dit op zich genomen vanzelfsprekende aspect: buiten de middelen treedt de Hoge Raad in civiele zaken nooit, toch iets bijzonders? Zou hij misschien hebben gedacht dat een middel, zakelijk, zou hebben kunnen inhouden, dat het Hof op grond van de vaststaande feiten niet zonder meer had kunnen aannemen dat Brom niet had kunnen of moeten weten dat de beker veel meer waarde had dan het gewicht aan zilver als hij al dadelijk geboeid was door die beker die hij voor de koop zo lang onder zich had gehad en waarvoor hij zich ‘steeds meer... ging interesseren’? Zou hij misschien gedacht hebben aan *Baris v. Riezenkamp* (HR 15 november 1957, NJ 1958, 67) en de verplichtingen gegrond op de goede trouw jegens elkaar van partijen in de precontractuele fase. Verplichtingen die ook hierin kunnen bestaan dat men als men het (sterke) vermoeden heeft dat de beker wel eens iets heel bijzonders zou kunnen zijn en de zekerheid dat de wederpartij dat niet beseft, daarover met die wederpartij moet gaan praten? Men leze hierover - en trouwens ook over vele andere zaken -de bijzonder boeiende afscheidsrede van prof.mr. A.H.M. Santen (1993) waarover straks nog wat meer **(8)**.

9. Rechtbank Utrecht - kort vervolg

Die laatste bijzin uit het vonnis van de rechtbank, voor zover ik het citeerde, intrigeert me. Natuurlijk heeft de rechtbank ook wel geweten dat de dwaling voor de wederpartij *kenbaar* moet zijn en hoogstwaarschijnlijk heeft zij ook beseft, want het was niet zomaar een civiele kamer, dat men een verkeerde voorstelling van zaken die de wederpartij heeft niet kan kennen als men zelf ook in dezelfde verkeerde veronderstelling verkeert. Maar als dat juist is moet dit oordeel van de

rechtbank wellicht toch anders uitgelegd worden dan op het eerste gezicht redelijk lijkt. Als de koper bij de verkoper de indruk wekt dat hij op het gebied van de waarde van het door hem te kopen voorwerp deskundig is; als hij, of wie namens hem handelt, schrijft dat de beker zijn gewicht in zilver waard is maar verder weinig of geen waarde heeft omdat hij aan alle kanten kapot is, dan zal de eenvoudige verkoper daarop afgaan en mogen afgaan; hij zal met name niet elders nadere inlichtingen inwinnen wat hij wellicht wel zou hebben gedaan als de koper iets had laten doorschemeren van de kans, die hij zelf in ieder geval duidelijk onderkende, dat er hier iets bijzonder waardevols in het spel was. Op de televisie zien wij tegenwoordig geregeld mensen die met oude, overgeërfde schatten naar de deskundigen komen om te vernemen of zij eigenaar zijn van een kunstwerk van hoge waarde, dan wel met een waardeloos voorwerp van doen hebben. Als een van de deskundigen daar, vermoedend dat er wel eens iets heel bijzonders voor hem ligt of staat, meedeelt dat het voorwerp alleen iets waard was omdat en voorzover het goud, zilver of koper bevat, zou dan de aanbieder van dat voorwerp niet door toedoen van de adviseur in de positie van een dwalende verkeren, wat aan de adviseur mocht worden toegerekend en waardoor deze zich er niet meer op mocht beroepen dat hij van die zeldzame waarde niet met zekerheid af wist maar er alleen een vermoeden over had en daar rekening mee hield? Zeker als hij vervolgens dat voorwerp alleen voor de prijs van het goud, zilver of koper zou kopen. De rechtbank ging, denk ik, erg kort om de bocht, maar had het aan mij gelegen ik zou het vonnis op de gronden die ik hiervoor uiteenzette in stand hebben gelaten. Vooral omdat het een goed vonnis was in deze zin dat het ons verlangen naar redelijkheid en billijkheid in de rechtspraak bevredigt, in ieder geval meer bevredigt dan de door de Hoge Raad geautoriseerde beslissing van het Hof deed.

10. Hoge Raad, 19 juni NJ1960, 59

Hoewel de meeste hooggeleerde juristen de beslissing waartoe de Hoge Raad kwam verdedigden (Kamphuisen, Van Oven, Hijmans van den Bergh) waren er ook die er anders over dachten. Santen noemt er enkele in zijn rede. Zelf heb ik van, onder meer L. Rutten, President van het gerechtshof Den Bosch en eertijds befaamd bewerker van grote delen van de Asser-serie, vaak gehoord dat hij het Kantharos-arrest iets verschrikkelijks vond. Toch is het geen mal-jugée te noemen. Dat is op zich van een beslissing van de Hoge Raad ook niet te verwachten zeker niet als zoveel bekwame juristen het arrest ondersteunen. Er is hier sprake van juridisch rechtsgevoel naar twee kanten uitwijkende en elkaar

niet verdragend. Het is, naar mijn mening, niet een fout arrest maar een ongelukkig arrest en een dat voor mij op gespannen voet staat met de rechtvaardigheid. Dat is overigens veel erger dan het wijzen van een vonnis of arrest, waar een juridisch mankement aan kleeft. De Hoge Raad kon lange tijd geen fouten maken omdat hij de hoogste rechter was en dus almachtig. En de almachtige doet nooit iets verkeerd al denken wij stervelingen dat hij sommige dingen wel beter had kunnen inrichten. Nu is er het Luxemburgse Hof dat de nationale godheid kan corrigeren, zoals er in de oudheid halfgoden waren en hele. Maar als de Hoge Raad 'omgaat', ook al gebeurt het binnen heel korte tijd, zoals bij de Pikmeerarresten, zeggen wij niet dat het eerste arrest fout was, maar dat de tijden en de omstandigheden zijn veranderd.

De Hoge Raad heeft het eerste middel, dat niet sterk geformuleerd was, beperkt uitgelegd: de enkele grond dat de zaak een eigenschap blijkt te bezitten waarvan de verkoper ten tijde van de verkoop geen vermoeden kon hebben kan, ook als de verkoper, was hij daarmee wel bekend geweest, het voorwerp niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben verkocht, niet tot vernietiging van de overeenkomst leiden. Dat wisten we ook wel, maar dit was niet de enkele grond waarop de verkoper in de feitelijke instanties vernietiging had gevorderd. Juist de feiten die erbij kwamen (en die Santen zo mooi op een rijtje zet) zoals: de omstandigheid dat Brom, weliswaar geen deskundige was op dit speciale gebied, maar wel een zeer deskundig edelsmid met veel historische kennis die in staat was korte tijd na de aankoop wel een deskundige te worden; het feit dat Brom van het begin af aan door de beker geboeid was en zich er steeds meer voor ging interesseren, wat toch wel niet geweest kan zijn omdat hij een waardeloze beschadigde beker om wat zilver zo aan zijn hart koesterde; de omstandigheid dat hij die beker, die hem zo boeide, zo lange tijd voor de aankoop onder zich heeft gehad; het feit dat hij in de kortst mogelijke tijd na de aankoop twee deskundige adviezen inroept en verkreeg die de bijzonder waarde van de beker buiten iedere twijfel stelden, de omstandigheden bij de aankoop zelf (Brom bleef tot de koop gesloten was in de auto wachten en liet Van Baaren het (vuile?) werk doen, dit alles en nog veel meer dat men allemaal kan vinden in de rede van Santen, doet mij concluderen dat de Hoge Raad, die als hij wil, heel veel kan, hier zo weinig mogelijk heeft gewild. Waarom? Ik weet het niet. Misschien wel omdat het rechtsgevoel van de (meerderheid van deze) civiele kamer naar de andere kant uitweek dan dat van anderen die door de beslissing geschokt waren in *hun* rechtsgevoel. Ook het tweede middel, alweer niet sterk, wordt onwelwillend

behandeld en afgedaan.

Ik citeer:

dat het cassatiemiddel niet beweert, dat het Hof heeft verzuimd op zodanige aanvulling acht te slaan, doch stelt, dat het door Brom ingestelde appèl een andere grond tot vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling aan de orde heeft gesteld dan de door Schoonenberg ... aangevoerde; dat echter door het appèl, ingesteld door de oorspronkelijke gedaagde, geen nieuwe gronden voor de toewijzing van de oorspronkelijke vordering aan de orde kunnen komen, zodat ook het tweede middel faalt;

Santen schrijft daaromtrent:

Het tweede cassatiemiddel is zeer specieus en wordt door de Hoge Raad afgewezen op specieuze gronden ... De A-G Loeff meent dat het Hof ook deze vraag - zij het niet zeer nadrukkelijk - onder ogen heeft gezien. Maar de Hoge Raad kiest een andere weg en zegt tegen de steller van het middel: Dat had U in de procedure voor het Hof dan maar duidelijk moeten maken, nu bent U te laat.

Wie met een verweer, een eis of wat al meer te laat komt, kan nog wel gelijk hebben. Wij weten niet of de Hoge Raad deze cassatie-technische ingreep heeft uitgevoerd omdat hij, anders dan de A-G Loeff vond dat het Hof die vraag niet onder ogen had gezien. Tenslotte een min of meer retorische vraag: had de Hoge Raad niet veel meer kunnen doen met de nu ten overvloede gegeven overweging dat 'vernietiging van de overeenkomst door nevenomstandigheden kan worden gerechtvaardigd, waarbij in het bijzonder moet worden gedacht aan het geval dat de koper de verkoper omtrent de eigenschap der zaak had *kunnen* inlichten, en daartoe naar de eisen van de goede trouw gehouden was' nu er zoveel zo sterke aanwijzingen in de richting van enige niet onbelangrijke wetenschap bij de kopers bestonden?

11. Het gerechtshof Amsterdam

Het zal opgevallen zijn dat ik het arrest van het gerechtshof maar terloops heb genoemd. Lang zal ik er ook nu niet op voort borduren hoewel het een belangrijke schakel is geweest in de uiteindelijke voor de verkopers ongunstige beslissing. Het Hof is, zonder aandacht te besteden aan veel contraire feiten, tot de conclusie gekomen dat Brom c.s. voor en bij de aankoop niet wisten dat de beker van uitzonderlijke waarde was. Het heeft vastgesteld dat Brom een geloofwaardige indruk maakte en heeft het ontbreken van deskundigheid van Brom op het gebied

van de Kantharos zo wat gelijkgesteld aan die van de glazenier die voor de verkoopster optrad. Dat Brom c.s. kans hadden gehad voor de aankoop iets te weten te komen over de beker, dat zij, althans Brom zelf, in redelijkheid moeten hebben vermoed dat er sprake was van een heel bijzondere beker en dat daarvan uit Broms eigen woorden over zijn groeiende belangstelling voor de Kantharos bleek, legt het Hof allemaal naast zich neer. De A-G Loeff merkte in zijn conclusie op (Santen acht het een 'zeer belangwekkende' passage):

Een andere vraag, welke in de aangehaalde passage uit de inleidende dagvaarding aan de orde is gesteld en door het Hof eveneens is beantwoord (o.i.r. 11 en 12), doch waarover het middel niet klaagt, is deze of de dwaling (...) door de mededelingen van de vertegenwoordiger van de koper is teweeggebracht: deze heeft blijkens het arrest aan de verkopers op 4 januari 1950 o.m. bericht als volgt: 'Het voorwerp is, zoals ik u reeds schreef van zilver, voor de rest is het van weinig waarde ...'. Het Hof heeft hieromtrent op grond van een aantal feitelijke omstandigheden overwogen dat het niet aannemelijk is, dat de meer bedoelde mededeling van enige reële invloed is geweest op de aan de zijde der verkopers genomen beslissing om de beker voor f 125,- af te staan (o.i.r. 12 slotalinea); deze opvatting zal in cassatie onaantastbaar zijn; in ieder geval is, gelijk reeds gezegd, daarover in cassatie niet geklaagd.

Evenals Santen, die het op de hem eigen milde wijze zegt, komt mij deze conclusie over de invloed van die mededeling op de prijs als volstrekt onhoudbaar voor. En daarmee vervalt naar het mij voorkomt de hele constructie van het Hof. Zoals ook de overweging dat het zelf verzonnen bedenksel van Van Baaren, dat niet Brom maar wel het Museum de kandidaat-koper was van betekenis moet zijn geweest voor de bereidheid om de beker tegen de prijs van het zilver en nog wat er boven op te verkopen.

12. Afsluiting

Ik heb het in dit verhaal nogal vaak over de rede van Santen gehad. Hij is, in zijn conclusies heel mild, maar hij haalt een overstelpend aantal redenen en omstandigheden aan waarom het allemaal ook anders gekund had en, zo begrijp ik hem tussen de regels door, ook anders gemoeten had: als (1) de advocaat van de verkopers scherper was geweest, (2) het gerechtshof wat kritischer de kant van appellant op had gekeken en (3) de Hoge Raad zich welwillender had opgesteld tegenover de niet al te scherpe middelen. Ik kan me daar heel goed mee verenigen. Ik heb altijd moeite gehad met deze zaak. Ik noemde het arrest

van de Hoge Raad ooit 'een van de slechtste, want een van de meest onredelijke arresten die de civiele kamer van de Hoge Raad ooit heeft geweest'. Daar moet ik na verdere bestudering in zoverre op terugkomen dat het arrest niet slecht is in de zin van juridisch technisch foutief. De Hoge Raad werd bovendien door de beslissing van het Amsterdamse Hof in zijn bewegingsvrijheid beperkt. Maar ik blijf de uitkomst hoogst onredelijk vinden. En hoewel het vonnis van de rechtbank op een punt aanvechtbaar is en meer uitleg nodig had dan werd gegeven, denk ik toch dat toen het Hof het vonnis vernietigde, het iets vernietigde dat omwille van een zo groot mogelijke rechtvaardigheid overeind had moeten blijven.

Nijmegen 28-30 april 1998

Noten

1. Bijvoorbeeld toen de Hoge Raad de veroordeling tot straf van de Zettense geneesheer-directeur in stand liet. Na die uitspraak, waarbij vele slachtoffers en betrokkenen aanwezig waren, begonnen sommigen te applaudisseren terwijl anderen elkaar huilend om de hals vielen.
2. Inleiding tot de studie van de wijsbegeerte des rechts, 3de dr., 1973, p. 146-148 en Geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap deel VI, p. 25-30.
3. Als voorzitter was hij al in 1953 afgetreden.
4. Wat mij onwillekeurig doet denken aan het machtige en malle verhaal van de Amerikaanse auteur John Cheever: The enormous radio, opgenomen in de bundel The stories of John Cheever.
5. P. Bonfante, Grondbeginselen van het Romeinse Recht, voor Nederland bewerkt door J. Hamburger, 1919.
6. Enzyklopedie der Rechts- und Staatswissenschaft; Romisches recht, bewerking van Honsell, Mayer-Mati en Sell, 1986. In Duitsland heeft de actie ook lang bestaan.
7. Er kan ook juridische dwaling zijn als de koper meent het schilderij van A te kopen terwijl hij in werkelijkheid een even duur schilderij van B ontvangt, wiens stijl hem helemaal niet aanstaat. Het voorbeeld ontleen ik aan Kamphuisen; Dwaling bij obligatoire overeenkomsten, 1961 (dus kort na het Kantharos-arrest van de Hoge Raad dat in deze studie dan ook vaak aan de orde komt. Kamphuisen publiceerde over het arrest ook in het WPNR).
8. Santen vraagt zich in zijn rede ook af of onder het huidige recht, met name het thans geldende dwalingsartikel, de verkopers beter af zouden zijn geweest. Zijn conclusie is dat de positie van de verkopers 'naar huidig burgerlijk recht en het

huidige bewijsrecht waarschijnlijk iets sterker zou zijn geweest dan die positie was in de jaren vijftig.' Sterk genoeg om hen het proces te laten winnen? Ik onderschrijf ook van harte een andere conclusie van Santen als oud-notaris, zij het als oud-rechter: '... zij hadden tot elkaar moeten komen en hun raadslieden zijn tekort gekomen in het zoeken van wegen tot een vergelijk'.