

BIJDRAGEN

De oorzaak van de schenking en het probleem van de schenking tussen concubinerenden.

*Paul De Laet en Violaine Desmet
m.m.v. Hans Marteau*

Deze bijdrage probeert een schets te geven van de betekenis die het begrip "oorzaak" heeft, voornamelijk dan op het gebied van schenkingen en legaten.

Na het kort analyseren van deze term zelf spitsen we de aandacht vooral toe op de situatie waarin deze problematiek het meest ter sprake komt: de schenking tussen concubinerenden. Hierbij pogen we een overzicht te geven van wat — in grote lijnen — de huidige stand van zaken is. Vooral de houding van de rechterlijke macht ten aanzien van de concubinerenden treedt daarbij op de voorgrond.

L'objectif de cet article est d'examiner l'application de la théorie de la cause dans le domaine des donations et legs. Dans ce contexte, on est confronté avec la notion de la cause illicite, surtout appliquée dans les contestations concernant les donations entre concubins.

Cet article donne un aperçu général et essaie de résumer la position de la jurisprudence.

In this article we examine the scope of the theory of cause as applied in the field of donations.

Emphasis will be put on the notion of illicite cause and its relevance in regard to donations between concubines.

The preliminary presentation of the issue in general terms will be followed by an analytical study of some major court-decisions, which will allow us to define the boundaries of the legal framework within which the subject dealt with is divulged.

§ 1. ALGEMENE THEORIE VAN DE OORZAAK

A. Begrip.

1. De oorzaak is een van de vereisten die in het Belgisch recht gesteld worden voor de geldigheid van een verbintenis.

Artikel 1108 B.W. bepaalt de oorzaak als de vierde vereiste voor een geldige overeenkomst. In artikel 1131 B.W. wordt het begrip normaal gebruikt wanneer gesteld wordt dat een verbintenis aangegaan zonder oorzaak of uit een valse oorzaak of uit een ongeoorloofde oorzaak geen gevolg kan hebben. Bepaalde auteurs gaan ervan uit dat de wetgever in de twee artikelen twee verschillende betekenissen van de term oorzaak bedoelt (1). In ieder geval heeft het begrip oorzaak nogal wat inkt doen vloeien en is het op een bepaald ogenblik zelfs gekomen tot een polemiek tussen de zogenaamde causalisten en hun tegenvoetters de anticausalisten. 2. Hier kan men het onderscheid plaatsen dat gemaakt wordt tussen de interne en de externe oorzaak (2).

De interne oorzaak duidt op de interne verhouding tussen de wederzijds aangegane verbintenissen bij wederkerige overeenkomsten, het do ut des, een intern evenwicht dat de reden vormt voor het aangaan van de verbintenissen. Dit begrip staat dus borg voor de nuttigheid van de rechtshandeling voor beide partijen.

De externe oorzaak daarentegen zijn de achterliggende beweegredenen die de partijen tot het sluiten van de overeenkomst hebben aangezet. Alleen hierom gaat het wanneer men het heeft over een ongeoorloofde oorzaak zoals verboden wordt in artikel 1131 B.W.. In artikel 1108 B.W. gaat het alleen om de interne oorzaak, de oorzaak *stricto sensu*.

Hierin ligt een bron van verwarring en ook een grond voor de twist in de rechtsleer (cfr. *infra*).

B. Oorzaakstheorieën.

3. Over het nut en de nutteloosheid van het begrip oorzaak is veel betwisting geweest. De visie hierop is in de loop der jaren gewijzigd en heeft geleid tot een verdeeldheid onder de auteurs tussen causalisten en anticausalisten. Deze harde tegenstellingen bestaan nu niet meer. Men is gekomen tot een derde benadering die bijna algemeen aanvaard wordt. Ook kan worden aangetoond dat de rechtspraak zich nooit erg veel heeft aange trokken van deze polemiek en er altijd een eigen visie op na heeft gehouden.

(1) VAN GERVEN W., *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, algemeen deel*, Antwerpen, Standaard, 1973, 326; DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1964, 473.

(2) o.a. VAN GERVEN, W., o.c., 341; DE PAGE, H., o.c., 475.

Bij beide auteurs wordt dit onderscheid uitgebreider behandeld dan hier nodig lijkt.

1. De klassieke theorie.

4. De klassieke theorie in verband met de oorzaak wordt die der causalisten genoemd (3). Zij beschouwen alleen de intrinsieke oorzaak als belangrijk. Zij nemen de oorzaak als een objectief begrip, het uiterlijk aspect van de reden van bestaan van een verbintenis. Positief omschreven zien zij de oorzaak als het direkte doel dat de contractant ertoe bracht zich te verbinden, zoals bijvoorbeeld bij een wederkerig contract de verwachte tegenprestatie, geld in ruil voor het verkochte goed bij een verkoop. Negatief benaderd staat de oorzaak buiten elk verder onderzoek naar de diepere redenen die iemand ertoe gebracht kunnen hebben zich te verbinden (4). Deze zijn subjectief en vereisen een diepgaand psychologisch onderzoek waarmee men de rechter niet kan belasten. De oorzaak is als juridisch begrip op deze manier bekeken het tegengestelde van de motieven, die dus aan het recht ontsnappen.

Hieruit volgt dat deze onmiddellijke en direkte oorzaak per definitie voor elk specifiek type van contract altijd dezelfde is.

De klassieke theorie verschaft zodoende een vaste lijst van oorzaken voor alle verbintenissen. Men kan onderscheiden aanbrengeen tussen de verbintenissen ten bezwarende titel en deze om niet.

a. Handelingen ten bezwarende titel.

5. Hier verbinden de partijen zich omwille van het voordeel dat hen verschaft wordt of zal worden. Het schoolvoorbeeld is de wederkerige overeenkomst, maar de definitie gaat ook op voor andere verbintenissen ten bezwarende titel. De oorzaak van de verbintenis bestaat precies uit dit voordeel.

b. Handelingen om niet.

6. Volgens de klassieke theorie zijn deze handelingen gekenmerkt door een "animus donandi", of meer in het algemeen een welwillende bedoeling. Hierbij gaat het niet alleen om schenkingen maar om alle prestaties waarvoor men geen tegenprestaties verwacht, zonder dat dus een evenwicht nodig geacht wordt.

Het lijkt er echter sterk op dat causalisten het theoretisch gezien nodig vonden ook voor deze categorie van handelingen een oorzaak te vinden die objectief was. Het leidt immers tot vreemde situaties als men aanneemt dat

(3) Enkele van de voornaamste causalistisch denkende auteurs zijn CAPITANT, H., *De la cause dans les obligations*, Paris, Dalloz, 1923, 112; JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris, Dalloz, 1928, 114; POTHIER R.J., *Traité des obligations*, Langlet, Bruxelles, I.

(4) *Jurisclasseur civil*, 967-1100, 12

de oorzaak hier bestaat uit de afwezigheid van een gewilde tegenprestatie, kortweg de vrijgeveige bedoeling (cfr. infra).

7. Uit dit alles kunnen we de kenmerken van het oorzaaksbegrip volgens de causalisten halen (5). Het zal blijken dat deze kenmerken totaal tegenover de moderne opvatting hieromtrent staan.

De oorzaak is ofwel abstract, ofwel objectief, ofwel economisch.

Men ziet dat er op deze manier weinig mogelijkheid openblijft voor een toetsing aan het criterium van de geoorloofdheid.

Hiervoor heeft men een andere definitie van het begrip oorzaak nodig.

2. De anticausalisten.

8. Reeds vanaf het ontstaan van de causalistische theorie zijn er stemmen opgegaan die de klassieke opvatting verweten foutief en nutteloos te zijn, zelfs misleidend (6).

De anticausalistische kritiek kan als volgt worden samengevat:

a. Handelingen ten bezwarende titel.

9. Bij de wederkerige contracten kunnen twee verbintenissen niet op hetzelfde moment elkaars oorzaak en gevolg zijn, dus is de theorie foutief. Ook is het zo dat, als de oorzaak van de ene verbintenis de verbintenis van de andere partij is, dit dus samenvalt met het voorwerp van deze verbintenis, en het begrip oorzaak aldus nutteloos is.

Bij de zakelijke contracten kan men de overhandiging van de zaak niet als oorzaak bestempelen, omdat het contract zonder deze afgifte niet kan bestaan, en er dan ook geen voorwerp van verbintenis zou zijn.

b. Handelingen om niet.

10. Vooral bij de schenkingen is het tekortschieten van de klassieke theorie opvallend. Het is inderdaad onzin te zeggen dat de vrijgeveige bedoeling, een essentiële kentering van een schenking, de oorzaak zou zijn. Nutteloos is het begrip ook, omdat de vrijgeveige bedoeling eigenlijk niets anders is dan de toestemming. Maar het grootste bezwaar is dat met de klassieke visie een schenking nooit ongeoorloofd of immoreel zou kunnen zijn (7)!

(5) Jurisclasseur civil, ibidem, 20.

(6) PLANIOL, M., *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, Librairie générale de droit et jurisprudence, 1918; BAUDRY-LACANTINERIE, G., et BARDE, L., *Traité théorique et pratique de droit civil des obligations*, Paris, Larose et Tenin, 1908; LAURENT, F., *Principes de droit civil*, Bruxelles, Bruylant, 1978; DABIN, J., *La théorie de la cause*, Bruxelles, Van Fleteren, 1919.

(7) DABIN, J., noot onder Cass., 31 oktober 1952, R.C.J.B., 1953, 11.

De vrijgeveige bedoeling kan op zichzelf gezien nooit ongeoorloofd of immoreel zijn. Dit kan alleen maar voor de diepere motieven, die buiten bereik van de rechterlijke interpretatie worden gehouden.

3. *Moderne theorie : de subjectieve oorzaak.*

11. De polemiek tussen de causalisten en de anticausalisten is uitgedoofd. In plaats daarvan is men tot een derde theorie gekomen die een uitbreiding is van de klassieke theorie. Aldus blijft de oorzaak een belangrijke functie vervullen in ons recht. De meerderheid van de rechtsleer heeft de noodzaak erkend van een subjectieve controle van de geoorloofdheid en de moraliteit van de verbintenissen en heeft daarmee ook de subjectieve betekenis van het oorzaaksbegrip geaccepteerd (8).

12. Samengevat zou men dus kunnen zeggen dat men de verworven kennis van de klassieke theorie heeft behouden, maar er een subjectieve dimensie heeft aan toegevoegd. De oorzaak die eerst die van de verbintenis was, is nu ook die van het contract geworden. De nieuwe notie blijkt op alle punten precies de tegenovergestelde te zijn van de klassieke visie.

Kenmerken van de subjectieve oorzaak :

13. Het gaat om het waarom van de juridische handeling met het oog op de bedoeling van de partijen samen, de gemeenschappelijke drijfveer. Op deze manier gedefinieerd is de oorzaak van het contract concreet, subjectief en moreel.

14. De oorzaak op deze manier gedefinieerd laat een toetsing toe aan de wet en de goede zeden, en is dus bedoeld om het algemeen belang te beschermen, en niet meer dat van één van de contractanten.

15. Vanzelfsprekend wordt bij schenkingen en legaten niet vereist dat de beweegreden gemeenschappelijk is aan beide partijen. Daar neemt men genoegen met de bedoeling van de gever, en wordt niet vereist dat de begunstigde op de hoogte is van de motivatie.

C. *Houding van de rechtspraak.*

16. De rechtspraak heeft zich nooit gestoord aan de oude papieren twist tussen de causalisten en de anticausalisten (9). Zij heeft zich altijd het recht toegeëigend de achterliggende drijfveren in de beoordeling te betrekken. Hiermee heeft men vanaf het begin het begrip oorzaak een meer ingrijpende betekenis gegeven dan in de causalistische theorie juist geacht werd. Dit

(8) Vergelijk daarmee de eigen theorie van prof. VAN GERVEN, die min of meer aansluit bij de moderne theorieën: *o.c.*

(9) DABIN, J., *o.c.*, 10.

was noodzakelijk, omdat anders bijna elke rechtshandeling onbereikbaar was voor de controle en de sanctie van artikel 1133 B.W.. Dit is hierboven al uitvoerig uiteengezet (10).

17. Vooral op het gebied van de rechtshandelingen om niet heeft men altijd rekening gehouden met de achterliggende motieven, alhoewel men er zich niet van onthield de handelingen ten bezwarende titel op dit vlak ook onder de loupe te nemen.

18. In de meeste gevallen controleert men de motieven zelfs zonder enige verwijzing naar het begrip oorzaak (11). In alle arresten die hierna geciteerd zullen worden in het kader van de schenkingen en legaten tussen concubinerenden gaat het direct om het concubinaat. Alhoewel dit een motief is, wordt er vaak niets gezegd over de oorzaak als juridische kapstok.

D. Gebreken aan de oorzaak.

19. Van alle mogelijke gebreken aan de oorzaak zoals de valse of de afwezige oorzaak blijft in dit verband de ongeoorloofde oorzaak het meest interessant om te bespreken.

20. De oorzaak is ongeoorloofd wanneer ze strijdig is met de wet, of met de openbare orde en de goede zeden. Artikel 6 B.W. verbiedt door bijzondere overeenkomsten af te wijken van de wetten die de openbare orde en de goede zeden aanbelangen (wat precies de inhoud van deze twee begrippen is, zal later uitgewerkt worden.).

Blijkt echter dat veel overeenkomsten hier niet onder vallen.

Daarin komt artikel 1131 B.W. de rechter goed te pas om alsnog een oogje in het zeil te kunnen houden. De oorzaaksvereiste die in dit artikel gesteld wordt betreft alleen de extrinsieke oorzaak. Hier blijkt immers, dat de klassieke oorzaakstheorie geen houvast biedt, volgens welke de meeste handelingen een geoorloofde oorzaak blijken te hebben. Het gaat hier dus wel degelijk om de bedoelingen van de partijen, de dieperliggende motieven. In vele gevallen wordt er zelfs niet meer gesproken over de oorzaak, maar verklaart men gewoon dat de handeling, de overeenkomst nietig is omdat die in strijd is met de openbare orde en of de goede zeden. Deze principes worden op alle handelingen toegepast, zowel op die ten bezwarende titel als op die om niet.

21. Het cassatiearrest van 14 mei 1903 (12), waar het toevallig ging over een schenking, maar dat algemeen geldend is heeft de huidige doctrine bepaald. Het zegt: "Het komt de rechter toe de oorzaak van een schenking na te gaan en die ongeoorloofd te verklaren als ze in strijd blijkt te zijn met

(10) DABIN, J., *o.c.*, 7 e.v..

(11) DABIN, J., *o.c.*, 10.

(12) Cass., 14 mei 1903, *Pas.*, 1903, I, 216.

de goede zeden. Hierbij moet hij ook nagaan of het immorele feit wel degelijk de doorslaggevende motivatie ervan is geweest, ofwel een accessoir motief”.

22. In dit verband bestaat er nog een facet waarover er geen eensgezindheid bestaat. De vraag is in welke mate het ongeoorloofde motief gemeenschappelijk moet zijn aan de beide partijen. Het lijkt er op dat het voor de contracten om niet voldoende is dat één van de partijen een doorslaggevend motief heeft om de handeling nietig te verklaren. Zelfs als de andere partij nergens van op de hoogte is. Dit in tegenstelling met de contracten ten bezwarende titel. In deze gevallen gaat men ervan uit dat het onjuist zou zijn de nietsvermoedende partij het slachtoffer te laten worden van de nietigverklaring. Te meer omdat dit zelfs door de partij die de ongeoorloofdheid veroorzaakt heeft ingeroepen kan worden.

Precies hier beginnen de meningen uiteen te lopen. Er worden allerlei onderscheiden gemaakt, maar ze blijven allemaal nogal theoretisch.

§ 2. ONGEOORLOOFD: IN STRIJD MET DE OPENBARE ORDE EN DE GOEDE ZEDEN

A. De relatie openbare orde - goede zeden en hun veranderlijkheid.

23. De wetgever van 1804 heeft de twee begrippen gezamenlijk vermeld. Hierdoor waren sommige auteurs ervan overtuigd dat deze twee dezelfde lading dekten, of elkaar zodanig overlaptten dat een van de twee overbodig was. De meerderheid van de auteurs vindt echter dat de twee begrippen duidelijk uit elkaar moeten worden gehouden (13).

24. De meerderheid is het er ook over eens dat men het begrip openbare orde niet mag gelijkschakelen met de notie “dwingend recht”.

Niet alle dwingende wetten zijn noodzakelijk van openbare orde, maar het is wel zo dat alle wetten van openbare orde dwingend zijn. Het belang van dit laatste blijkt vooral wanneer we het zullen hebben over het overspelige concubinaat (cfr. infra).

25. Zowel de rechtsleer als de rechtspraak zijn het er over eens dat beide begrippen op twee vlakken kunnen evolueren, en dus in die zin relatieve begrippen zijn. De inhoud ervan varieert zowel geografisch als doorheen de tijd.

(13) GANSHOF VAN DER MEERSCH, W., “L'ordre public et les droits de l'homme”, *J.T.*, 1968, 28; LAURENT, F., *o.c.*, 82; DE PAGE, H., *o.c.*, nrs. 90 e.v.; FARJAT, “Ordre public et bonnes moeurs”, *Jur. civil*, art. 6 c.c.

B. Criteria.

26. Er bestaat een enorme verscheidenheid aan abstracte definities van wat de openbare orde precies inhoudt. Het past hier niet ze allemaal op te sommen en ze te bespreken. Het belang van deze algemene en abstracte definities is dat ze de elementen geven die de rechter als richtlijn kunnen dienen om te bepalen of een rechtshandeling of een situatie in overeenstemming is met de openbare orde en de goede zeden.

§ 3. TOEPASSING: SCHENKING TUSSEN CONCUBINERENDEN

A. Oorzaak in dit verband.

27. Wat hier precies onder oorzaak moet worden verstaan wordt bepaald in het cassatiearrest van 23 juni 1977 (14); Men neemt aan dat, om een schenking tussen twee mensen die een buitenhuwelijkse seksuele relatie hebben, nietig te verklaren, het voldoende maar noodzakelijk is dat één van de determinerende motieven "het doen ontstaan, instandhouden of belonen van die relatie" is. Hiermee wordt de rechtspraak vanaf 1953 bevestigd. Deze formule komt bijna in alle arresten voor (15).

28. Door de vaagheid van de formulering is het echter een probleem de juiste draagwijdte ervan te bepalen. Hiervan heeft de rechtspraak gebruik gemaakt om repressief op te treden tegen concubinerenden (16). Immers, ondanks de bepaling in de wet dat concubinerenden in principe volledig bekwaam zijn om te schenken of om elke andere rechtshandeling te stellen, brengt de rechtspraak door een ruime interpretatie van de formule, dit principe in het gedrang.

29. Ter verduidelijking: het is zeer waarschijnlijk dat, wanneer er een situatie van concubinaat bestaat, deze feitelijke toestand een rol zal spelen in de handelingen van de betrokken personen.

Het is bijna onmogelijk dat de animus donandi totaal los zal staan van de relatie. Dit is precies hetzelfde voor gehuwde personen, waar het feit dat ze gehuwd zijn ook mede bepalend is voor vele handelingen. Wanneer de rechtbanken de formule in verband met het concubinaat ruim toepassen, vallen bijna alle handelingen tussen twee samenlevenden onder de kwalificatie van ongeoorloofdheid. Op deze manier zou de oude onbekwaamheid

(14) Cass., 23 juni 1977, *R. W.*, 1977-'78, 1996.

(15) Cass., 5 februari 1970, *Pas.*, 1970, I, 484; Gent, 9 januari 1981, *R. W.*, 1980-'81, 2079; Antwerpen, 23 oktober 1979, *R. W.*, 1980-'81, 211; Brussel, 7 december 1976, *Rec. Gen. Enr. Not.*, 1978, 22187; Luik, 2 november 1973, *Jur. Liège*, 1973-'74, 298.

(16) Immers het komt aan de rechter toe om ieder concreet geval soeverein te beoordelen; vb. Luik, 29 juni 1973, *Jur. Liège*, 1973-'74, 10; Cass., 23 juni 1977, *R. W.*, 1977-'78, 1996; Cass., 14 mei 1903, *Pas.*, 1903, I, 216; Cass., 13 november 1953, *Pas.*, 1954, I, 190; Cass., 19 januari 1968, *J. T.*, 1968, 204.

van concubinerenden, die uit de wet is verwijderd, door de rechtspraak weer worden ingevoerd.

Door een omweg te maken via artikel 6 en artikel 1133 B.W., clause van openbare en goede zeden, zou een feitelijke onbekwaamheid van concubinerenden ontstaan: een bijkomende en vergaande beperking die door een groot deel van de rechtspraak en een deel van de rechtsleer als juist wordt aangevoeld omdat het concubinaat door hen geacht wordt in te druisen tegen de goede zeden.

30. Vandaar het grote belang van een juiste benadering van de formule "doen ontstaan, instandhouden of belonen van een buitenhuwelijkse seksuele relatie".

B. Draagwijdte van de formule "doen ontstaan..."

Twee tegengestelde theorieën worden hieromtrent verdedigd:

31. De eerste is algemeen erkend in de rechtspraak en verdedigd in een groot deel van de rechtsleer (17). Zij benadert het begrip uitgebreider. Niet alleen het belonen van immorele relaties is ongeoorloofd, maar ook het aanmoedigen en onderhouden ervan.

32. Dabin vat als volgt zijn visie samen: om te kunnen zeggen dat een schenking tussen concubinerenden in strijd is met de goede zeden, is het nodig, maar voldoende dat er in de gedachtegang van de gever een verband is tussen de schenking (of het legaat) en de ongeoorloofde relatie. Daarbij kan de band louter psychologisch zijn en hoeft ze niet gekend te zijn door de ontvangende partij. Maar het doel moet zijn geweest het doen ontstaan of het doen voortduren van de verhouding, of als het er na was, het belonen of het vergoeden ervan.

33. De tweede opvatting springt veel voorzichtiger om met de nietigheidsverklaring. Een rechtshandeling is alleen maar ongeoorloofd als het ongeoorloofde doel zo bepalend is dat het bijna het voorwerp ervan wordt. Het gaat hier dus om de situatie van de schenking die een handeltje wordt, een contract ten bezwarende titel, een prostitutieconcubinaat. De rechter die oordeelt over de grond van de zaak moet nagaan of het voorwerp van de overeenkomst het doen ontstaan, het instandhouden of het belonen van het concubinaat is.

Als dit zo blijkt te zijn, moet er nietigverklaard worden omdat de onderliggende handeling een contract ten bezwarende titel is met een voorwerp dat buiten de handel is, de menselijke persoon. Dit is de slotsom waartoe

(17) o.a. DABIN, J., noot onder Cass. 13 november 1953, *R.C.J.B.*, 1954, 7: "...que l'amour adultère, même désintéressé est immoral et antisocial".

Spilman (18) is gekomen, een mening waarvan De Page zegt er zich volledig mee te kunnen verzoenen. Alleen wanneer het gaat om een schenking die een pretium stupri is, is de schenking tussen concubinerenden ongeoorloofd. Hiermee bedoelt men dat de schenking een prijs vormt voor de koop van genegenheid en dus een contract ten bezwarende titel is die zich alleen voordoet als een schenking.

Een arrest van het Hof van Beroep van Luik van 27 april 1977 (19) schijnt zich hierbij aan te sluiten door te verklaren: "... de eiseres niet hoeft te pleiten dat het legaat een ongeoorloofde oorzaak heeft, maar alleen maar dat het contract een ongeoorloofd voorwerp heeft".

34. Maar eigenlijk gaat het niet om dit onderscheid. De tegenstrijdigheid van beide stellingen vloeit voort uit de verschillende definitie van het determinerend karakter van het ongeoorloofd motief. De verdedigers van de theorie van de handel-schenking zijn degene van de theorie van het overheersende motief. Als een motief zo doorslaggevend is dat het samenvalt met het voorwerp van de overeenkomst, is dat motief zeer zeker overheersend in hoofde van de partijen in verhouding met de andere drijfveren.

Deze theorie staat dan tegenover die van de pluraliteit van motieven van gelijk belang. Deze laatste theorie getuigt van een grotere vijandigheid jegens het concubinaat.

C. Determinerend motief.

1. Definitie.

35. Vóór het reeds geciteerde cassatiearrest van 13 november 1953 was de theorie gevoelig anders. Men ging er tot dan toe van uit dat men moest zoeken naar de overwegende oorzaak. Pas als deze enige oorzaak, het meest belangrijke motief dus, ongeoorloofd bleek, werd de rechtshandeling nietig verklaard. Deze regel is voor het eerst door Ripert geformuleerd. De beweegreden moest van die aard zijn dat de schenker de rechtshandeling niet zou gesteld hebben als die er niet geweest was. De bijkomende of accessoire motieven waren van geen belang. Tussen alle mogelijke motieven moest alleen die ene onder de loupe worden genomen die het meest determinerend was.

(18) SPILMAN R., *J.T.*, 1954, 168; VANQUICKENBORNE, M., en DEKKERS, R., *Examen de jurisprudence, R.C.J.B.*, 1975, 98-99; Brussel, 10 januari 1962, *J.T.*, 1963, 208; Luik, 29 juni 1973, *Jur. Liège*, 1972-'73, 10-13: "par la sanction de la nullité, il s'agit seulement d'empêcher un véritable commerce charnel du genre de celui qui se pratique dans les maisons closes et de stigmatiser des libéralités qui ne sont au fond que le prix d'achat de la personne humaine, celle-ci étant considérée par celui qui paie, comme un instrument de satisfactions charnelles égoïstes."

(19) Luik, 27 april 1977, *Jur. Liège*, 1977-'78, 89.

36. Hier ligt precies het punt waarop het arrest verandering invoerde. Vanaf dat arrest wordt aangenomen dat men te maken kan hebben met een pluraliteit van doorslaggevende motieven. Daar wordt dan bijgevoegd dat het volstaat dat één van die naast elkaar bestaande drijfveren ongeoorloofd is opdat de hele rechtshandeling nietigverklaard kan worden (20). Alhoewel dit arrest handelt over schenking tussen concubinerenden, heeft het principe een algemene draagwijdte. Deze nieuwe stellingname is opnieuw een uiting van de vijandige houding tegenover het concubinaat en van het verlangen op te komen tegen de geldigheid van schenkingen tussen concubinerenden (21).

37. Het komt er dus op neer dat de rechter na moet gaan of het betwiste ongeoorloofde motief aanwezig was, en als dit zo blijkt te zijn moet hij de rechtshandeling nietigverklaren. Precies omdat het arrest dit niet gedaan had is het verbroken door het Hof. Het is niet meer nodig dat het ongeoorloofde motief het enige doorslaggevende motief is als er ook nog andere doorslaggevende oorzaken zijn. Deze stellingname wordt door een deel van de rechtsleer betwist (22). "Het zou een onverantwoorde extrapolatie zijn van de equivalentie-leer die in de burgerrechtelijke aansprakelijkheid thuishoort; de rechter zou zo de gelegenheid krijgen om over te gaan tot een werkelijke moralisatie van iedere rechtshandeling" (23).

38. Het Hof geeft echter zelf geen uitleg over hoe en waarom het tot deze regel komt. Daarom heeft de rechtsleer geprobeerd deze leegte op te vullen.

39. Ripert en Boulanger doen een beroep op de equivalentietheorie zoals ze die vinden in het leerstuk van de burgerlijke aansprakelijkheid. Ook daar vindt men tussen alle antecedenten precies die ene die de hele zaak op de rekening van iemand heeft gezet: de fout.

40. Dabin is het hier niet mee eens. Hij maakt het onderscheid tussen een materiële causaliteit, zoals die van de aansprakelijkheid, en een psycholo-

(20) o.a.: Rb. Dinant, 30 juni 1960, *Jur. Liège*, 1960-'61, 76: "van het ogenblik dat een van de motieven is, het doen ontstaan, instandhouden of belonen van de schuldige relatie, is de gift nietig op voorwaarde dat dit motief de erfplater op een determinerende wijze heeft beïnvloed."; Brussel, 29 juni 1970, *Rev. Not.*, 1971, 63; Cass., 26 november 1970, *Pas.*, 1971, I, 273, verwoordt dit principe op een negatieve wijze: "Schenkingen of legaten tussen concubinerenden zijn niet nietig als ze geen determinerend ongeoorloofd motief hebben"; Brussel, 6 november 1974, *R. W.*, 1974-'75, 1260; Cass. 19 januari 1968, *R. W.*, 1967-'68, 1991.

(21) Brussel, 27 juni 1968, *J. T.*, 1968, 531: "elke akte die het concubinaat aanmoedigt is ongeoorloofd en strijdig met de goede zeden omdat ze een gevaar betekent voor het huwelijk". Remon ziet dit arrest van het Hof van Cassatie als de heropstanding van de oude zorg van de rechtspraak om de geldigheid van schenkingen te betwisten.

(22) KLUYSKENS, A., *Beginnelsen van het burgerlijk recht*, Antwerpen, Standaard, 1951, 103; DE PAGE, H., o.c., 463; Dillemans, R., *Overzicht van rechtstpraak 1961-1964*, T.P.R., 1956, 606-609.

(23) JEANMART, N., *Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage*, Bruxelles, Larcier, 1975, 40.

gische causaliteit, namelijk die van de ongeoorloofde oorzaak. Daarenboven vermeldt hij ook dat de hele theorie van de equivalente oorzaak tegenwoordig op losse schroeven is komen te staan. Men opteert nu eerder voor een meer verfijnde theorie, die van de adequate oorzaak: de echt beslissende oorzaak. Hij stelt zelf een andere verklaring van de gekozen oplossing voor. Een handeling kan volgens hem pas moreel geoorloofd zijn als er geen enkel spoor van immoraliteit in te vinden is, zelfs al zou dit maar een accessoir motief van de handeling zijn. Daarom is het a fortiori zo dat de rechtshandeling immoreel is als een van de doorslaggevende beweegredenen immoreel is. Er bestaat op dit gebied immers geen grijs, geen middenweg tussen moreel al of niet geoorloofd, wit of zwart. En nooit kunnen tien geoorloofde determinerende motieven één ongeoorloofd determinerend motief witwassen. Er kan hoogstens sprake zijn van een zekere gradatie van immoraliteit. Maar daar houdt het recht geen rekening mee. De oorzaak omvat het geheel van de doorslaggevende motieven. Om geoorloofd te zijn moeten dus *alle* determinerende drijfveren die de oorzaak vormen geoorloofd zijn (24).

41. Dabin moet wel toegeven dat het bepalen van wat nu precies de determinanten zijn, een moeilijke opgave is. "Avouons-le: dans le domaine psychologique surtout, les distinctions les plus limpides dans l'abstrait perdent, dans le concret, de leur belle clarté".

Hij vertrouwt hiervoor op het doorzicht en de levenswijsheid van de rechter.

42. Uit deze mogelijke achterliggende beweegredenen voor het bewuste arrest blijkt echter wel dat men aanneemt dat een handeling meerdere determinerende motieven kan hebben. De vraag is of deze visie wel klopt.

2. *Kritiek op het arrest.*

43. Precies het laatste punt, de conclusie als men wil, roept bij sommigen enige weerstand op. Jeanmart vindt het onverantwoord een rechtshandeling volledig nietig te verklaren als er slechts gedeeltelijk sprake is van een ongeoorloofde oorzaak. Ten eerste betwijfelt ze of de rechter de menselijke geest zo diep kan peilen dat het hoe en waarom van elke handeling duidelijk kan worden gemaakt, in de mate dat men precies weet hoeveel determinerende motieven er geweest zijn en dat die allemaal op hetzelfde niveau stonden van belangrijkheid. Ten tweede is er geen regel die in zulke gevallen een totale nietigheid verantwoordt. Waarom kan het niet zo zijn, pleit ze, dat een gedeeltelijke werking blijft bestaan? Ze haalt hier het voorbeeld aan van een schenking die gedaan wordt aan een concubine, gedeeltelijk als vergoeding voor de ellendige situatie waarin ze zit, om wat voor reden dan ook, en gedeeltelijk om haar gunsten te blijven genieten.

(24) DABIN, J., o.c., R.C.J.B., 1954, 20.

Er zijn beslissingen geweest die een gedeeltelijke geldigheid hebben toegelaten (25). Het bedrag moet dan aangepast worden aan de werkelijke vergoeding voor het geoorloofde gedeelte van de beschikking, terwijl alleen het ongeoorloofde stuk vervalt.

44. Ze pleit dus voor een herwaardering van de regel van het "overwegend" motief. De handeling zal pas dan nietig kunnen worden verklaard als bewezen wordt, dat precies het overwegende motief ongeoorloofd is. Eigenlijk is dit precies wat het hof van Brussel heeft gedaan, wanneer de bewuste zaak ernaar verwezen was (26) (27).

45. In feite komt deze theorie overeen met die van de *pretium stupri*, waarbij het eigenlijk gaat om het voorwerp van de handeling, waarmee de oorzaak samenvalt. Het arrest van het hof van beroep van Luik van 27 april 1977, reeds boven geciteerd, lijkt zich op het eerste zicht bij deze theorie aan te sluiten.

3. *Beoordeling.*

46. De voorkeur voor de ene of de andere theorie kan alleen maar verklaard worden als een positieve of negatieve houding ten opzichte van het concubinaat. De theorie van de pluraliteit van belangrijke motieven maakt het mogelijk bijna alle schenkingen tussen samenlevenden nietig te verklaren, omdat een gedeelte van de rechtspraak zo negatief staat jegens het concubinaat dat het bewijs daarvan alleen al genoeg is om de hele handeling te annuleren (cfr. *infra* bij het bewijs).

47. Het is immers veel gemakkelijker te bewijzen dat iemand meerdere motieven had en dat één van de belangrijkste ervan ongeoorloofd is, dan te moeten bewijzen dat er één motief het eigenlijke determinerende is, en dat het precies dit motief is dat ongeoorloofd is. Het hof van beroep van Luik laat in haar antwoord op het eerste middel de theorie van het ongeoorloofde voorwerp en de theorie van het overwegende motief samenvallen. Het lijkt een doorbraak te geven in die richting door te verklaren: "qu'il appartient aux cours et tribunaux de rechercher si les relations illicites ont été la cause impulsive et déterminante de ces libéralités" en "que le demandeur doit démontrer l'existence du mobile illicite et de son caractère déterminant" (cfr. *supra*).

48. Voor een aantal auteurs lijkt een terugkeer naar de rechtspraak van vóór 1953 wenselijk. Jeanmart besluit als volgt: om de geldigheid van een overeenkomst of een andere rechtshandeling te bepalen moet de rechter het nagestreefde doel onderzoeken. De handeling kan alleen maar nietig worden verklaard als het overwegend motief ongeoorloofd is. Volgens

(25) zo bijvoorbeeld Brussel, 12 juli 1910, *B.T.*, 1910, 1157.

(26) *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1957, 325.

(27) JEANMART, *N.*, *o.c.*, 49 e.v..

haar is er geen gevaar bij de toepassing van zo'n definitie dat het vervallen adagium "don de concubin à concubin ne vaut" wordt vervangen door "don de concubin à concubin vaut toujours". Er volgt alleen maar uit dat men erkent dat de personen die samenleven niet plots onbekwaam zijn. Het is slechts een erkenning van wat er in het burgerlijke wetboek te vinden is, zonder daar een waardeoordeel over te willen vellen (28).

§ 4. VOORBEELDEN UIT DE RECHTSPRAAK

A. Voorbeelden van schenkingen die in de meeste gevallen zullen worden nietig verklaard (29).

49. In de meeste arresten worden een aantal elementen teruggevonden, die meestal ter staving zullen dienen om tot de nietigverklaring van schenkingen tussen concubinerenden te besluiten :

1. Het overspelig karakter van de relatie.

50. Ook al gaat het om dezelfde feitelijke omstandigheden, zullen bepaalde rechters strenger optreden wanneer het gaat om een schenking of legaat tussen overspeligen, dan wanneer het gaat om een eenvoudig concubinaat. Deze vijandigheid wordt voornamelijk ingegeven door de behoefte om de wettige echtgenote en familie te beschermen. Wanneer de begunstigde samen opkomt met de echtgenote en de reservataire erfgenamen zal de rechter vlugger geneigd zijn de schenking nietig te verklaren dan wanneer de concubine alleen opkomt (30).

51. De vijandigheid tegenover overspel mag men echter niet veralgemenen. Vaak wordt, ondanks het overspelig karakter toch de eis tot nietigverklaring afgewezen vb. Antwerpen, 23 oktober 1979 (31): Het Hof van beroep is van oordeel dat het bewijs van het ongeoorloofd motief niet vol-

(28) Brussel, 6 november 1974, *R. W.*, 1974-'75: "Uit het enkele feit van een buitenhuwelijk samenwonen, volgt geen enkel wettelijk vermoeden van immoraliteit waardoor het feit dat de ene de andere bevoordeelt geraakt zou zijn. In principe blijft de algemeen bevoegdheid om te geven en te ontvangen van artikel 902 BW van kracht" Cass., 19 jan. 1968, *R. W.*, 1967-'68, 1991: "De schenkingen tussen een man en een vrouw, die niet gehuwd zijn maar toch seksuele betrekkingen hebben of hadden, zijn niet nietig door het feit alleen van hun relatie" Cass., 26 november 1970, *Pas.*, 1971, I, 273: "La Cour n'a cependant pas eu à se prononcer sur la licéité du concubinage, mais admet en matière de libéralité que la preuve du concubinage n'entraînait pas celle du caractère déterminant illicite".

(29) o.m. SPILMAN, R., *J.T.*, 1954, 168; JEANMART, N., *R.N.B.*, 1977, 310 e.v.; REMON, C., *Le concubinage, chronique de jurisprudence*, *Rev. Not.*, 1982, 497; JEANMART, N., *o.c.*, 116-135.

(30) o.m. Cass., 26 november 1970, *Pas.*, 1971, I, 273; Luik, 31 maart 1954, *Pas.*, 1955, II, 27, dat als principe stelt dat overspelige liefde immoreel is; in gelijkaardige zin: Bergen 4 januari 1982, *Rev. Not.*, 246.

(31) Antwerpen, 23 oktober 1979, *R. W.*, 1980-'81, 1.

doende is aangebracht omdat er ondanks de ongeoorloofde relatie, elementen zijn die het legaat kunnen rechtvaardigen. De afbakening tussen de feiten die de rechter zullen overtuigen, al dan niet ten gunste van de geldigheid van de schenkingen, is aan het evolueren (32).

2. *Het belonend karakter van de schenking tussen concubinerenden (al dan niet overspelig).*

Vb. Liège, 26 juni 1930 (33): uit de briefwisseling kan het belonend karakter van de schenking soms worden afgeleid; zo wanneer in een brief geklaagd wordt over de uitgaven of over het te gering aantal bezoeken van de partner.

52. Soms neigt dit belonend karakter eerder in de richting van een contract ten bezwarende titel (cfr. supra). Vele beslissingen doen dan ook beroep op de term "libéralité - marché" (34).

3. *Het grote leeftijdsverschil.*

53. Soms wordt dit element in overweging genomen om het oorzakelijk verband te rechtvaardigen tussen de schenking en het onderhouden van een relatie.

4. *De waarde, de belangrijkheid van de schenking.*

54. Een vermoeden van ongeoorlooftheid wordt vaak gevestigd wanneer het gaat om belangrijke schenkingen of legaten die, in vergelijking met de bewezen (geoorloofde) diensten, overdreven overkomen.

Zo voorbeeld: Gent, 14 nov. 1951 (35), waar het ging om een testament waar de concubine als algemeen legataris was aangesteld. En Brussel, 17 juni 1939 (36): Schenking van het vruchtgebruik van het huis waar de concubinerenden samen in leefden.

55. De vraag is wel wanneer de schenking buitensporig zal bevonden worden (37). De rechter zal hierover soeverein oordelen in elk concreet geval. Dit werd goed geformuleerd door het Hof van Brussel (38): "que ce n'est point l'importance plus ou moins grande du legs qui en constitue la licéité mais bien le mobile dans lequel il a été fait".

(32) Cass., 16 okt. 1956, R.P.N., 1957, 341; Brussel, 7 juli 1943, J.T. 1944, 41; Mons, 4 april 1955, Rec. Gén. Em. Not., 1957, 334.

(33) Luik, 26 juni 1930, Pas., 1981, II, 22.

(34) Zo vb. Cass., 6 januari 1964, J.C.P., 1964, IV, 26.

(35) Gent, 14 november 1951, Bull. Ass., 1952, 497.

(36) Brussel 17 juni 1939, Pas., 1941, III, 27.

(37) ESMIEN, P., J.C.P., 1959, II, 11305.

(38) Brussel, 8 maart 1972, Rev. dr. fam., 1972, 36.

5. *Het tijdstip waarop de intentie om te schenken tot uiting komt.*

56. Ook dit criterium kan gebruikt worden ter staving van de eis tot nietigverklaring.

Jeanmart acht dit criterium eigenlijk van weinig belang, omdat het zowel kan geïnterpreteerd worden ten gunste als tegen de geoorloofdheid van de schenking (39).

B. Voorbeelden van geldige schenkingen.

57. De meeste beslissingen nemen aan dat op het gebied van rechtshandelingen tussen concubinerenden de bewijslast op de eiser blijft rusten. Desondanks voelen velen zich geroepen op allerlei manieren te proberen te bewijzen dat de motivatie geoorloofd was. Het is toch voldoende vast te stellen dat de eiser niet op bevredigende wijze het bewijs heeft kunnen leveren van de ongeoorloofdheid van de rechtshandeling, of van het determinerend karakter van een eventueel niet zo zuiver motief.

Dankzij de moeite die vaak gedaan wordt om met alle middelen een gerechtvaardigd motief aan het licht te brengen, kan men in de rechtspraak een aantal schenkingsmotieven opgesomd vinden die over het algemeen geldig en moreel geacht worden.

1. *Een schenking kan een uiting van genegenheid zijn, wat op zichzelf een geoorloofd motief is.*

Een voorbeeld: Antwerpen, 2 maart 1964 (40): "dat van deze mensen - 65 j. en 54 j. - niet meer kan beweerd worden dat hartstocht en drift de drijfveren vormden van hun wederzijdse betrekkingen".

"... dat niet immoreel kan genoemd worden de steun en genegenheid die een alleenstaande man van 65 j. zoekt bij een vrouw van 54 j. ;

dat de psychische aanwezigheid van een vrouw noodzakelijk kan zijn voor het evenwicht van de man, en omgekeerd, zonder dat daarom hartstocht en drift een rol spelen".

58. Wanneer de determinerende drijfveer van de gift de wederzijdse genegenheid is, heeft de gift geen immoreel karakter (41).

(39) JEANMART, N., o.c., 130.

(40) Antwerpen, 2 maart 1964, R. W., 1963-'64, 1522; Zie ook: Brussel, 28 oktober 1971, *Rev. Not.*, 1973, 553; Brussel, 17 april 1969, *Pas.*, 1971, III, 152; Luik, 28 januari 1953, *Pas.*, 1953, II, 66; Luik, 1 oktober 1971, *Rev. Not.*, 1972, 26.

(41) DILLEMANS, R., *TPR*, 1970, 7: Het bestaan van het concubinaat moet zeker zijn; louter genegenheidsbanden hebben op zichzelf geen immoreel karakter; zie ook: CAENE-POEL, *J.T.*, 1970, 278.

2. *Schenkingen met het oog op het verbreken van de relatie of om dit te vergemakkelijken.*

59. Een aantal arresten beschouwen het ongedaan maken van een immorele situatie, als moreel. Het motief van de vrijgevigheid is onberispelijk als het bestaat in de wil om terug een moreel verantwoorde levenswijze aan te nemen (42).

Zo schrijft Dabin (43): "Le but est moral puisqu'il s'agit de revenir à la moralité, et le moyen n'est pas immoral; la morale ne condamnant point le recours à l'argent pour écarter l'obstacle, en l'espèce la résistance de la concubine, qui empêcherait le retour à l'ordre.

3. *De schenker heeft een gewetensplicht of bijstandsplicht willen voldoen of een materiële of morele schade willen vergoeden.*

60. De schenker wil zijn bijzit niet in een behoeftige toestand achterlaten of hij wil zorgen dat ze bestaanszekerheid heeft wanneer ze niet meer in staat zal zijn in haar eigen onderhoud te voorzien of hij wil haar een schadevergoeding toekennen.

Vb. Rb. Turnhout, 2 mei 1973 (44): waar het ging om het legaat van een huis, met de bedoeling om zo een zekere bestaanszekerheid te geven aan haar en het kind.

4. *Belonen voor eerder bewezen geoorloofde diensten.*

61. De schenker kan een vergoeding toekennen voor:

o.a. - de hulp in de huishouding (45)

- zorg en toewijding tijdens ziekte of wanneer de schenker in nood verkeerde (46)

- een professionele samenwerking zoals bijvoorbeeld een niet vergoede medewerking in een handelszaak (47)

(42) Rb. Charleroi, 8 april 1958, *Pas.*, 1961, III, 37; Luik, 31 maart 1954, *Pas.*, 1955, II, 27.

(43) DABIN, J., *R.C.J.B., o.c.*, 1954, 16.

(44) Rb. Turnhout, 2 mei 1973, *R.W.*, 1973-'74, 42-44.

(45) vb. Gent, 24 december 1953, *J.T.*, 1954, 171; Brussel, 7 juli 1943, *J.T.*, 1944, 41.

(46) Gent, 24 december 1953, *J.T.*, 1954, 171; Luik, 12 november 1959, *Jur. Liège*, 1959-1960, 138: waar de erflater een maand voor zijn overlijden, in zijn testament zijn concubine bevoordeelt wegens de verzorging gedurende twee jaren zware ziekte.

(47) vb. Luik, 7 november 1975, *Jur. Liège*, 1976, III, 107; Cass., 26 november 1970, *Pas.*, 1971, I, 273.

62. Deze motivatie onderstelt, zo beweren sommigen, dat de rechter het bestaan kan nagaan van de gepresteerde diensten en kan onderzoeken of die niet reeds vergoed waren in geld (48) of in natura (49).

63. Voor de geldigheid van de gift moet enkel onderzocht worden of die overwegingen het determinerend motief uitmaken; van de evenredigheid wordt hier geen toepassing gemaakt (50).

5. Eventueel kan het gematigd karakter van de schenking, samen met nog andere aanduidingen, erop wijzen dat de schenking zonder enige passionele beweegredenen is tot standgekomen.

Voorbeeld: Brussel, 7 december 1976 (51) waar de schenker duidelijk rekening houdt met de wettige belangen van de erfgenamen.

64. Een ander arrest van het Hof van Brussel (52) houdt er echter een andere mening op na: "l'importance relativement réduite de la libéralité par rapport à l'ensemble de la succession était sans influence sur son caractère licite et que seul était à prendre en considération le mobile qui avait inspiré le disposant".

65. Als conclusie bij deze voorbeelden kunnen we opmerken dat de rechtspraak vroeger streng optrad wanneer elementen zoals het grote leeftijdsverschil, het overspelig karakter van het concubinaat, aanwezig waren (53).

Sinds kort kunnen we echter een versoepeling vaststellen. Er is een tendens merkbaar die minder zwaar tilt aan dergelijke elementen en men zal redenen opgeven die de geldigheid aannemelijk maken (54).

Zo werd bijvoorbeeld een schenking tussen twee concubinerenden die reeds 15 jaren samenwoonden toch geldig verklaard, ondanks het grote leeftijdsverschil.

66. Toch merkt men op dat er nog een deel van de rechtspraak vasthoudt aan de opvatting dat de overspelige verhouding voldoende is als bewijs dat de gift een vergoeding uitmaakt voor de relatie. Zo beslist het Hof van beroep van Gent (55) dat de rechter in eerste aanleg ten onrechte "een

(48) Brussel, 22 februari 1956, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1957, 325.

(49) Luik, 12 juni 1948, *Rev. Prat. Soc.*, 1948, 287.

(50) Luik, 26 juli 1919, *Pas.*, 1919, II, 161; Brussel, 10 januari 1962, *Pas.*, 1963, 208.

(51) Brussel, 7 december 1977, *Rev. Not.*, 1977, 301 - 318.

(52) Brussel, 8 maart 1972, *Pas.*, 1972, II, 105.

(53) Zie HUBEAU, B., "Ongehuwd samenwonen", 1985, *Kluwer*, Antwerpen, 170-175.

(54) Cass., 5 februari 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 519; Brussel, 6 november 1974, *R. W.*, 1974-'75, 1260; vgl. Antwerpen, 23 oktober 1979, *R. W.*, 1980-'81, 211; Brussel, 7 december 1976, *Rev. Not.*, 1977, 300; Luik, 27 april 1977, *jur. Liège*, 1977-'78, 89; Bergen, 4 januari 1982, *Rev. Not. B.*, 1982, 246; Rb. Hasselt, 13 januari 1978, *R. W.*, 1977-'78, 2164.

(55) Arrest van het Hof van beroep van Gent van 9 januari 1981 tegen een vonnis van de rechtbank van Brugge, 19 maart 1978, *R. W.*, 1980-'81, 2079.

sexuele relatie die ongeoorloofd is tot verheven gevoelens had gesublimeerd”.

§ 5. GEVOLGEN VAN HET BEWIJS VAN EEN ONGEOORLOOFD DETERMINEREND MOTIEF

67. Wanneer duidelijk is dat de schenking een ongeoorloofde oorzaak heeft, is deze volstrekt nietig (56).

Hieruit volgt dat iedere belanghebbende de nietigheid mag inroepen; de nietigverklaring kan gedurende dertig jaren worden gevraagd, en wanneer de nietigheid wordt ingeroepen bij wijze van exceptie, kan deze termijn zelfs overschreden worden.

De nietigheid kan ambtshalve door de rechter ingeroepen worden en ze kan niet bevestigd worden (57).

68. Om na te gaan welke nu de gevolgen zijn van de nietigverklaring, moet een onderscheid gemaakt worden tussen de nietigverklaring op verzoek van een derde en deze gevraagd door één van de concubinerenden.

Wanneer een derde belanghebbende de nietigverklaring heeft gevorderd, zal de rechter de restitutie bevelen: het geschonken voorwerp of de waarde ervan zal moeten teruggegeven worden; het legaat zal geen uitwerking hebben.

Het is echter mogelijk dat één van de concubinerenden de nietigheid opwerpt.

Zo kan een van de partijen zich bedenken en restitutie vragen van prestaties gedaan in uitvoering van de ongeldige overeenkomst.

Anderzijds kan de schenker als verweer opwerpen dat hij zijn verbintenis niet moet uitvoeren vermits deze ontstaan is uit een ongeldige overeenkomst.

69. Kan een van de concubinerenden zich op zijn eigen immoraliteit beroepen om de nietigverklaring van de gift te vorderen en kan die de turpitudos als exceptie opwerpen om een aangegane verbintenis niet uit te voeren? Het antwoord op deze vraag is verschillend naargelang het al dan niet gaat om reeds uitgevoerde prestaties.

Zijn de beloofde prestaties nog niet uitgevoerd, zou men geneigd zijn het adagium “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” toe te passen. Dit adagium wordt echter meestal niet toegepast.

(56) Cass., 14 mei 1903, *Pas.*, 1903, I, 216.

(57) Brussel, 29 juni 1966, *R.W.*, 1966-'67, 654: In dit arrest ging het om een huwelijkscontract tussen (ex)concubinerenden, hierbij worden de vroegere schenkingen aan de concubine opgesomd als haar persoonlijke goederen. Het Hof ziet daarin geen nieuwe, zij het onrechtstreekse gift, maar de - ondoelmatige - bevestiging van een nietige schenking. Zie ook DILLEMANS, R., Overzicht van de rechtspraak 1965-'69, *T.P.R.*, 1970, 7.

De rechter neemt gewoon kennis van de turpitudó, zonder zich zelfs te bekommeren om "nemo auditur propriam turpitudinem allegans", wat de beperkte betekenis ervan aantoon(58).

70. Aan de verweerder wordt toch de exceptie toegekend die voortvloeit uit de nietigheid van een overeenkomst die strijdig is met de openbare orde en de goede zeden (59).

Dit vloeit voort uit art. 1131 B.W.: een overeenkomst met een ongeoorloofde oorzaak kan geen effect hebben. Geen nietigheid uitspreken zou aan dit artikel elk nut ontnemen (60).

71. Anders is het wanneer de gift reeds voltrokken is.

Hierbij wordt als algemeen principe voorgehouden, dat de meest adekwate sanctie de integrale restitutie is. De rechter kent geen gevolgen toe aan de overeenkomst en brengt partijen terug in de toestand alsof er nooit een overeenkomst heeft plaatsgevonden (61). Hiermee past hij gewoon de gevolgen toe die volgen uit de nietigheid van de akte.

Wanneer de nietigheid echter wordt uitgesproken wegens immorele of ongeoorloofde oorzaak, wordt deze oplossing niet volledig overgenomen.

Hier is namelijk de eventuele toepassing van "in pari causa turpitudinis cessat repetitio" aan de orde.

72. Sinds het cassatiearrest van 8 december 1966 (62) neemt men aan, ook in de rechtsleer (63), dat de rechter het adagium facultatief kan toepassen (64).

De rechter zal in ieder concreet geval moeten nagaan wat de beste oplossing is in functie van het algemeen belang.

Zo zal de rechter de restitutie-eis afwijzen in die gevallen waar dit ter bescherming van de maatschappelijke orde als noodzakelijk wordt beschouwd.

(58) vb. Bergen, 9 september 1975, *Rec. Gen. Enr. Not.*, 1978, 183: "la preuve par le vendeur que l'acte de vente d'une maison qui serait nulle en vertu des art. 1131, 1133 C.C. parce que l'un de ses mobiles déterminants a été de rémunérer un commerce immoral peut être établie par toutes voies de droit; l'adage "nemo auditur..." ne saurait faire échec à cette preuve".

(59) Cass., 19 mei 1961, *Pas.*, 1961, I, 1608; Cass., 19 januari 1953, *Pas.*, 1953, I, 356. Brussel, 28 mei 1958, *J.T.*, 1958, 566; Luik, 31 januari 1919, *Pas.*, 1919, III, 162.

(60) Uitzonderingen: vb. Luik, 28 november 1923, *Pas.*, 1924, III, 139; Brussel, 17 oktober 1930, *Pas.*, 1931, II, 31.

(61) cfr. art. 1235 B.W. of 1276 B.W.

(62) Cass. 8 december 1966, *R.W.*, 1967-'68, 397.

(63) o.a. Renauld, J., *Regimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 1876, 305-590.

(64) zie Brussel, 10 juli 1957, *J.T.*, 1958, 21; contra: Gent, 24 april 1961, *Not.*, 1961, 133.

Een arrest van Brussel, 17 maart 1970, *Pas.*, 1970, II, 1944, stelde dat de vordering tot restitutie niet ontvankelijk was als ze ingesteld was door de schenker; terwijl die eis wellicht ontvankelijk zou geweest zijn, indien de samenwonende die had ingesteld.

Hierbij zal hij nagaan of de inbreuk op de openbare orde en de goede zeden zwaarwichtig genoeg is om de eis tot teruggave af te wijzen (65). Het uiteindelijke criterium voor het al dan niet toepassen van de rechtspraak is dus de doelmatige bescherming van de maatschappelijke orde. Zo zal de rechter het adagium "in pari causa turpitudinis cessat repetitio" wellicht toepassen wanneer de schenking ongeoorloofd was wegens haar pretiumstupri-karakter en het determinerend karakter ervan bewezen was. De oplossing zal niet zo zijn wanneer de schenking niet bedoeld was als beloning voor de relatie, maar toch een ongeoorloofde oorzaak had. Dan zal men de toepassing van de rechtspraak veel meer nuanceren. Hierbij kan de rechter nagaan of hij door zijn beslissing de preventieve rol van de sanctie niet in gevaar brengt; of hij met zijn beslissing gelijkaardige overeenkomsten niet nog zal aanmoedigen.

§ 6. SLOTBESCHOUWING

73. De toepassing van de oorzaak op het gebied van de schenkingen en de legaten heeft als duidelijkste toepassingsveld de noodzakelijkerwijze hierboven aangeraakte problematiek van het concubinaat. Deze studie kan niet meer zijn dan een onvolledige dwarsdoorsnede. Uit de veelkleurige rechtspraak konden niettemin enkele markante krachtlijnen worden gedistilleerd: Geleidelijk aan is de rechtspraak zich soepeler gaan opstellen. Voorbehoud moet echter gemaakt worden voor vrijgevigheden tussen overspelige concubinerenden.

74. Ook al is er een vermindering qua negatieve houding te bespeuren, toch blijft er onzekerheid bestaan. Dit komt vooral doordat de goed- of afkeuring van een schenking of legaat in dit verband bijna uitsluitend afhangt van de persoonlijke opvatting van de rechter in kwestie. Meestal zal hij zichzelf kunnen overtuigen dat zijn visie de algemene opvatting van de gemeenschap weergeeft om via die geruststelling dan ook met veel ijver de beslissing te motiveren. Wat de uiteindelijke uitspraak zal zijn, kan dan weer een vruchtbare bodem vormen voor allerlei kritieken, opbouwende of andere.

75. Met het schrijven van dit korte overzicht was het onvermijdelijk dat ook wij onze eigen mening over dit onderwerp zouden vormen. We zullen die dan hierna weergeven, als één van de vele mogelijke persoonlijke visies die men er in dit verband op na kan houden.

76. In principe is het een goede zaak dat de rechtspraak haar strenge afkeer jegens elke vorm van concubinaat geleidelijk laat varen. Te meer omdat ze anders zoals op andere gebieden achter de werkelijkheid aan zou

(65) Brussel, 14 oktober 1975, *J.T.*, 1975, 713: De rechter beslist of hij al dan niet het adagium "in pari causa turpitudinis cessat repetitio" toepast, naargelang de omstandigheden. Zie VANDENBERGHE, H., *De juridische betekenis van het concubinaat*, Gent, Story-Scientia, 1970, 112-157; o.c., 73 e.v.

hollen. Tegenwoordig is het een algemeen verspreid verschijnsel dat, om wat voor redenen dan ook, het ongehuwd samenwonen als een min of meer normale samenlevingsvorm beschouwd wordt. Het zou getuigen van een zekere kortzichtigheid om dit met hand en tand te willen bevechten op het gebied van de schenkingen en legaten.

77. Toch hoeft dit niet zo ver te gaan dat zomaar alles mogelijk moet zijn. Zeer zeker is het zo dat sommige vormen van ongehuwd samenwonen niet de algemene goedkeuring kunnen wegdragen. Volgens ons zou men bijvoorbeeld bepaalde op overspel berustende concubinaatsverhoudingen wel streng moeten beoordelen. Een bruikbaar criterium is misschien de vraag of er bepaalde personen nadeel ondervinden van deze situatie. Als bijvoorbeeld kinderen, echtgenoten of eventueel andere familieleden emotioneel of financieel nadeel ondervinden van dit concubinaat, kan dit een reden zijn om strenger op te treden. In die gevallen daarentegen waar eigenlijk niemand last heeft van het concubinaat, is er niet erg veel reden om het afkeurend te behandelen. Dan moet men zich beperken tot het veroordelen op grond van een echte *pretium stupri*, als het echt een handeltje wordt, de *liberalité-marché* dus.