RECHTSDWALING

door

C.J.H. BRUNNER
Hoogleraar R.U.Groningen

INHOUD

1. Inleiding
2. Is rechtsdwaling een species van dwaling?
3. Onbekendheid met de wet
4. De practische betekenis van het adagium dat ieder wordt geacht de wet te kennen
5. Dwaling omtrent de inhoud van het recht
6. Rechtsdwaling bij rechtshandelingen
7. Rechtsdwaling en conversie
8. Rechtsdwaling en goede trouw
9. Rechtsdwaling en aansprakelijkheid voor schade
   a) Rechtsdwaling van overheidslichamen
   b) Rechtsdwaling van de rechter
   c) Rechtsdwaling van het Openbaar Ministerie
   d) Rechtsdwaling van advocaten en notarissen
   e) Rechtsdwaling en rechtsmaatregelen
   f) Rechtsdwaling en wanprestatie
10. Rechtsdwaling, dading en gerechtelijke betekenis
11. Rechtsdwaling en strafrecht
12. Slotbeschouwing

1. Inleiding

Onder rechtsdwaling verstaat men dwaling omtrent het objectieve recht, zulks in tegenstelling tot dwaling omtrent feiten. De tegenstelling is niet scherp, omdat dwaling met betrekking tot het bestaan of de omvang van een subjectief recht ook een aspect van rechtsdwaling heeft of kan hebben. Die dwaling is een feitelijke, maar indien zij is veroorzaakt door dwaling omtrent regels van objectief recht is zij mede een rechtsdwaling.

Over rechtsdwaling is in het Nederlandse recht betrekkelijk weinig geschreven. Na het proefschrift van van ZAAIJEN(1) is nooit meer een monografie aan dit onderwerp gewijd. Men moet over rechtsdwaling te rade gaan bij schrijvers over dwaling als wilsgebrek bij het aangaan van overeenkomsten, maar daar niet alleen: ook op andere terreinen van het recht, zoals de onrechtmatige daad, speelt rechtsdwaling een rol. In de rechtspraktijk is rechtsdwaling bij het aangaan van overeenkomsten van geringe betekenis om redenen die hierna nog aan de orde komen. Op rechtsdwaling wordt daarentegen veelvuldig een beroep gedaan bij de vraag of aansprakelijkheid bestaat uit onrechtmatige daad.

Door H. DRION(2) is geïnventariseerd op welke terreinen dwaling een rol kan spelen. Hij maakte in een „syllabus errorum" een vierdeling: (1) dwaling bij rechtshandelingen, (2) dwaling in verband met goede trouw bij rechtsverkrijging en betaling, (3) verrijking van een ander tengevolge van dwaling en (4) dwaling als disculpatiegrond in het aansprakelijkheidsrecht. Op al deze terreinen rijst de vraag of de rechtsgevolgen van rechtsdwaling dezelfde zijn als die van dwaling in feitelijkheden.

2. Is rechtsdwaling een species van dwaling?

Dwaling is een technisch-juridische term voor de onjuiste voorstelling omtrent feiten die voor een partij van belang zijn bij het aangaan van overeenkomsten. Aan de bevoegdheid tot vernietiging van een in dwaling gesloten overeenkomst wordt in het recht een aantal voorwaarden gesteld. De belangrijkste daarvan is dat zij een omstandigheid betreft die door partijen als essentieel werd beschouwd voor

(1) ZAAIJER, „De rechtsdwaling", diss. Leiden 1928.

(2) DRION, H., „De dwaling in het privaatrecht", preadvies Broederschap der Candidaat-Notarissen, 1971.

het aangaan van de overeenkomst. Onder het oude BW werd dat in art. 1358, in navolging van art. 1110 van de Franse Code Civil, daarmee uitgedrukt dat de dwaling moest betreffen ,,de zelfstandigheid der zaak welke het onderwerp der overeenkomst uitmaakt''. In art. 6:228 van het nieuwe BW is dat vereiste aldus verwoord, dat ,,de overeenkomst bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten''.

Behalve de eis dat de dwaling van dien aard moet zijn, dat zij van beslissende betekenis was voor het aangaan van de overeenkomst, worden in art. 6:228 BW nog een aantal beperkingen gesteld aan het recht op vernietiging van de overeenkomst. Dwaling geeft alleen recht op vernietiging:

a) indien de dwaling te wijten is aan een inlichting van de wederpartij, tenzij deze mocht aannemen dat de overeenkomst ook zonder deze inlichting zou worden gesloten;
b) indien de wederpartij in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten de dwalende had behoren in te lichten;
c) indien de wederpartij bij het sluiten van de overeenkomst van dezelfde onjuiste veronderstelling als de dwalende is uitgegaan, tenzij zij ook bij een juiste voorstelling van zaken niet had behoeven te begrijpen dat de dwalende daardoor van het sluiten van de overeenkomst zou worden afgehouden.

Maar ook indien zich een van deze drie gevallen voordoet, geeft de dwaling niet steeds recht op vernietiging. Daarna moet nog worden beoordeeld of de dwaling niet voor rekening van de dwalende behoort te blijven. Art. 228 lid 2 BW zegt het zo:

> De vernietiging kan niet worden gegrond op een dwaling die een uitsluitend toekomstige omstandigheid betreft of *die in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening van de dwalende behoort te blijven.*

Bij ons is wel betoogd, dat de term dwaling als terminus technicus voor een der wilsgebreken bij het aangaan van overeenkomsten, zich niet leent voor toepassing buiten dat terrein. De vereisten die aan een beroep op dwaling worden gesteld als grond voor vernietiging van overeenkomsten, mogen in die opvatting niet worden gesteld aan rechtsdwaling in het algemeen(3). Dat lijkt me juist. Toch is de

(3) SCHELTEMA, J., ,,De ignorantia iuris et facti'', *Rechtsgeleerd Magazijn 1937*, p. 253-287, speciaal p. 254.

verwantschap van het ruime begrip rechtsdwaling met het wilsgebrek rechtsdwaling groot. In beide gevallen gaat het om een onjuiste voorstelling omtrent het recht, die al dan niet door een ander is veroorzaakt en die al dan niet voor rekening van de dwalende behoort te blijven. Buiten het terrein van het aangaan van overeenkomsten kunnen de eisen en beperkingen die voor de vernietiging van overeenkomsten op grond van rechtsdwaling worden gesteld gezichtspunten opleveren voor de beantwoording van de vraag of de rechtsdwaling voor rekening van de dwalende behoort te blijven.

Rechtsdwaling is dus een begrip dat enerzijds beperkter is dan het technische begrip dwaling bij het aangaan van overeenkomsten, anderzijds is het ruimer omdat rechtsdwaling zich ook buiten het terrein van de rechtshandeling kan voordoen. Rechtsdwaling is dus niet een species van het wilsgebrek dwaling.

3. Onbekendheid met de wet

Van oudsher werd de vraag of iemand ter verontschuldiging van de overtreding van de wet een beroep op onbekendheid met het bestaan van de wet kon doen, ontkennend beantwoord. Daaraan danken we rechtsspreuken als error iuris nocet, nemo censetur ignorare legem, die bij ons voortleven in het adagium: Ieder wordt geacht de wet te kennen. WINKEL die een onderzoek heeft ingesteld naar bestaan en betekenis van dergelijke rechtsspreuken in het Romeinse recht(4), stelde vast dat rechtsdwaling in het klassieke Romeinse recht in een aantal gevallen verschoonbaar werd geacht. Eerst in de keizertijd werd echter als algemeen beginsel aanvaard dat onbekendheid met de keizerlijke wetgeving geen grond opleverde voor het niet toepassen van de wet(5). Dat berustte meer op de gedachte dat onbekendheid met de wet niet tot voordeel behoort te strekken — error iuris non prodest — dan de gedachte dat een beroep op rechtsdwaling nooit kan worden aanvaard en tot nadeel strekt: error iuris nocet.

Tegen het adagium dat ieder geacht wordt de wet te kennen is in Nederland altijd sterk geopponeerd(6). Men legde er dan de nadruk op, dat het adagium berust op een onaanvaardbare fictie. Verder dan

(4) WINKEL, L.C., „Error iuris nocet", diss. Amsterdam 1982.

(5) C.1.18.12 Constitutiones principum nec ignorare quam nec dissimulare permittimus.

(6) Zie vooral FOCKEMA ANDREAE, „Ieder wordt geacht de wet te kennen", Utrecht 1922 die zijn uitvoerige studie besluit met de oproep om „krachtiger dan tot dusver den strijd te voeren tegen de spreuk, welke meer en meer geworden is tot een dwaze, wreede en onwaardige fictie".

de eis dat de dwaling verschoonbaar moest zijn, ging men meestal niet.

Ik heb de indruk dat de opponenten tegen het adagium wel eens uit het oog verliezen, dat het adagium in de eerste plaats verband houdt met de afkondiging en bekendmaking van wetten(7). In een tijd van gebrekkige communicatie drukte het vooral uit, dat een beroep op onbekendheid met de wet niet wordt aanvaard, indien zij op de voorgeschreven wijze is afgekondigd en bekend gemaakt. Art. 1 van de Titre Préliminaire van de Code civil verklaart de wetten in het hele Franse grondgebied uitvoerbaar „*du moment où la promulgation en pourra être connue*". Dat tijdstip wordt vervolgens berekend al naar gelang de afstand tot de hoofdstad. Voor Nederland liet ook art. 2 Wet Algemene Bepalingen de werking van de wetten afhangen van het bekend kunnen zijn van hun afkondiging in alle delen van het Koninkrijk(8). De Nederlandse Grondwet bepaalt in art. 88 dat wetten niet in werking treden voor zij zijn bekendgemaakt en dat de bekendmaking en inwerkingtreding bij wet wordt geregeld. In de Bekendmakingswet(9) wordt niet meer als criterium genoemd of de wet bekend kan zijn, maar wordt een termijn genoemd waarna zij in werking treedt. Die termijn is steeds tenminste een maand.

De betekenis van het adagium is dan ook dat de wet verbindt nadat zij zodanig is bekend gemaakt, dat ieder van haar bestaan en inhoud kennis kan dragen. Het gevolg daarvan is dat een beroep op rechtsdwaling dat slechts wordt geadstrueerd met onbekendheid met het bestaan van de wet, niet wordt aanvaard. In beginsel zou een beroep op rechtsdwaling dan wel toelaatbaar zijn, indien de onbekendheid

(7) In dat verband wordt de rechtsspreuk besproken door o.m. OPZOOMER, *Aantekening op de Wet AB*, 4e druk (1884), p. 58/59 en LAND, *Verklaring*, I, p. 176-180.

(8) Art. 2 AB luidde als volgt:
De wetten zijn in het geheele Koningrijk verbindende uit kracht van derzelver afkondiging door den Koning gedaan.
Zij werken terstond, na dat derzelver afkondiging in alle deelen van het Koningrijk zal kunnen bekend zijn.
Wanneer bij de wet geen ander tijdstip is vastgesteld, wordt de afkondiging gereekend in het geheele Koningrijk bekend te zijn op den twintigsten dag na dien der dagteekening van het Staatsblad, in hetwelk de wet geplaatst is.

(9) Art. 7 van de Wet van 4 februari 1988, Stb. 18 (Bekendmakingswet) bepaalt dat bij het ontbreken van een aanduiding daaromtrent, wetten, algemene maatregelen van bestuur en andere vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften in werking treden met ingang van de eerste dag van de tweede kalendermaand na de datum van bekendmaking.

met de wet daaruit voortvloeit dat zij niet op de voorgeschreven wijze is bekend gemaakt(10).

4. De praktische betekenis van het adagium dat ieder wordt geacht de wet te kennen

Zoals uiteengezet is de strekking van het adagium dat het enkele feit van onbekendheid met de wet er niet aan in de weg staat dat de wet wordt toegepast. Dat geldt in het bijzonder voor wetten die de openbare orde raken en die dan ook van dwingend recht zijn. Nadat de wet op de voorgeschreven wijze is bekend gemaakt, kan iedereen die daarvoor de nodige moeite wil doen met haar bestaan bekend zijn. Praktisch betekent dat, dat het enkele beroep op onbekendheid met de wet niet meebrengt dat de overtreding van de wet de strafbaarheid opheft of de dader ontheft van de verplichting om de schade te vergoeden, die door overtreding van de wet is veroorzaakt. Het betekent ook dat de rechtshandeling die in strijd met de wet is verricht en die om die reden nietig is, niet als een geldige kan worden aangemerkt. De rechtsorde zou ernstig worden aangetast, indien het anders ware. De wetten die de openbare orde betreffen zouden dan immers alleen effect sorteren ten opzichte van hen die met hun bestaan bekend zijn, niet echter ten opzichte van hen die van hun bestaan onkundig zijn. Daarmee zou bovendien een premie worden gesteld op onbekendheid met de wet, doordat de onnozelen en onverschilligen zouden worden bevoordeeld boven hen die de wet wel kennen.

In de Nederlandse rechtspraak komt men in het privaatrecht dan ook nauwelijks gevallen tegen waarin een beroep op onbekendheid met de wet wordt gedaan ten betoge dat de wet niet mag worden toegepast, laat staan dat dat beroep is gehonoreerd.

Een van de zeldzame gevallen waarin een beroep op onbekendheid met het bestaan van de wet werd gedaan, is te vinden in een arrest van de Hoge Raad betreffende het aangaan van een overeenkomst van borgtocht(11). Een gehuwde man had zich borg gesteld voor de schuld van een ander, zonder dat hij daarvoor de toestemming van zijn echtgenote had verkregen. Kort tevoren was in art. 164a BW die

(10) Zie echter Hof Den Haag, 3 maart 1949, NJ 1949, 575 (Damhof/Staat) waarin een beroep op onbekendheid met een door de regering in Londen tijdens de oorlog uitgevaardigd besluit dat nietigheid verbond aan overeenkomsten met de Duitsers, in bezet gebied verbindend werd geacht, hoewel het niet volgens de grondwettelijke en wettelijke bepalingen was afgekondigd. In cassatie (HR, 5 mei 1950, NJ 1951, 1) werd dat oordeel niet bestreden.

(11) HR, 22 juni 1962, NJ 1963, 53 (Bokking/Speelman).

toestemming verplicht gesteld, met als sanctie vernietigbaarheid van de borgtocht door de andere echtgenoot, tenzij de wederpartij te goeder trouw was. Toen de echtgenote de borgtocht vernietigde, eiste de borg nakoming, stellende dat hij te goeder trouw de borgtocht had verkregen, omdat partijen bij het aangaan van de overeenkomst het voorschrift niet kenden en hun advocaten, die hen bijstonden in de onderhandeling, aan het voorschrift niet hadden gedacht. De Hoge Raad oordeelde ,,*dat een uitsluitend op die wijze verklaarde onbekendheid met den in art. 164a gestelden eis van toestemming tot de rechtshandeling een beroep van de wederpartij bij de zonder die toestemming verrichte rechtshandeling op verkrijging te goeder trouw in den zin van art. 164b niet rechtvaardigt*''.

Wat opvalt in de uitspraak van de Hoge Raad is, dat hij niet kortweg verklaart dat onbekendheid met het voorschrift meebrengt dat de schuldeiser niet te goeder trouw is. Hij beperkte zijn oordeel tot onbekendheid met het voorschrift die ,,uitsluitend op die wijze'' is verklaard. Klaarblijkelijk zijn er omstandigheden denkbaar waarin onbekendheid met het voorschrift niet aan de verkrijging te goeder trouw in de weg staat. Daarbij moet worden bedacht dat het voorschrift van art. 164a oud BW (thans art. 1:88 BW) niet van openbare orde is, maar een zogenaamde gezinsbeschermende bepaling. Het is aan de andere echtgenoot overgelaten de overeenkomst al dan niet te vernietigen, maar die vernietiging is niet mogelijk bij goede trouw van de wederpartij. Deze uitspraak maakt duidelijk, dat het afhangt van de aard van de wetsbepaling en van de aard van de gedraging of en welke rechtsgevolgen onbekendheid met de wet heeft. Er zijn wettelijke voorschriften die de nietigheid of vernietigbaarheid van overtreding relativeren in gevallen waarin een van beide partijen te goeder trouw was. Uit het vermelde arrest blijkt ook, dat onbekendheid met de wet, mits verschoonbaar, onder omstandigheden aan goede trouw niet in de weg staat(12).

(12) Een kort uitstapje naar het Duitse recht leert dat men daar tot dezelfde conclusie is gekomen. Rechtsirrtum wordt daar bij rechtshandelingen aanvaard krachtens § 119 BGB als sprake is van een ,,Inhaltsirrtum'', dat wil zeggen dwaling over de wezenlijke rechtsgevolgen van de wilsverklaring. Rechtsdwaling speelt verder een rol bij het intreden van verzuim van de schuldenaar, bij de vraag of onrechtmatig handelen aan schuld is te wijten. Zie STAUDINGER, *Kommentar zum BGB*, Anm. 31-36 bij § 119 (Dilcher); RITTNER, ,,Rechtswissen und Rechtsirrtum im Zivilrecht'', *Festschrift für von Hippel* (1967), p. 391-422; MAYER-MALY, ,,Rechtsirrtum und Rechtsunkenntnis als Probleme des Privatrechts'', AcP 1970, p. 133-180.

5. Dwaling omtrent de inhoud van het recht

Rechtsdwaling doet zich meestal voor in deze vorm dat gedwaald wordt omtrent de juiste betekenis van wettelijke voorschriften. Ook hiervoor geldt als uitgangspunt dat die dwaling in beginsel aan de toepassing van het voorschrift niet afdoet. De nietigheid van een overeenkomst die in strijd is met de goede zeden of de openbare orde of met dwingende wetsbepalingen, hangt niet af van de vraag of partijen meenden en konden menen dat de overeenkomst rechtsgeldig kon worden gesloten. Hoezeer ook te goeder trouw, de overeenkomst is en blijft ongeldig(13).

Dat betekent echter niet, dat rechtsdwaling omtrent het bestaan of de inhoud van wetsbepalingen van dwingend recht, nooit in rechte erkend kan worden. Het betekent alleen dat een beroep op rechtsdwaling niet kan worden aanvaard in die gevallen waarin die aanvaarding zou leiden tot het buiten toepassing verklaren van de dwingende wetsbepaling en daarmee tot door de wet verboden rechtsgevolgen. Daarbuiten is een beroep op rechtsdwaling in beginsel toegelaten.

Zo is denkbaar dat partijen een overeenkomst sluiten waarin rekening wordt gehouden met een bepaalde wettelijke regeling en die zij niet, althans niet op dezelfde voorwaarden zouden hebben gesloten, indien zij geweten hadden dat de wettelijke regeling op essentiële punten anders moet worden verstaan dan zij haar verstonden. Vernietiging van de overeenkomst wegens rechtsdwaling doet dan niet af aan de werking van de wettelijke regeling.

In Nederland bestaat overeenstemming, dat de vraag welke eisen aan rechtsdwaling moeten worden gesteld en welke rechtsgevolgen de aanvaarding van het beroep heeft, niet moet worden beantwoord aan de hand van algemene beginselen van rechtsdwaling, maar aan de hand van aard en strekking van het voorschrift waaromtrent werd gedwaald(14).

---

(13) Onder het oude BW had de overeenkomst dan niet een geoorloofde oorzaak (art. 1373 BW) en was zij om die reden nietig (art. 1371 BW). In het nieuwe BW is de omweg via de oorzaak geschrapt en is de overeenkomst nietig, omdat zij in strijd is met de goede zeden of de openbare orde (art. 3:40 lid 1) of omdat zij in strijd is met een dwingende wetsbepaling (art. 3:40 lid 2).

(14) ZAAIJER, diss. p. 123; HOFMANN I-2, negende druk (Abas), p. 90; DRION, H., *Preadvies* p. 59/60; VAN DER GRINTEN, A., 1979, p. 266 (noot); BRUNNER, NJ, 1981, 441 (noot).

6. Rechtsdwaling bij rechtshandelingen

Het terrein voor rechtsdwaling bij rechtshandelingen is, zoals hiervoor bleek, beperkt door de werking van dwingende wetsbepalingen. Vernietiging wegens rechtsdwaling veronderstelt immers dat de rechtshandeling in beginsel geldig is. Is zij nietig dan doet de vraag of partijen gedwaald hebben niet meer ter zake. Op deze regel bestaat echter één algemene uitzondering — de conversie — die onder 7 aan de orde komt.

In gevallen waarin gedwaald wordt omtrent regels van aanvullend recht, zal rechtsdwaling zelden aantoonbaar zijn. Partijen mogen immers hun overeenkomst een andere inhoud geven dan de regels van aanvullend recht inhouden(15).

Rechtsdwaling is meermalen aan de orde gesteld in de rechtspraak in die gevallen waarin de rechtshandeling niet strekte om de dwingende rechtsregel buiten toepassing te laten, maar om op de veronderstelde inhoud van die regel voort te bouwen.

Ter illustratie vermeld ik enige uitspraken:

HR, 1 december 1938, NJ, 1939, 459 (Illustra/Reinarz)

Betaling van huurpenningen van een, wegens onbekwaamheid, vernietigbare huurovereenkomst. Betaling verricht, na ingewonnen juridisch advies van notaris, in de mening dat overeenkomst geldig was. Betaling niet aan te merken als afstand van het recht op vernietiging.

Hof Amsterdam, 16 april 1971, NJ, 1971, 418

Man erkent kind in de onjuiste veronderstelling dat zij alleen effect zal sorteren na het totstandkomen van het voorgenomen huwelijk met de moeder. Toen dat huwelijk geen doorgang vond, deed hij met succes een beroep op rechtsdwaling ter vernietiging van de erkenning. Art. 1:225 BW laat vernietiging wegens dwaling uitdrukkelijk toe.

HR, 22 februari 1974, NJ, 1975, 381 (Kinderbescherming / Roosendaal)

Gemeente sluit overeenkomst met voogdijvereniging over plaatsing van kinderen in tehuis. Toezegging gemeente tot betaling van aanvullende bijstand gedaan in de onjuiste veronderstelling dat art. 83

(15) Dat het terrein voor rechtsdwaling bij overeenkomsten tamelijk beperkt is, is ook reeds opgemerkt door SCHELTEMA, H.J., *a.w.*, p. 281/28.

Algemene Bijstandwet daartoe ruimte bood. Beroep op rechtsdwaling niet gehonoreerd, omdat gemeente zelf het vertrouwen had opgewekt dat haar uitleg van de wetsbepaling juist was en het onredelijk zou zijn de onzekerheid ten aanzien van de juiste uitleg van het artikel voor rekening van de Vereniging te brengen.

HR, 13 december 1981, NJ, 1981, 441
Koop van grond aangegaan in de wederzijdse veronderstelling dat het gemeentelijk bestemmingsplan het bouwen van woningen op de grond toeliet. Geoordeeld werd dat de koper voldoende onderzoek had gedaan door bij de gemeente te informeren. Beroep op rechtsdwaling in beginsel aanvaard.

7. Rechtsdwaling en conversie

In de rechtspraak is in 1944 de conversie van nietige rechtshandelingen erkend. Het gaat daarbij om een bijzonder geval van rechtsdwaling. Een rechtshandeling wordt verricht in de overtuiging dat zij op deze wijze en met deze inhoud geldig kan worden verricht. Achteraf blijkt zij nietig te zijn wegens strijd met de wet. Hetgeen partijen wilden bereiken kon echter ook op andere wijze geldig worden verricht. De nietige rechtshandeling wordt dan geconverteerd in een andere daaraan verwante rechtshandeling die geldig is.
Bij de hercodificatie is de conversie van nietige rechtshandelingen in art. 3:42 BW geregeld:

> *Beantwoordt de strekking van een nietige rechtshandeling in een zodanige mate aan die van een andere, als geldig aan te merken rechtshandeling, dat aangenomen moet worden dat die andere rechtshandeling zou zijn verricht, indien van de eerstgenoemde wegens haar ongeldigheid was afgezien, dan komt haar de werking van die andere rechtshandeling toe, tenzij dit onredelijk zou zijn jegens een belanghebbende die niet tot de rechtshandeling als partij heeft meegewerkt.*

Ter illustratie diene het geval dat aanleiding gaf tot het converteren van een nietige overeenkomst van huwelijkse voorwaarden(16). De aanstaande echtelieden waren overeengekomen dat tussen hen een beperkte gemeenschap van winst en verlies zou gelden, indien het huwelijk kinderloos zou blijven. Toen het huwelijk dat kinderloos

(16) HR, 21 januari 1944, NJ, 1944, 120 (Van de Water/Van Hemme).

was door de dood van de man werd ontbonden, beriep de vrouw zich op de nietigheid van de (voorwaardelijke) huwelijkse voorwaarden. Met succes: het huwelijksgoederenregime kan niet afhankelijk worden gesteld van een opschortende voorwaarde. De vrouw meende dat het gevolg van de nietigheid was dat tussen de echtgenoten de wettelijke gemeenschap van goederen gold. Door de Hoge Raad werd echter overwogen dat in de huwelijkse voorwaarden wel geldig een obligatoir werkend verrekenbeding had kunnen worden overeengekomen, in die zin dat tussen partijen algehele gemeenschap van goederen zou gelden, maar dat bij kinderloosheid zou worden afgerekend op basis van de gemeenschap van winst en verlies. Een redelijke wetstoepassing bracht nu mee, dat de nietige huwelijkse voorwaarden werden geconverteerd in een geldig verrekenbeding, ,,zoo aannemelijk is dat zij die handelden ten tijde van de handeling, voor het geval het beoogde rechtsgevolg niet bereikbaar ware, het wèl bereikbare zouden hebben gewild eer dan den toestand, welke het gevolg van nietigheid zonder meer zou zijn''.

Voor conversie is dus vereist dat partijen dwaalden omtrent de rechtsgeldigheid van de rechtshandeling en dat aannemelijk is, dat de wel mogelijke, geldige rechtshandeling zou zijn verricht, indien partijen de nietigheid hadden onderkend.

Het bijzondere van de figuur van de conversie is, dat hier zich het uitzonderingsgeval voordoet, dat een nietige rechtshandeling althans ten dele wordt gesauveerd, indien en omdat zij in rechtsdwaling is verricht(17).

8. Rechtsdwaling en goede trouw

Het Nederlandse recht stelt in een betrekkelijk groot aantal gevallen van rechtsverkrijging, bezitsverkrijging en ontvangst van betaling de rechtsgevolgen afhankelijk van de vraag of de verkrijger te goeder trouw was. Was hij te goeder trouw dan wordt hij rechtens met aanmerkelijk zachtere handschoenen aangepakt dan bij kwade trouw. Dan is wel vereist dat hij in verschoonbare dwaling heeft verkeerd. Die dwaling kan in beginsel ook een dwaling omtrent het objectieve recht zijn.

De vraag is nu welke eisen het recht stelt wil de dwaling verschoonbaar worden geacht en er dus goede trouw moet worden aangeno-

(17) Over conversie van nietige rechtshandelingen zie ASSER-HARTKAMP II, no. 492-501 en HIJMA, ,,Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen'', Diss. Leiden (1988), p. 295-354.

men. Die vraag kan niet in het algemeen worden beantwoord, omdat het antwoord sterk wordt beïnvloed door aard en strekking van het voorschrift dat aan de goede trouw rechtsgevolgen verbindt. Ook uit de rechtspraak blijkt dat de eisen soms hoog zijn, dan weer betrekkelijk laag.

Soms worden geen bijzondere eisen gesteld aan de goede trouw; voldoende is dan dat de verkrijger geen bijzondere reden had om aan te nemen dat zijn verkrijging in strijd met het recht was. Een voorbeeld daarvan is HR, 20 januari 1961, NJ, 1964, 381 (Schuylenburgh/Ellis) dat betrof de nalatenschap van een Nederlandse erflaatster die in de Verenigde Staten had gewoond en daar overeenkomstig het daar geldende recht een testament had gemaakt. Dat testament werd echter nietig geoordeeld, omdat het niet overeenkomstig de eisen van het Nederlandse recht was opgemaakt. De krachtens het testament bevoegde erfgenaam — een zuster van de overledene — had de goederen van de nalatenschap in bezit genomen. Was dat bezit te goeder trouw? Rechtbank en Hof achtten het bezit niet te goeder trouw, de Hoge Raad wel:

> *„dat als bezitter te kwader trouw in den zin van art. 634 moet worden aangemerkt degene die bij de verkrijging van het bezit wist dat de zaak hem niet toekwam, alsmede degene die dit tengevolge van een onverschoonbare dwaling niet wist;*
>
> *dat de strekking van art. 634 geen grond geeft om bij de toepassing van dit artikel iedere dwaling omtrent het objectieve recht als onverschoonbaar aan te merken, doch integendeel dwingt tot een onderzoek van de vraag of de bezitter onder de gegeven omstandigheden geacht moet worden lichtvaardig te hebben aangenomen dat uit de hem bekende feiten rechtens volgde dat de zaak hem toekwam";*

Aanzienlijk hogere eisen aan de verschoonbaarheid van de dwaling zijn gesteld in zaken die de gezinsbeschermende bepalingen van art. 164a en 164b BW (thans art. 1:88 en 89) betreffen. Daarin worden bepaalde rechtshandelingen van een echtgenoot vernietigbaar verklaard, indien zij zonder toestemming van de andere echtgenoot zijn verricht (giften, vervreemding of bezwaring van de echtelijke woning, borgtochten, koop op afbetaling). Zij zijn echter niet vernietigbaar indien de wederpartij te goeder trouw was. In HR, 22 juni 1962, NJ, 1963, 53 (Bokking/Speelman) — hiervoor besproken onder 4 — werd voor het beroep op goede trouw onvoldoende bevonden de onbekendheid met het kort tevoren ingevoerde voorschrift in combinatie met de omstandigheid dat de betrokken advoca-

ten er niet aan hadden gedacht. In HR, 15 december 1978, NJ, 1979, 427, AAe, 1979, 264 (Maastrichtse woning) werden de eisen die gesteld worden voor de goede trouw van de wederpartij positief omschreven.

Het betrof de verkoop van de echtelijke woning door de vrouw die daarvan eigenares was. De vraag rees of nog wel van echtelijke woning sprake was, nu de vrouw in het kader van een echtscheidingsprocedure de woning bij voorlopige voorziening van de president van de rechtbank voor de duur van de procedure had toegewezen gekregen, zodat de man daarin niet meer mocht verblijven. Het hof had de goede trouw van de koper aanvaard op de grond dat deze, gezien de ten tijde van het aangaan van de overeenkomst bestaande stand van de jurisprudentie en literatuur, niet ernstig rekening behoefde te houden met de mogelijkheid dat de toestemming van de man in dit geval was vereist. De Hoge Raad stelde veel strengere eisen en overwoog:

> *„Gezien de strekking van het voorschrift — in het belang van het gezin de echtgenoten tegen zichzelf en tegen elkaar te beschermen — en gezien de omstandigheid dat de wet in art. 88 lid 2, Boek 1 een voorziening heeft getroffen voor het geval dat de toestemming van de andere echtgenoot niet wordt verkregen, ontbreekt goede trouw in de zin van art. 89 in ieder geval indien de onjuiste uitlegging van de litigieuze wetsbepaling waarvan zij uitging, niet door vaste rechtspraak en eenstemmige literatuur werd aanvaard. Nu het Hof slechts één arrest van een Hof en daarnaast geen eenstemmige literatuur vermeldt is reeds daarom van goede trouw in de zin van art. 89 bij de Vereniging geen sprake".*

De hier voor een beroep op rechtsdwaling gestelde eis dat de onjuiste opvatting door vaste rechtspraak en eenstemmige literatuur werd aanvaard, laat voor een beroep op rechtsdwaling ter doorbreking van het vereiste van toestemming van de andere echtgenoot nauwelijks enige ruimte. Dat is ook wel begrijpelijk als de strekking van de regeling in aanmerking wordt genomen.

9. Rechtsdwaling en aansprakelijkheid voor schade

Juist op het gebied van de aansprakelijkheid voor schade die in rechtsdwaling wordt toegebracht, is recent in een groot aantal gevallen het oordeel van de Hoge Raad ingeroepen. Dat vond vooral daarin zijn verklaring dat de wet in art. 1401 BW (oud) uitdrukkelijk „schuld" eiste voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Is er

eigenlijk wel schuld, indien de gedraging berustte op een verschoonbare dwaling omtrent het recht?

In het schuldbegrip werden echter in de rechtspraak in toenemende mate risico-elementen geïncorporeerd door schuld te objectiveren. SCHUT heeft daarvan eens treffend gezegd(18) dat schuld en risico in elkaar overlopen als twee kleuren waterverf.

Bij de wanprestatie lag dat in zoverre anders, dat daar de aansprakelijkheid bij niet of ondeugdelijke nakoming van de verbintenis onder het oude BW gegeven was, behoudens het bewijs van een vreemde oorzaak die aan de schuldenaar niet kan worden toegerekend (art. 1280 BW), dan wel van overmacht (art. 1281 oud BW). Door nu allerlei omstandigheden voor risico van de debiteur van de verbintenis te brengen, werd het begrip overmacht tot een veel kleiner terrein teruggebracht dan de afwezigheid van schuld.

In het nieuwe BW heeft deze ontwikkeling geleid tot het opnemen van wetsbepalingen waarin schuld niet meer een vereiste is voor aansprakelijkheid. Aansprakelijkheid voor een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis kan krachtens art. 6:75 BW de schuldenaar niet worden toegerekend, *indien zij niet te wijten is aan schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de schuldenaar komt.* Een vergelijkbare bepaling geldt voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Art. 6:162 lid 3 zegt dat een onrechtmatige daad aan de dader kan worden toegerekend, *indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.*

De Hoge Raad heeft in de jaren tachtig in de nieuwe bepaling van art. 162 lid 3 inspiratie gevonden om ook al onder het oude recht dwaling, inclusief rechtsdwaling voor rekening van de dwalende te laten in gevallen waarin hij niet-aansprakelijkheid wegens ontbreken van schuld onbillijk vond. Dat gold in het bijzonder rechtsdwaling aan de zijde van de overheid die ook onder het oude recht herhaaldelijk voor rekening van de overheid werd gelaten(19).

---

(18) SCHUT, „Schuld en risico", WPNR, 5045 (1969).

(19) ZAAIJER, diss. p. 97 e.v. vermeldde reeds een aantal uitspraken waarin ook in de negentiende eeuw aansprakelijkheid van de overheid die in rechtsdwaling had gehandeld was aangenomen. VAN DER GRINTEN, „Aansprakelijkheid zonder onrechtmatigheid en schuld", *Rechtsgeleerd Magazijn* 1940, p. 404 e.v. verzette zich sterk tegen de opvatting van SCHOLTEN en MEIJERS, dat rechtsdwaling steeds voor risico van de dwalende moet komen. Niettemin vond hij er veel voor te zeggen dat het overheidslichaam aansprakelijk is indien het de juiste inhoud van zijn verordeningen niet kent. „Het mag zich er niet op beroepen, dat zulks, hoezeer ook te goeder trouw, niet het geval was". Hij meende echter dat daarmee de schuldgedachte, „in den ruimen zin van maatschappelijke schuld", niet werd losgelaten.

Ik geef een kort overzicht van de ontwikkeling van de rechtspraak voor zover die gevallen van rechtsdwaling betreft. Daarin neemt rechtsdwaling van overheidslichamen een bijzondere plaats in, doordat zij steeds voor rekening van de overheid wordt gebracht.

Het gaat in het algemeen om besluiten of feitelijke gedragingen van de overheid waartoe zij zich krachtens de wet bevoegd achtte, terwijl later werd beslist dat de overheid de wet of de wettelijke voorschriften onjuist had uitgelegd en dientengevolge een jegens de burger onrechtmatige daad had gepleegd door het besluit te nemen of door haar feitelijke gedragingen.

a) rechtsdwaling van overheidslichamen(20)

Aanvankelijk werd in de rechtspraak — zo HR, 15 juni 1979, NJ, 1980, 261 (Grubbenvorst/Caldenbroich) en HR, 30 januari 1981, NJ, 1982, 55 (Zevenaar/De Wingerd) — de schuld van de overheid nog gezocht en gevonden in omstandigheden die haar tot twijfel of tenminste tot voorzichtigheid hadden moeten manen. Dat valt nog onder de noemer onverschoonbaarheid van de dwaling bij onzekerheid omtrent het recht en daarmee binnen het begrip schuld. In het midden van de tachtiger jaren gaat de Hoge Raad een stap verder. In een sindsdien vaste rechtspraak wordt het beroep van de overheid op rechtsdwaling verworpen met de overweging dat met de onrechtmatigheid de schuld van de overheid in beginsel gegeven is. (HR, 9 mei 1986, NJ, 1987, 252 inz. Staat/Grosheide). Door die schuld slechts „in beginsel" gegeven te achten, rees toen de vraag of en wanneer de regel uitzondering lijdt. In een groot aantal arresten is vervolgens de stelling dat in de betreffende zaak een uitzondering op de regel moest worden aanvaard, verworpen. Zo werd in HR, 26 september 1986, NJ, 1987, 253 (Staat/Hoffmann La Roche) overwogen:

> *In geval een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een beschikking te nemen en te handhaven die naderhand door de rechter wordt vernietigd wegens strijd met de wet, is daarmee de schuld van het overheidslichaam in beginsel gegeven. Het betoog dat hier een uitzondering op haar plaats is op de grond dat de rechter is uitgegaan van een rechtsopvatting die ten tijde van de beschikking voor het overheidslichaam onvoorzienbaar was en waarmede dit lichaam geen rekening behoefde te houden, faalt. Deze enkele omstandigheid staat er immers niet aan in de weg dat*

(20) Voor een overzicht van de rechtspraak en literatuur zie Onrechtmatige Daad I (JANSEN), aant. 51-56 op art. 162 lid 3 BW.

de gevolgen van een zodanige uitspraak voor rekening van het overheidslichaam komt, en doet derhalve niet af aan de in beginsel gegeven schuld van dit lichaam.

In deze uitspraak wordt het risico van rechtsdwaling van de overheid, ook waar die dwaling verschoonbaar is, bij de overheid gelegd(21) Klaarblijkelijk komt rechtsdwaling van de overheid altijd voor haar rekening(22). Hiermee werd door de Hoge Raad geanticipeerd op art. 6:162 lid 3 BW (nieuw) dat toerekening van een onrechtmatige daad ook buiten schuld toelaat op de grond dat zij krachtens de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de dader komt. Dat blijkt ook uit HR, 31 mei 1991, NJ, 1993, 112 (Van Gog/Nederweert) waarin werd overwogen:

Zelfs wanneer het overheidslichaam geen enkel verwijt treft, moet worden aangenomen dat deze onrechtmatige daad in beginsel — in de terminologie van art. 6:162 BW — voor rekening van het overheidslichaam komt. Niet uitgesloten is dat hierop onder bijzondere omstandigheden een uitzondering moet worden gemaakt, ook dan wanneer het niet gaat om een vernietiging wegens strijd met de wet.

Dezelfde overweging is herhaald in HR, 12 juni 1992, NJ, 1993, 113 (Bedrijfsvereniging/Boulogne). Daarin werd de voor overheidslichamen ontwikkelde risicoaansprakelijkheid voor rechtsdwaling ook van toepassing verklaard op Bedrijfsverenigingen. Tevens werd verklaard waarom de schade die het gevolg is van de onrechtmatige daad voor rekening komt van de bedrijfsvereniging:

„Evenmin kan als zodanig worden aanvaard het argument dat bedrijfsverenigingen 'min of meer als ondernemingen' functioneren en daarom de financiële lasten van toepassing van meerbedoelde regels 'in vergelijkbare mate als de getroffen burger' voelen. Immers, ook voor bedrijfsverenigingen geldt dat het redelijker is de schade voortvloeiend uit een in het kader van een wettelijke taak genomen beslissing waarvan de onjuistheid later door de rechter wordt vastgesteld, voor rekening te brengen van de collectiviteit

(21) Voor andere uitspraken in dezelfde zin, zie: HR, 30 januari 1987, NJ, 1988, 89 (Blaricum/Roozen); HR, 30 januari 1987, NJ, 1988, 90 (Niebourg/Zuidwolde; HR, 26 februari 1988, NJ, 1988, 489 IJsselmuiden/Brink).

(22) Kritisch over deze rechtspraak VRANCKEN, „Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht" (1989), nr. 155.

dan om haar te laten voor rekening van de individuele burger jegens wie de onjuiste beslissing werd genomen"(23).

b) rechtsdwaling van de rechter

Een bijzondere vorm van rechtsdwaling aan de zijde van de overheid doet zich voor bij rechterlijke uitspraken die berusten op een onjuist inzicht in de geldigheid of betekenis van rechtsregels. Naar Nederlands recht is de Staat in beginsel niet aansprakelijk voor fouten van rechters en is de rechter ook zelf niet aansprakelijk voor de juridische onjuistheid van zijn beslissing. Daarop wordt slechts één uitzondering gemaakt. Die uitzondering werd in HR, 3 december 1971, NJ, 1972, 137 en HR, 17 maart 1978, NJ, 1979, 204 als volgt geformuleerd:

> *„Slechts indien bij de voorbereiding van een rechterlijke beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd, dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, en tegen die beslissing geen rechtsmiddel openstaat en heeft open gestaan, zou de staat terzake van een schending van het recht, gewaarborgd in art. 6 Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, voor de daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk kunnen worden gesteld".*

In het algemeen kan de partij die in het ongelijk is gesteld slechts door de aanwending van rechtsmiddelen tegen de uitspraak redres kunnen vinden. De kosten die daarmee gepaard gaan komen niet voor rekening van de Staat, indien de uitspraak wordt vernietigd, ook niet indien zij berustte op een verkeerd inzicht in het recht. Evenmin komt schade die inmiddels door de onjuiste uitspraak is veroorzaakt voor rekening van de Staat, tenzij zich het genoemde uitzonderingsgeval voordoet. Een belangrijke reden voor dit standpunt is daarin gelegen, dat de juistheid van de uitspraak anders tot onderwerp van een nieuw geding tegen de Staat zou kunnen worden gemaakt wat onwenselijk is.

In de literatuur is tegen deze nagenoeg absolute immuniteit van de Staat voor onjuiste beslissingen van de rechter wel bezwaar gemaakt. Vooral Kortmann heeft bij herhaling gepleit voor aansprakelijkheid van de Staat, althans indien sprake is van ernstige misslagen van de

(23) Dat het in het algemeen redelijker is de schade als gevolg van onrechtmatig overheidshandelen, ook buiten schuld, voor rekening te brengen van de gemeenschap werd reeds betoogd door SCHELTEMA in zijn noot onder HR, 26 september 1986, NJ, 1987, 253.

rechter(24). Die aansprakelijkheid is tot nu toe echter altijd afgewezen. Zie HR, 27 januari 1989, NJ, 1989, 588 en HR, 8 januari 1993, RvdW, 1993, 23.

In België is inmiddels in het Anca-arrest van 19 december 1991 beslist dat de Staat aansprakelijk is voor de schade veroorzaakt door een faillietverklaring die was uitgesproken zonder dat de bestaande processuele waarborgen voor een openbare behandeling op tegenspraak in acht waren genomen. Weliswaar was het vonnis van faillietverklaring in beroep vernietigd, maar dat betekende niet dat daarmee de door de faillietverklaring veroorzaakte schade was ongedaan gemaakt(25).

c) rechtsdwaling van het Openbaar Ministerie

Voor onrechtmatige daden van leden van het Openbaar Ministerie is de Staat wel aansprakelijk, ook als zij in verschoonbare rechtsdwaling zijn begaan. In HR, 11 oktober 1991, NJ, 1993, 165 werd de Staat aansprakelijk geacht voor de kosten van rechtsbijstand van een in bewaring gestelde verdachte, ter verkrijging van opheffing van een door de Officier van Justitie in strijd met de wet gegeven bevel om de advocaat niet tot de verdachte toe te laten. De Staat en de Officier hadden aansprakelijkheid betwist, zich beroepende op rechtsdwaling van de laatste ten aanzien van art. 50 lid 2 Sv. Dit artikel eist voor beperking van het verkeer tussen raadsman en verdachte een bevel van de Rechter-Commissaris nadat een gerechtelijk vooronderzoek is geopend. Tijdens het voorbereidend onderzoek mag de Officier van Justitie het bevel geven. Tegen de verdachte was een gerechtelijk vooronderzoek gaande. De Officier van Justitie meende hier het bevel toch te mogen geven, omdat hij tevens een voorbereidend onderzoek naar andere strafbare feiten instelde. De Hoge Raad overwoog:

> *„In het oordeel van de rechtbank dat de Staat gehouden is de door de onrechtmatige daad van mr. VAN HILTEN geleden schade te vergoeden, ligt besloten dat naar het oordeel van de rechtbank deze gedraging als een onrechtmatige daad van de Staat heeft te gelden en ook aan de Staat kan worden toegerekend. Dit — door het*

(24) Zie KORTMANN, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor onjuiste wetsuitleg*, oratie Nijmegen 1985 en *Wie betaalt de rekening?*, NJB, 1993, p. 921. Voor een overzicht van de literatuur zie Onrechtmatige Daad VIII (MICHIELS VAN KESSENICH-HOOGENDAM), nr. 147 e.v.

(25) Over dit arrest zie, behalve de commentaren in Belgische periodieken ook STORME, M., „De rechterlijke macht", NJB, 1993, p. 917 en KORTMANN, NJB, 1993, p. 921.

middel niet bestreden — oordeel is juist: een onzekerheid over de uitlegging van art. 50 lid 2 Sv behoort voor rekening van de Staat te komen''.

De vordering uit onrechtmatige daad was ook ingesteld tegen de Officier van Justitie persoonlijk. Die vordering werd niet toewijsbaar geoordeeld:

,,Maar dit (oordeel dat de Staat aansprakelijk is) betekent niet dat dit onrechtmatig handelen ook aan mr. VAN HILTEN persoonlijk kan worden toegerekend.

Wanneer een orgaan van de overheid zich bij de uitoefening van de hem als zodanig opgedragen taak onrechtmatig gedraagt door zijn wettelijke bevoegdheden te overschrijden, zal deze gedraging slechts aan hem persoonlijk kunnen worden toegerekend indien zij aan zijn schuld is te wijten, dat wil zeggen: wanneer, gelet op de omstandigheden van het geval, hem persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt. Voor een toerekening aan hem op de grond dat deze gedraging krachtens de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt, is geen plaats.

Naar in cassatie mag worden aangenomen, heeft mr. VAN HILTEN zich tot het geven van dat bevel laten leiden door de in dit geding door de Staat en door hem verdedigde — hiervoor onder 3.2 onjuist bevonden — rechtsopvatting.

Gezien de stand van rechtspraak en literatuur dienaangaande kan niet worden gezegd dat deze rechtsopvatting ten tijde waarop mr. VAN HILTEN het bevel gaf, zo onaannemelijk was dat hem een verwijt ervan kan worden gemaakt dat hij, uitgaande van die rechtsopvatting dat bevel heeft gegeven''.

d) rechtsdwaling van advocaten en notarissen

Zo goed als rechters en andere organen van de staat kunnen dwalen omtrent het recht, zo kunnen natuurlijk ook andere juristen dwalen omtrent het recht. Het recht is naar zijn aard betrekkelijk onzeker. Van professionele juridische deskundigen als advocaten en notarissen wordt verlangd dat zij onzekerheid omtrent het juiste antwoord op rechtsvragen onderkennen, voor zover die uit rechtspraak en literatuur, of uit het ontbreken daarvan, kenbaar is. Bij hun beroepsbeoefening moeten zij met die onzekerheid rekening houden, aldus dat zij hun cliënten niet meer risico mogen laten lopen dan, gegeven de bestaande onzekerheid van het recht, onvermijdelijk is. Dat betekent praktisch dat in gevallen waarin de onzekerheid werd onder-

kend, of had moeten worden onderkend, zij uit wanprestatie aansprakelijk zijn indien zij het aan de onzekerheid verbonden risico zonder bezwaar hadden kunnen vermijden. De verkeerde afloop van de zaak wordt hun dan toegerekend.

Ik vermeld enige uitspraken van de Hoge Raad:

HR, 15 december 1978, NJ, 1978, 427 (Maastrichtse woning)

Dit arrest kwam hiervoor onder 9 reeds ter sprake. De koper van de echtelijke woning die dwaalt omtrent de vraag of de woning nog als echtelijke woning moet worden beschouwd, verkrijgt de woning te kwader trouw in eigendom, enerzijds omdat de onjuiste uitleg van het begrip echtelijke woning ,,niet door vaste rechtspraak en eenstemmige literatuur werd aanvaard'' anderzijds omdat de wet een voorziening heeft getroffen in de toestemming van de kantonrechter, voor het geval de toestemming van de andere echtgenoot niet wordt verkregen. Daarmee was tevens beslist dat de notaris aansprakelijk is voor de gevolgen van de reechtsdwaling.

HR, 2 april 1982, NJ, 1983, 367 (Smael c.s./Moszkowics)

Een advocaat werd door zijn cliënten aangesproken tot vergoeding van schade van zijn cliënten, omdat hij een verzoek tot verlenging van de huur op de laatste dag van de termijn indiende, terwijl op die dag de griffie gesloten was krachtens een bijzonder KB dat hem onbekend was. In twee instanties was het verzoek tot verlenging van de huur niet ontvankelijk verklaard, omdat het te laat was ingediend. Cassatieberoep was verworpen door HR, 21 maart 1975, NJ, 1976, 464.

De advocaat werd aansprakelijk geoordeeld, omdat hij onzorgvuldig had gehandeld nu de toenmalige literatuur en rechtspraak geen aanleiding gaven voor het vertrouwen dat van indiening van het verzoek op de laatste dag, terwijl de griffie toen - naar de advocaat had moeten weten - gesloten was, geen moeilijkheden waren te verwachten(26).

HR, 29 november 1991, NJ, 1992, 808 (Plas/Agema)

De zaak betrof de indiening van een verzoek van een gewezen verdachte tot toekenning van schadevergoeding wegens ten onrechte

(26) Pikant was dat de Hoge Raad de aansprakelijkheid aannam nadat hij eerst had beslist dat het verzoek tijdig was ingediend. In feite hadden kantonrechter en rechtbank in de verlengingsprocedure een onjuiste beslissing in rechtsdwaling gegeven. Die rechtsdwaling werd nu voor rekening van de advocaat gebracht.

ondergane voorlopige hechtenis. Het verzoek werd niet ontvankelijk verklaard, omdat de advocaat van de gewezen verdachte het had ondertekend, terwijl het volgens de Hoge Raad door de verdachte zelf had moeten zijn getekend. De advocaat werd nu door zijn cliënt tot schadevergoeding aangesproken. Het hof achtte de rechtsdwaling van de advocaat verschoonbaar en ontzegde de vordering. De Hoge Raad casseerde. Over de vraag of de advocaat het verzoekschrift namens de gewezen verdachte kon indienen bestond geen rechtspraak en nauwelijks literatuur. De advocaat handelde verwijtbaar door te kiezen voor het zelf ondertekenen van het verzoekschrift. Dat zou alleen dan niet onzorgvuldig zijn geweest „indien A (de advocaat) aan de voor hem kenbare rechtspraak en literatuur het vertrouwen heeft kunnen ontlenen dat van de indiening van het slechts door hemzelf ondertekende verzoekschrift geen moeilijkheden waren te verwachten".

e) rechtsdwaling en rechtsmaatregelen

Het is vaste rechtspraak dat wie rechtsmaatregelen neemt voordat zijn recht bij gewijsde is vastgesteld, voor eigen rekening en risico handelt. Een beroep op rechtsdwaling ontheft dan niet van aansprakelijkheid voor de toegebrachte schade, indien het gepretendeerde recht achteraf niet blijkt te bestaan.

Het betreft in de eerste plaats de tenuitvoerlegging van een vonnis dat nog niet in kracht van gewijsde is gegaan, maar dat door de rechter uitvoerbaar bij voorraad is verklaard. Wordt het vonnis in hoger beroep vernietigd, dan geschiedde de tenuitvoerlegging zonder titel, omdat de vernietiging terugwerkt. De tenuitvoerlegging op het vermogen van de wederpartij blijkt dan achteraf onrechtmatig en verplicht tot schadevergoeding(27).

In dezelfde lijn ligt de tenuitvoerlegging van een in kort geding tegen een ander verkregen verbod of bevel. Ook als het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan doordat daartegen geen rechtsmiddel meer open staat, geschiedt de tenuitvoerlegging voor risico van degene die het verkreeg. Dat risico vloeit daaruit voort dat het bevel of verbod berust op een voorlopig oordeel van de President over de rechtsverhouding van partijen. In een procedure over de zaak ten gronde, de bodemprocedure, kan blijken dat het voorlopig oordeel van de President berustte op een onjuiste rechtsopvatting. De schade ver-

(27) HR, 13 juni 1913, NJ, 1913, 782 en HR, 1 mei 1964, NJ, 1965, 33.

oorzaakt door de tenuitvoerlegging van het kort geding-vonnis komt dan voor rekening van de executant(28).
Tenslotte komt ook de schade veroorzaakt door een met rechterlijk verlof gelegd conservatoir beslag voor risico van de beslaglegger, indien later blijkt dat de vordering waarvoor het beslag is gelegd, niet bestaat. Het rechterlijk verlof rechtvaardigde dan, achteraf bezien, niet de inbreuk op het subjectieve recht, zodat de beslaglegger uit onrechtmatige daad aansprakelijk is voor de schade(29).

f) Rechtsdwaling en wanprestatie

Voor een geval waarin bij wanprestatie (niet tijdige betaling van loon van een schepeling) rechtsdwaling aan de verschuldigdheid van boete in de weg stond, zie HR, 13 november 1970, NJ, 1971, 78. De Hoge Raad oordeelde dat onder een ,,wettige reden voor het ophouden van loonbetaling'' in art. 447 K (oud) mede was begrepen een verschoonbare vergissing omtrent de uitleg van de wet.

10. Rechtsdwaling, dading en gerechtelijke bekentenis

In het Burgerlijk Wetboek is iedere verwijzing naar de rechtsdwaling geschrapt.
Tot 1988 kende het in art. 1963 BW een bepaling die herroeping van een gerechtelijke bekentenis alleen toeliet bij dwaling omtrent daadzaken, niet bij dwaling omtrent het recht. Nu bepaalt art. 181 Wetboek van Burg. Rechtsvordering dat een gerechtelijke erkentenis slechts kan worden herroepen, indien aannemelijk is dat zij door een dwaling of niet in vrijheid is afgelegd. Daarmee is in beginsel ook een gerechtelijke erkentenis die in rechtsdwaling is afgelegd, herroepelijk geworden.
Tot 1992 gold voor dading de regel van art. 1895 lid 2 BW dat men tegen dadingen niet kan opkomen, hetzij uit hoofde van dwaling in het recht, hetzij uit hoofde van benadeling. Deze bepaling is bij de invoering van het nieuwe BW komen te vervallen. Blijkens de toelichting was de wetgever van oordeel dat de algemene regeling van de wilsgebreken onverkort op dadingen kan worden toegepast.

(28) HR, 16 november 1984, NJ, 1985, 547 (Ciba Geigy/Voorbraak). In de literatuur is de juistheid van de uitspraak bestreden, omdat de tenuitvoerlegging van het vonnis niet onrechtmatig zou zijn. Zie o.a. HEEMSKERK in zijn noot onder het arrest, VAN SCHAIK, ,,De aansprakelijkheid voor het executeren van een kortgedingvonnis dat in de bodemprocedure terzijde wordt gesteld'', Deventer, 1987.

(29) Zie HR, 4 april 1912, W 9358; HR, 27 december 1929, NJ, 1930, 1433; HR, 15 april 1965, NJ, 1965, 331 en HR, 4 juni 1976, NJ, 1977, 98.

11. Rechtsdwaling en strafrecht

In het strafrecht speelt rechtsdwaling als schulduitsluitingsgrond slechts een beperkte rol. Dat vindt zijn oorzaak vooral daarin dat voor misdrijven in het algemeen opzet gericht op de wederrechtelijkheid vereist wordt. Waar die ontbreekt is veroordeling niet mogelijk wegens het ontbreken van een element van het strafbare feit en komt men niet toe aan de vraag of de verdachte schuld had aan de rechtsdwaling. Dat is anders bij culpose delicten en bij overtredingen. Daar kan bij afwezigheid van schuld vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging volgen. Dan is wel vereist dat de verdachte van de overtreding niet volstaat met het aanvoeren van onbekendheid met het wettelijk voorschrift, maar aantoont dat hij verschoonbaar dwaalde ten aanzien van de inhoud van het voorschrift.

Voor de verschoonbaarheid van rechtsdwaling in het strafrecht stelt de Hoge Raad als eis, dat gehandeld is op advies van een persoon of instantie, aan wie zodanig gezag valt toe te kennen dat de verdachte in redelijkheid op de deugdelijkheid van het advies mocht vertrouwen(30). In beginsel kan dat ook het advies van een advocaat zijn, al worden aan de kwaliteit van het advies, en daarmee aan de kwaliteit van de advocaat betrekkelijk hoge eisen gesteld. Laat het advies reden voor twijfel, dan is de dwaling niet verschoonbaar. De mogelijkheid van uitleg van de wet in verschillende zin heft de schuld niet op(31).

12. Slotbeschouwing

Hiervoor is een overzicht gegeven van de stand van het Nederlandse recht met betrekking tot de rechtsgevolgen van rechtsdwaling. Daaruit blijkt, dat bij rechtsdwaling evenals bij dwaling als wilsgebrek, steeds twee vragen moeten worden beantwoord. De eerste vraag is of de dwaling aan eigen schuld van de dwalende is te wijten en om die reden onverschoonbaar is. Maar ook als de dwaling verschoonbaar is en de dwalende geen enkel verwijt van zijn dwaling kan worden gemaakt, kan zij toch nog voor zijn risico komen krachtens art. 6:228 lid 2 BW. De art. 162 lid 3 en 75 BW zijn daarvan voor

(30) Zie HR, 22 november 1949, NJ, 1950, 180; HR, 13 december 1960, NJ, 1961, 416 en voorts HAZEWINKEL-SURINGA (Remmelink), 12e druk, p. 358-362 en NOYON-LANGEMEIJER (Remmelink), 7e druk, Inl. p. 36-38.

(31) HR, 18 mei 1942, NJ, 1942, 608; HR, 26 maart 1974, NJ, 1974, 238 en HR, 21 oktober 1975, NJ, 1976, 11.

de onrechtmatige daad en de wanprestatie de uitdrukking. Het gaat dus niet alleen om schuld, maar ook om risico.

Schuld aan de rechtsdwaling

Of de dwalende schuld heeft aan de rechtsdwaling hangt daarvan af welke eisen aan het schuldverwijt als grond voor onverschoonbaarheid worden gesteld. Zoals hiervoor bleek, verschilt de maatstaf naar de aard van de rechtsverhouding waarin een beroep op rechtsdwaling wordt gedaan en naar de eisen die redelijkerwijs mogen worden gesteld aan iemand in de positie van de dwalende.

Die eisen zijn hoog voor hen die van de beoefening van het recht hun beroep maken. Zij worden gemeten naar de kennis die uit literatuur en rechtspraak kan worden verworven. Zodra daaruit ook maar enige grond voor twijfel aan de juistheid van een bepaalde rechtsopvatting blijkt, bijvoorbeeld omdat van verschil van inzicht blijkt tussen schrijvers en/of tussen rechterlijke colleges, handelen zij onvoorzichtig als zij niet kiezen voor een ook begaanbare weg die de risico's verbonden aan rechtsdwaling uitsluit(32).

Dat geldt echter niet voor de persoonlijke aansprakelijkheid van organen van de overheid, zoals de leden van het Openbaar Ministerie. Hun rechtsdwaling wordt niet aan hen persoonlijk toegerekend, indien hun rechtsopvatting niet geheel onaannemelijk was(33). En het geldt al helemaal niet voor rechtsdwaling van de rechter. Daarvoor moet de justitiabele redres vinden in de aanwending van rechtsmiddelen. Alleen wanneer geen rechtsmiddel open staat en bovendien bij de voorbereiding van de beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, zou de rechter aansprakelijk kunnen zijn voor de gevolgen van zijn rechtsdwaling(34).

De verklaring van dit verschil is waarschijnlijk, dat de Staat aansprakelijk is voor de gevolgen van rechtsdwaling van leden van het Openbaar Ministerie. Er is dan maatschappelijk geen behoefte aan persoonlijke aansprakelijkheid van het orgaan. Dat ligt echter anders bij rechtsdwaling van de rechter. Die komt krachtens vaste traditie en rechtspraak niet voor rekening van de Staat. De kosten verbonden aan het aanwenden van een rechtsmiddel en de schade die door de

(32) Zie de uitspraken vermeld onder 10 sub d).

(33) Zie de uitspraak onder 10 sub c).

(34) Zie de uitspraak onder 10 sub b).

onjuiste uitspraak is veroorzaakt, blijft voor rekening van de betrokken partijen. De grond daarvoor is vooral, dat voorkomen moet worden dat de vraag of aan de rechter een verwijt kan worden gemaakt van zijn onjuiste opvatting van het recht niet behoort te worden gemaakt tot voorwerp van een nieuwe procedure, nu tegen de Staat. Daartegen is wel wat in te brengen en is ook wel wat ingebracht. De argumenten die KORTMANN heeft aangevoerd voor het standpunt dat de gevolgen van rechtsdwaling van de rechter in ernstige gevallen voor rekening van de Staat behoren te komen(35), lijken mij niet zonder gewicht.

Voor de onderdanen van de Staat kan niet in het algemeen gezegd worden of hun rechtsdwaling verschoonbaar is. Dat hangt af van hun maatschappelijke positie en van wat in de gegeven omstandigheden aan kennis van hen mag worden verwacht en aan onderzoek van hen mag worden verlangd. Zo zal een rechtspersoon van enige omvang minder spoedig een beroep op afwezigheid van schuld aan rechtsdwaling gehonoreerd krijgen dan de gewone burger. De eerste wordt immers geacht deskundig te zijn op het terrein waarop de rechtspersoon zich beweegt, althans in voldoende mate om te onderkennen dat zich een rechtsvraag voordoet en dat daarover deskundig advies moet worden ingewonnen. Dat advies zal hij bovendien niet mogen opvolgen, indien het klaarblijkelijk in strijd met de wet is. De gewone burger daarentegen die slechts incidenteel met rechtsvragen wordt geconfronteerd zal, als hij ze al als problematisch onderkent, eerder gehoor vinden voor een beroep op rechtsdwaling. Zo is begrijpelijk dat de rechtsdwaling omtrent de gevolgen van de erkenning van een kind verschoonbaar werd geoordeeld(36), hoewel de man zich niet tevoren had voorzien van deskundig advies over die rechtsgevolgen. Ook bij rechtsdwaling in het strafrecht wordt de rechtsdwaling van de bedrijfsmatig handelende wetsovertreder minder spoedig verschoonbaar geacht dan van de gewone burger(37).

Voor de vraag of de dwalende schuld heeft zal naar mijn oordeel, ook buiten het terrein van het wilsgebrek dwaling, van belang zijn of zich een van de omstandigheden genoemd in art. 228 sub a en b

(35) Zie noot 22.

(36) Zie de uitspraak van Hof Amsterdam onder 6 vermeld.

(37) Zie HR, 28 februari 1956, SEW, 1956, 207 waarin aan een fabrikant het beroep op rechtsdwaling werd ontzegd, nu hij afging op een deskundig advies dat kennelijk in strijd was met de betrokken voorschriften en hij zelf beter had moeten weten. Zie ook HR, 25 april 1967, NJ, 1967, 471 waarin aan een bloemkweker een beroep op rechtsdwaling werd ontzegd dat berustte op de ingewikkeldheid van de regelgeving van het Produktschap voor Siergewassen. Zie HAZEWINKEL-SURINGA, *a.w.*, p. 36.

voordoet. Is de dwaling te wijten aan een onjuiste inlichting van de wederpartij bij de overeenkomst of aan het verwijtbaar achterwege laten van informatie, dan zal tegenover die wederpartij de dwaling in beginsel verschoonbaar worden geacht(38). Ook zal de burger in beginsel mogen afgaan op mededelingen en inlichtingen die hij verkrijgt van personen en instanties die hij als deskundig mag beschouwen(39).

Ook de aard van de rechtsverhouding en van de rechtsregel speelt een rol bij de vraag of de rechtsdwaling verschoonbaar is. Is het gevolg van de aanvaarding van het beroep op rechtsdwaling dat een wetsbepaling van dwingend recht niet mag worden toegepast ten nadele van een ander, dan is dat reeds een grond om hoge eisen te stellen aan de verschoonbaarheid. Zo is te verklaren dat aan de goede trouw van de wederpartij zeer hoge eisen worden gesteld, indien een echtgenoot een overeenkomst sluit waarvoor hij de toestemming van de andere echtgenoot behoeft(40).

De vraag of bij onrechtmatige daden die in rechtsdwaling worden begaan, die rechtsdwaling ooit verschoonbaar kan worden geacht, is bij ons door juristen van gezag ontkennend beantwoord(41). Tegen de aanvaarding van rechtsdwaling als schulduitsluitingsgrond werd aangevoerd dat daarmee de regel waarvan de overtreding onrechtmatig is, buiten werking zou worden gesteld. Toch lijkt het me niet twijfelachtig dat onder omstandigheden schuld in de zin van verwijtbaarheid kan ontbreken. Dat geldt zeker voor de onjuiste uitleg van wettelijke voorschriften. Maar ook bij inbreuk op een recht is goed denkbaar dat die begaan wordt in de verschoonbare overtuiging dat het objectieve recht die toelaat. Men kan mijns inziens niet veel meer zeggen dan dat de voorzienbaarheid van schade voor een derde meebrengt dat deugdelijk onderzoek moet worden gedaan naar de geoorloofdheid van de gedraging. Wordt die gesteund door deskundig advies van een persoon of instantie van een zodanig gezag dat daarop mocht worden afgegaan, dan is schuld in de zin van verwijtbaarheid niet aanwezig en de rechtsdwaling verschoonbaar.

---

(38) Een voorbeeld levert op HR, 22 februari 1974, NJ, 1975, 381 vermeld onder 6. Daarin was een voogdijvereniging bij het aangaan van een overeenkomst met de gemeente over de kosten van verzorging van voogdijkinderen afgegaan op het onjuiste oordeel van de gemeente over de uitleg van een artikel van de Alg. Bijstandswet.

(39) Voor voorbeelden zie HR, 13 december 1981, NJ, 1981, 441 vermeld onder 6 en de arresten in strafzaken vermeld in noot 25.

(40) Zie HR, 15 december 1978, NJ, 1979, 427 besproken onder 9.

(41) Zie SCHOLTEN, „Rechtsdwaling bij onrechtmatige daad", WPNR, 2692-93, *Verzamelde geschriften IV*, p. 199; MEIJERS, „De betekenis der elementen 'waarschijnlijkheid' en 'schuld' voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad", WPNR, 3445, *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen III*, p. 222. Daartegen echter VAN DER GRINTEN, RM, 1940, p. 423.

Risico

Nadat is vastgesteld dat de rechtsdwaling niet aan schuld van de dwalende is te wijten en dus verschoonbaar is, moet nog de vraag worden beantwoord of zij niet toch voor rekening van de dwalende behoort te blijven. De wet schrijft die toets uitdrukkelijk voor bij dwaling bij het aangaan van overeenkomsten (art. 6:228 lid 2 BW: De vernietiging kan niet worden gegrond op een dwaling die..... in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening van de dwalende behoort te blijven), bij wanprestatie (art. 6:75BW: Een tekortkoming kan de schuldenaar worden toegerekend, indien zij niet te wijten is aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt) en bij onrechtmatige daad (art. 6:162 lid 3 BW: Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt). Deze wetsbepalingen zijn naar mijn mening de uitdrukking van een meer algemene regel dat dwaling, inclusief de rechtsdwaling, ook buiten het terrein van deze wetsbepalingen soms voor rekening van de dwalende behoort te blijven. De wet kent aan dwaling met betrekking tot de bevoegdheid van een ander, via de bescherming van de goede trouw, in een aantal gevallen uitdrukkelijk verschonende werking toe(42). In andere gevallen van dwaling, inclusief rechtsdwaling, ontbreekt een wettelijke regeling. De vraag of en wanneer verschoonbare rechtsdwaling dan voor rekening van de dwalende behoort te blijven, is dan open. Beslissend zijn dan enerzijds verkeersopvattingen, anderzijds de aard van de rechtsverhouding waarin het beroep op rechtsdwaling wordt gedaan. De vaststelling door de rechter wat de verkeersopvattingen met betrekking tot het risico van rechtsdwaling inhouden, is uiterst moeilijk. Ik acht aannemelijk dat daarover bij de grote meerderheid van de bevolking geen duidelijke opvatting leeft. Geconfronteerd met de vraag zal het antwoord waarschijnlijk afhangen van de situatie die men zich voorstelt en van de rol die men daarin speelt. Wanneer men zich voorstelt dat men zelf in rechtsdwaling verkeerde, zal men eerder geneigd zijn te vinden dat de dwaling niet behoort te worden toegerekend, dan wanneer men zich voorstelt dat de ander in dwaling verkeerde. Een objectieve vaststelling van wat de verkeersopvattingen op het stuk van het risico van rechtsdwa-

(42) Zo bijvoorbeeld in art. 1:88, 3:85 en 3:88 BW.

ling inhouden, lijkt dan ook niet goed mogelijk en in ieder geval praktisch bezwaarlijk. Dat betekent dat de rechter zelf moet zeggen wat de verkeersopvattingen inhouden. Bij zijn oordeel zal de rechter te rade gaan bij wat kan worden afgeleid uit recente wetgeving, rechtspraak en literatuur. Waarschijnlijk zullen dan twee algemene tendenzen in de ontwikkeling van ons recht op zijn oordeel van invloed zijn.

De eerste is de tendens om in toenemende mate ook buiten schuld aansprakelijkheid voor schade aan te nemen, zoals die tendens tot uiting is gebracht in de hercodificatie van ons recht op het stuk van de onrechtmatige daad(43). Zoals uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt, heeft de wetgever de uitbreiding van risicoaansprakelijkheid ten koste van de schuldaansprakelijkheid niet bezwaarlijk geacht, omdat men zich tegen die aansprakelijkheid kan verzekeren en dergelijke verzekeringen ook gebruikelijk zijn. Waar dat tot hoogst onbillijke resultaten zou leiden, blijft nog de mogelijkheid voor de rechter om krachtens art. 6:109 BW de aansprakelijkheid te matigen. Ik zou dan ook menen, dat voor de vraag of schade die in rechtsdwaling onrechtmatig is toegebracht, er veel voor te zeggen is dat zij in beginsel voor rekening van de schadetoebrenger moet komen.

Buiten het terrein van de schadetoebrenging, zoals bij de mogelijkheid tot vernietiging van een in rechtsdwaling gesloten overeenkomst en bij de verkrijging van bezit al dan niet te goeder trouw, is de kwestie dan nog open.

Een tweede opmerkelijke tendens waarop ik wil wijzen, betreft het relationele aspect van de dwaling. Of de rechtsdwaling verschoonbaar is en of zij voor rekening van de dwalende behoort te blijven, hangt in sterke mate af van de rechtsverhouding waarin het beroep op rechtsdwaling wordt gedaan. Dat is niet alleen de aard van die rechtsverhouding (contract, onrechtmatige daad, zakelijk recht), maar ook de maatschappelijke positie van partijen. In het nieuwe BW, maar ook reeds in de rechtspraak is een ontwikkeling gaande waarin de beroeps- of bedrijfsmatig handelende (rechts)persoon in zijn relatie tot de gewone burger aanzienlijk strenger wordt bejegend

(43) Zie de artikelen 6:165 (geestelijke of lichamelijke tekortkoming is geen beletsel voor toerekening), 6:169 (ouders zijn risicoaansprakelijk voor schade veroorzaakt door kinderen onder 14 jaar), 6:172 (vertegenwoordigde is risicoaansprakelijk voor onrechtmatige daad van vertegenwoordiger), 6:173 (bezitter is risicoaansprakelijk voor schade veroorzaakt door gebrekkige zaak), 6:179 (bezitter is risicoaansprakelijk voor schade veroorzaakt door dier).

dan particulieren onderling(44) De strengste maatstaf wordt aangelegd aan de overheid in haar verkeer met de onderdanen. Dat zou kunnen meebrengen, dat aan de overheid, maar ook aan (grote) ondernemingen een bevrijdend beroep op rechtsdwaling wordt ontzegd, waar het zou worden gehonoreerd, indien een burger daarop een beroep zou doen(45).

Voorshands staat niet vast of een burger of een privaatrechtelijke rechtspersoon tegenover de overheid met succes een beroep op rechtsdwaling zou kunnen doen. A fortiori staat niet vast of en in welke gevallen particulieren onderling en privaatrechtelijke rechtspersonen onderling met succes een beroep op rechtsdwaling kunnen doen. Mijn taxatie is dat het beroep op rechtsdwaling in het algemeen niet gunstig wordt ontvangen en te ongunstiger naarmate degene die het beroep doet een hogere maatschappelijke positie of een sterkere marktpositie inneemt. Het gaat bij de honorering van een beroep op rechtsdwaling niet alleen om de eisen die gesteld worden aan de rechtskennis van de deelnemers aan het maatschappelijk verkeer en om de eisen die aan hen mogen worden gesteld om die te verwerven, maar vooral om de vraag of zij het risico moeten dragen van een gebrekkige kennis van wat het objectieve recht inhoudt.

(44) Te wijzen valt op de verschillende regelingen ter bescherming van particulieren in het rechtsverkeer met professionele wederpartijen, zoals de regeling van de Algemene Voorwaarden (art. 6:231 — 247), de consumentenkoop in titel 7.1 en bijvoorbeeld de bijzondere bepalingen ter bescherming van de particuliere borg in titel 7.14.

(45) Een voorbeeld is HR, 19 februari 1960, NJ, 1960, 473, waarin het hof een beroep op rechtsdwaling met betrekking tot de geldigheid van een optiecontract ontzegde, omdat aan partijen als grote maatschappijen, op het gebied van inzicht in maatschappelijke rechten een hoge maatstaf mag worden aangelegd. De Hoge Raad verwierp het tegen dit oordeel aangevoerde middel.

SOMMAIRE

L'ERREUR DE DROIT

La NBW ou nouveau Code civil de 1992 aux Pays-Bas ne contient pas de dispositions expresses sur l'erreur de droit, cette notion étant cependant bien connue des juristes.

L'erreur de droit joue un rôle, dans la formation des conventions, comme vice de consentement ouvrant le droit à l'annulation de la convention dans les mêmes cas que l'erreur sur les faits. Les cas d'erreurs donnant lieu à annulation, énumérés à l'article 6:228 BW, comprennent aussi l'erreur de droit. L'erreur n'entraîne cependant pas toujours le droit à l'annulation, même pas si elle rentre dans les cas visés à l'article 228, alinéa 1. L'alinéa 2 dispose, en effet, expressément que l'annulation ne peut être fondée sur une erreur portant sur la nature de la convention, les conceptions admises où les circonstances de la cause, les conséquences de cette erreur devant demeurer à charge de celui qui l'a commise.

Les dispositions de l'article 6:228 ont également leur importance pour les effets de l'erreur en d'autres domaines du droit privé.

Ainsi, l'erreur de droit joue également un rôle dans le droit des biens dans le cas où il a été disposé par erreur de biens. La loi protège jusqu'à un certain niveau l'acquéreur de bonne foi. Il en est de même en cas de paiement fait à une personne que le débiteur a prise de bonne foi pour le créancier, alors qu'en fait elle ne l'était pas. Le droit hollandais est enclin à considérer que l'acquéreur ou le bénéficiaire était de bonne foi s'il a été induit en erreur sans qu'il y ait faute de sa part. Dans pareils cas, la preuve du caractère excusable de l'erreur n'est pas soumise à des exigences rigoureuses, certainement quand il s'agit de particuliers.

En matière d'exécution défectueuse d'une prestation, l'erreur de droit ne joue pas un rôle important. Le fondement en est qu'en vertu d'une longue tradition, le débiteur n'est pas responsable de pareille exécution défectueuse s'il a été empêché des s'exécuter pour cause de force majeure. L'article 6:75 BW dispose à présent qu'un manquement ne peut être imputé au débiteur s'il n'est pas dû à sa faute, et ne peut être mis à sa charge en vertu de la loi, d'un acte juridique ou des conceptions en vigueur. L'exécution défectueuse résultant du fait qu'à la suite d'une erreur de droit, le débiteur croyait ne pas être tenu à prester ou à prester autant, est mise à son compte, même si l'erreur de droit ne peut lui être reprochée.

L'erreur de droit joue un rôle important dans la domaine de la responsabilité pour fait illicite. Est illicite la violation d'un droit de même qu'un acte ou une négligence contraire à une obligation légale ou à une convenance s'imposent dans la vie en société, en vertu d'une règle non écrite. L'auteur n'en est cependant pas responsable si le fait ne peut lui être reproché. Le fait peut être imputé à son auteur s'il est dû à sa faute ou à une cause qui peut lui être portée en compte en vertu de la loi ou des conceptions admises (art. 6:162 BW). Depuis 1986, la jurisprudence du *Hoge Raad* est établie en ce sens que les autorités publiques sont responsables de leur fait illicite si elles ont, par erreur, mal évalué leurs propres pouvoirs, même si la chose ne peut leur être reprochée. Cette jurisprudence se fonde sur la considération qu'il est plus équitable de mettre les conséquences de tels faits illicites à charge des autorités que de les laisser au compte du préjudicié innocent. Il n'est pas certain que le même raisonnement puisse également être suivi lorsqu'une grande société ou personne morale de droit privé invoque une erreur de droit excusable.

Deux tendances générales se dégagent nettement du droit des Pays-Bas. La première est l'extension des cas dans lesquels s'applique, sans faute, une responsabilité pour dommages causés à autrui, la seconde est que, dans une mesure croissante, la loi et la jurisprudence établissent une distinction dans l'application des normes juridiques selon qu'elles doivent s'appliquer à des particuliers, à des personnes morales ou aux autorités. Il pourrait en résulter que le moyen consistant à invoquer une erreur de droit sans plus rapidement admis pour des particuliers que pour des personnes morales ou pour les autorités.

ZUSAMMENFASSUNG

RECHTSIRRTUM

Das im Jahre 1992 neugefasste niederländische Zivilgesetzbuch enthält keine ausdrücklichen Bestimmungen über Rechtsirrtum. Der Begriff ist jedoch jedem Juristen geläufig.

Der Rechtsirrtum spielt eine Rolle beim Zustandekommen von Verträgen als ein Willensmangel der in denselben Fällen wie Tatsachenirrtum zur Anfechtung berechtigt. So umfassen die im Artikel 6:228 ZGB (neu) erwähnten Fälle in denen ein Vertrag wegen Irrtums anfechtbar ist, auch den Rechtsirrtum. Es soll jedoch beachtet werden, daß Irrtum nicht immer zur Anfechtung berechtigt, auch nicht wenn der Irrtum von der anderen Seite durch Verschulden verursacht wurde. Der zweite Ansatz des Artikels 6:228 bestimmt nämlich ausdrücklich, daß Anfechtung nicht möglich ist falls der Irrtum in Anbetracht der Natur des Vertrages, der Verkehrsauffassung oder der Umstände des Falles für das Risiko des Irrenden bleiben soll.

Die Bestimmungen des Artikels 6:228 BGB haben auch Bedeutung für die Rechtsfolgen von Irrtümern auf anderen Gebieten des Privatrechts.

So spielt Rechtsirrtum auch eine gewisse Rolle im Sachenrecht, falls Güter veräussert werden zu denen der Veräusserer oder der Erwerber nicht berechtigt war. Das Gesetz schützt in gewissem Maße den gutgläubigen Erwerber. Dasselbe Prinzip gilt im Falle der Zahlung an einen nichtberechtigten Gläubiger, falls der Schuldner ihn in gutem Glauben für den Gläubiger hielt. Das niederländische Recht neigt dazu den Erwerber oder Empfänger als gutgläubig anzumerken, falls er schuldlos im Recht irrte. In solchen Fällen werden an den Beweis der Schuldlosigkeit keine hohe Anforderungen gestellt, zumal wenn es sich um Privatpersonen handelt.

Auf dem Gebiet der Leistung von Vertragspflichten spielt Rechtsirrtum keine bedeutsame Rolle. Das hat seinen Grund darin daß der Schuldner altersher wegen Nichtleistung haftet, es sei denn daß er wegen höherer Gewalt ausserstande war die Leistung zu bewirken und deshalb die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat.

Artikel 6:75 bestimmt jetzt daß der Schuldner nicht haftet wegen Nichtleistung, falls er sie nicht auf Grund von Verschulden, Gesetz, Vertrag oder Verkehrsauffassung zu vertreten hat. Eine Nichtleistung die dadurch verursacht wurde daß der Schuldner rechtsirrtumlich glaubte nicht oder nicht in dem Umfange zur Leistung verpflichtet zu sein als er rechtlich ist, hat er im allgemeinen zu vertreten, auch wenn er nicht schuld daran war, daß er irrte.

Eine grosse Rolle spielt der Rechtsirrtum auf dem Gebiet der unerlaubten Handlung. Unerlaubt ist die Verletzung von Rechten, Gesetzespflichten und von unge-

schriebenen Pflichten die im gesellschaftlichem Verkehr zu erfüllen sind. Nicht haftet jedoch wer die unerlaubte Handlung rechtlich nicht zu vertreten hat. Rechtlich vertretbar sind unerlaubte Handlungen im Falle des Verschuldens, oder falls sie eine Ursache haben die der Täter kraft Gesetz oder Verkehrsauffassung zu vertreten hat (Artikel 6:162 ZGB). Seit 1986 hat der Hoge Raad (Reichsgericht) in ständiger Rechtsprechung festgehalten daß Verwaltungsbehörden aus unerlaubter Handlung haften, falls sie rechtsirrtumlich ihre eigenen Befügnisse fehl eingeschätzt haben, auch wenn der Rechtsirrtum nicht schuldhaft entstanden ist. Diese Entscheidungen wurden damit begründet, daß es billiger sei daß die Folgen der unerlaubten Handlung von der gesammten Gesellschaft zu tragen lassen, als sie dem unschuldigen Bürger aufzubürden. Vorerst ist unklar ob diese Argumentation auch zutrifft falls eine große Rechtsperson des Privatrechts sich auf schuldlosen Rechtsirrtum beruft.

Zwei allgemeine Tendenzen sind im modernen niederländischen Recht erkennbar. Erstere ist die Zunahme der Fälle der Schadenshaftung ohne Verschulden, die zweitens daß das Gesetz und die Rechtsprechung zunehmend unterscheiden je nachdem die Normen des Gesetztes auf Privatpersonen, Rechtspersonen oder auf die Verwaltung anzuwenden sind. Das würde bedeuten, daß der Einrede des Rechtsirrtums von Privatpersonen schneller statt zu geben wäre als der von Rechtspersonen und der Verwaltung. Die Einrede des Rechtsirrtums von Geschäftsleuten und Rechtsanwälten wird nur akzeptiert, falls sie auf Grund von ständiger Rechtsprechung und Schrifttum das Vertrauen hatten daß sie richtig über die Rechtslage informiert waren.

SUMMARY

ERROR IN LAW

The new Dutch Civil Code of 1992 contains no special provisions concerning error in law. The concept of error in law is, however, well known.

Error in law plays a role in the law concerning the formation of contracts and is treated as a ground for annulment on the same footing as error in fact. Thus, the specific grounds for annulment because of error spelled out in article 6:228 of the new Dutch Civil Code are also applicable in case the error is an error of law. It should be noted, however, that error is not always a ground for annulment, even if it is established that the error was due to the other party or was common to both parties, was substantial and did not relate to future circumstances. The second paragraph of article 6:228 expressly leaves open the possibility that error in view of the nature of the contract, the prevailing opinion or the circumstances of the case, should remain for the risk of the erring party.

Error in law also plays a part in the law of property, where goods are transferred by someone who by law is not entitled to do so, or are acquired by someone who is not entitled to them. The law to a certain extent protects the acquirer of the goods if he obtained possession in good faith. The same principle applies to payment of a debt to someone whom the debtor was entitled to regard as the creditor, although in law he was not. Dutch law tends to equate the acquisition of the goods or of the payment, in case of an excusable error in law, as possession or receipt in good faith.

In the field of non-performance of contractual obligations, no role of any importance is played by error in law. This is due to the rule that the debtor is liable for non-

performance except in cases of *force majeure*. If non-performance is due to an error in law concerning the existence or scope of contractual obligations, the consequences would be for the debtor, as no *force majeure* is involved. Art. 6:75 of the new Civil Code provides that the debtor is not liable, if he cannot be blamed for the non-performance nor, according to statute, contract or the prevailing opinion in the trade should bear the risk of his non-performance.

Error in law, however, plays an important role in the law of torts, The tortfeasor is liable in damages if the tort (the violation of a right or of a statutory duty or an act of negligence) can be imputed to him. The tort is imputable to him if it resulted from his fault or if under the prevailing opinion in society he should be answerable for it (Article 6:162). In case law since 1986 the Hoge Raad (Supreme Court) laid down the rule that national or local government should answer for torts committed by error in law, also if it could not be blamed for misinterpreting the law. The reason given was that the consequences of the tort should be borne by the community at large rather than by the innocent victim. It is as yet uncertain whether the same reasoning could apply in case the error in law was committed by a private person or by a corporation.

Two general tendencies with regard to modern Dutch law are discernable. The first is that liability without fault is steadily on the increase, the second that the law and the courts when applying rules of private law, apply them differently depending on the social position of the parties involved. Thus can be explained that the government cannot successfully rely on faultless error in law as a ground for non-liability in tort, where a private person could. Businessmen and professionals can only rely on error in law if they had very good reason to think that they had full and correct knowledge of the law, based on precedent and doctrine.

RESUMEN

ERROR DE DERECHO

Aunque el nuevo Código civil holandés de 1992 no contenga disposiciones explícitas acerca del error de derecho, el jurista holandés conoce bien esta noción.

El error de derecho desempeña un importante papel en la celebración de acuerdos como un vicio del consentimiento que produce la anulabilidad del acuerdo en los mismos casos como el error de hecho. Así, los supuestos mencionados en el art. 6:228 del C.c. en que el error produce la anulabilidad del acuerdo, estos supuestos también se refieren al error de derecho. Sin embargo, el error no siempre da derecho a la anulación, aunque sea en uno de los casos mencionados en el art. 228, párrafo 1, ya que el segundo párrafo determina explícitamente que la anulación no puede fundarse en un error que, en relación con la índole del convenio, las ideas vigentes en el tráfico económico-jurídico o las circunstancias del caso, debería haber sido conocido de la parte que incurre en error. Las disposiciones del art. 6:228 del C.c. también tienen gran significado para los efectos jurídicos del error en otros campos del derecho privado.

Así por ejemplo, el error de derecho también desempeña un papel en el derecho de cosas, si se ha dispuesto de unos bienes careciéndose de la oportuna autorización. La ley protege al adquirente de buena fe hasta cierto punto. Esto también es aplicable si el deudor ha pagado a una persona a la que consideraba, de buena fe, ser el acreedor,

pero que en realidad no lo era. El derecho holandés es propenso a considerar al adquirente o al consignatario como parte de buena fe, si se encontraba en una situación de error de derecho de la que no era responsable. En tales casos, las exigencias no son muy altas para ser disculpado de la obligación de declarar el error de derecho, sobre todo si se trata de personas privadas.

En el ámbito del incumplimiento, el error de derecho no desempeña un papel significativo. Esto encuentra su origen en el hecho de que, según una larga tradición, el deudor no era responsable por incumplimiento en el supuesto de verse impedido en el cumplimiento de lo concertado por causa de fuerza mayor. El art. 6:75 del C.c. estipula ahora que no se imputa al deudor un incumplimiento si éste no es culpa suya ni se le puede imputar en virtud de la ley, del acto jurídico o de las opiniones vigentes en el tráfico. Un incumplimiento causado por el hecho de que el deudor creía, por motivo de un error de derecho, no deber realizar íntegramente una prestación o no deber realizarla más que parcialmente, corre en principio a su cargo, incluso si no se le puede reprochar su error de derecho.

El error de derecho desempeña un papel importante en el ámbito del acto ilícito. Es contraria a derecho la violación de una norma jurídica y el obrar por acción u omisión de lo previsto en una obligación legal o a lo que conviene socialmente según el derecho no escrito. Pero el autor no es responsable si no se le puede imputar el acto. Se puede imputar el acto al autor si fue causado por culpa suya o por una causa que corre a su cargo en virtud de la ley o de los conceptos vigentes en las relaciones humanas (art. 6:162 C.c.). Desde 1986, es constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Países Bajos en el sentido que los órganos del Estado son responsables por un hecho ilícito si han apreciado mal sus propias competencias por error de derecho, incluso si no se les puede hacer ningún reproche por eso. Esta jurisprudencia se basa en la consideración de que es más justo imputar las consecuencias del hecho ilícito a la Administración pública que dejarlas correr a cargo de la parte perjudicada inocente. Por el momento, no está claro si también se puede seguir el mismo razonamiento en el caso de que una persona jurídica de derecho privado invoca el error de derecho excusable.

En el derecho holandés actual, se puede distinguir claramente entre dos tendencias generales. La primera es el incremento del número de casos en que existe una responsabilidad por daños no imputables, la segunda es que, en aplicación de normas jurídicas, la ley y la jurisprudencia distinguen cada vez con mayor claridad según que se deba aplicar el derecho positivo a personas físicas, personas jurídicas o la Administración pública. Esto podría implicar que un error de derecho invocado por una persona física se acepte con mayor facilidad que si lo hace de la misma manera una persona jurídica o la Administración pública.