

N. Stephan Kinsella\*

## I. Inleiding: wat zijn contracten?

De institutie van het contracteren is essentieel voor een vrije en welvarende maatschappij. Het is in zekere zin net zo basaal en fundamenteel als de institutie van privé-eigendom zelf. Toch zijn de wetten en de theorieën inzake contracten lange tijd getergd geweest door verwarring. Er zijn een heleboel inconsistente en onbevredigende theorieën geïntroduceerd met de bedoeling om dit verschijnsel te rechtvaardigen of te verklaren.<sup>1</sup>

### A. Afdwingbare beloftes

Een contract is van oudsher een belofte of een aantal beloftes die leiden tot juridisch afdwingbare verplichtingen van de zijde van de betrokken partijen. Beloftes worden vaak wederzijds gedaan door twee of meer partijen bij een overeenkomst. Zo belooft A aan B om X te doen of na te laten; of om Y aan B te geven. Deze belofte zou kunnen worden gedaan in ruil voor door B gedane beloftes. Een contract is een afdwingbare overeenkomst of een afdwingbare belofte of meerdere beloftes.<sup>2</sup> Een afdwingbare belofte is een belofte die bindend is, waarvan de prestatie bij kracht van wet verplicht is.

### B. Verplichtingen om te doen en om te geven

Contractuele verplichtingen zijn ofwel verplichtingen om te doen, of

---

\* LL.M. (internationaal recht), University of London; J.D., M.S. E.E., B.S. E.E., Louisiana State University. The auteur was vroeger partner bij Duane Morris LLP en is thans General Counsel en vice-president Intellectuele Eigendom voor Applied Optoelectronics, Inc. in Houston, Texas. Hij is eveneens boekrecensieredacteur voor het Journal of Libertarian Studies. De opvattingen die in dit artikel worden weergegeven zijn die van de auteur en dienen niet te worden toegeschreven aan enige andere persoon of entiteit, de vertaler daaronder begrepen.

E-mail: [Stephan@KinsellaLaw.com](mailto:Stephan@KinsellaLaw.com); [www.KinsellaLaw.com](http://www.KinsellaLaw.com);  
[www.StephanKinsella.com](http://www.StephanKinsella.com)

wel om te geven.<sup>3</sup> Een verplichting om te geven kan worden gezien als een eigendomsoverdracht, aangezien het een verplichting is om iemand de eigendom te verschaffen van het goed in kwestie. En een verplichting om te doen is een verplichting om een bepaalde prestatie te verrichten, zoals een verplichting om op de trouwdag van je dochter te zingen of om je huis te schilderen.

## II. Theorieën over afdwingbaarheid

### A. *Spraak en beloftes*

De vraag die zich opdringt is: 'Waarom zou om het even welke belofte "afdwingbaar" zijn?' In het algemeen geloven libertariërs dat het gebruik van geweld alleen juist is in reactie op geïnitieerd geweld. Het wettelijk verbod op moord bijvoorbeeld is gerechtvaardigd omdat moordenaars agressoren zijn. De moordenaar gebruikt geweld, dus het is toelaatbaar om geweld jegens hem toe te passen.<sup>4</sup> Het geweld dat tegen de moordenaar wordt gebruikt is responsief, niet initiërend, en dus niet bezwaarlijk.

Maar het is ontoelaatbaar om geweld te gebruiken als reactie op niet-aanvallende gedragingen. Spraak bijvoorbeeld is (in het algemeen) niet aanvallend, en rechtvaardigt daarom niet het gebruik van responsief geweld. De reden dat libertariërs tegen censuur zijn en vrijheid van meningsuiting erkennen is dat we beseffen dat spraak, *grosso modo*, niet-agressief is. Het staat de ontvanger van schadelijke of ongewilde uitlatingen vrij om ze te negeren, en om verder te gaan met waar hij mee bezig was. De grenzen van lichaam en eigendom worden niet binnengedrongen door spraak. Iemands gedragingen worden niet fysiek beperkt door de enkele woorden van anderen.

Een belofte lijkt dan onafdwingbaar te zijn tenzij die op de een of andere manier aanleiding geeft tot een agressieve gedraging of een dergelijke gedraging betreft. Maar een belofte lijkt eenvoudigweg een vorm van uitingsvrijheid te zijn. Ze lijkt jegens niemand agressie uit te oefenen. Dus hoe kan het met geweld afdwingen van beloftes dan worden gerechtvaardigd?

Er zijn veel theorieën ontwikkeld in een poging om te verklaren of te rechtvaardigen dat contracten door middel van de wet worden afdwongen – waarom de wet sommige beloftes "bindend" of afdwingbaar maakt. Zelfs mainstream contracttheoretici wijzen er al geruime tijd op dat een enkele belofte geen voldoende eis is om een bindende contractuele verplichting te scheppen.<sup>5</sup> Sommige libertariërs en leken

lijken dit elementaire punt over het hoofd te zien, door simpelweg te veronderstellen dat een individu een bepaalde macht of een bepaald vermogen heeft om zichzelf juridisch te "binden" of te verplichten door gewoonweg te beloven dat hij iets zal doen. Maar niet alle beloftes zijn bindend, en ze moeten dat ook niet zijn. Het is alleen een bepaald type beloftes, oftewel een belofte plus iets anders, dat resulteert in een juridisch bindend contract onder de hedendaagse rechtssystemen. Een belofte plus gerechtvaardigd vertrouwen of wederzijdse beloftes ondersteund door een tegenprestatie kunnen resulteren in een bindende contractuele verplichting.

### B. *De wederprestatie*

Volgens de common law is voor de totstandkoming van een contract een belofte (theoretisch gezien een aanbod en een aanvaarding daarvan) en een wederprestatie vereist.<sup>6</sup> Mijn belofte aan jou is niet afdwingbaar tenzij je me iets – een wederprestatie – geeft in ruil voor de belofte. Dat is de reden dat soms een gulden of tien gulden wordt gegeven (of dat wordt vastgelegd dat dit zal worden gegeven) door de partij die iets van de andere partij ontvangt. De waarde van de wederprestatie hoeft niet overeen te komen met de waarde van het ontvangen goed. Sterker nog, zelfs een wederprestatie die zo klein is als een "peperkorrel" volstaat.<sup>7</sup>

Toch is de ouderwetse doctrine met betrekking tot de wederprestatie lange tijd bekritiseerd geweest. Als een enkele belofte (blote belofte, of *nudum actum*) niet afdwingbaar is, waarom wordt ze dan afdwingbaar door de enkele omstandigheid dat degene aan wie de belofte is gedaan in ruil daarvoor iets kleins teruggeeft? En als een symbolisch bedrag voldoende is om te spreken van een wederprestatie, waarom kunnen we die formaliteit dan niet opheffen en enkele beloftes afdwingbaar maken?<sup>8</sup> Echter zoals we nog zullen zien blijft de vraag waarom beloftes leiden tot een afdwingbare verplichting nog steeds onbeantwoord als het vereiste van een wederprestatie wordt afgeschaft.

### C. *Het estoppelbeginsel*

Het vereiste van een wederprestatie kan soms tot ogenschijnlijk harde resultaten leiden, omdat sommige beloftes niet afdwingbaar zijn als er geen wederprestatie is maar degene aan wie de belofte is gedaan er wel op rekent dat de belofte gestand wordt gedaan. Een klassiek voorbeeld hiervan is de grootvader die zijn kleindochter belooft dat hij haar collegegeld zal betalen als ze gaat studeren. Ze geeft echter niets in ruil voor deze belofte en er is dus geen sprake van een wederprestatie en daardoor evenmin van een bindend contract. Halverwege haar studie

verandert de oude man misschien van gedachten en stopt hij met betalen. Wat moet de kleindochter doen? Kan ze haar opa voor de rechter dagen om de belofte die hij heeft gedaan te laten afdwingen? Nee, niet volgens de standaard-contracttheorie, omdat een wederprestatie ontbreekt.

De billijke doctrine van het estoppelbeginsel wordt in common-lawstelsels gebruikt als alternatieve basis voor het afdwingen van contracten.<sup>9</sup> Met deze doctrine wordt beoogd de "verwachting" of het "gerechtvaardigd vertrouwen" van degene aan wie de belofte is gedaan te beschermen.<sup>10</sup> De (Amerikaanse) Restatement (Second) of Contracts bijvoorbeeld bepaalt:

Een belofte waarvan degene die de belofte doet er redelijkerwijs van moet uitgaan dat deze degene aan wie deze belofte is gedaan of een derde tot handelen of nalaten zal aanzetten en die in een dergelijke gedraging of dergelijk verzuim resulteert is bindend wanneer onrecht alleen kan worden vermeden door het afdwingen van de belofte. Het verhaal dat voor deze contractbreuk kan worden toegewezen kan door de rechter worden gematigd.<sup>11</sup>

Daarom wordt gesteld dat er sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen als degene aan wie de belofte is gedaan op de belofte vertrouwd en schade leed. Hoewel er theoretisch gezien geen rechtsgeldig contract is omdat degene aan wie de belofte werd gedaan geen wederprestatie leverde, wordt dit geëcarteerd door het estoppelbeginsel, omdat het alternatief onredelijk zou zijn jegens laatstgenoemde.<sup>12</sup> De kleindochter die in het bovenstaande voorbeeld werd behandeld kan op deze basis de rechtszaak winnen.

#### *D. De cirkelredenering van het gerechtvaardigd vertrouwen*

Gerechtvaardigd vertrouwen wordt dus gebruikt als een alternatieve basis voor het afdwingen van contracten. Het idee van het beschermen van de verwachtingen of het vertrouwen van degene aan wie de belofte is gedaan wordt ook wel gezien als de primaire rechtvaardiging van het afdwingen van contracten.

Echter het idee van gerechtvaardigd vertrouwen is een cirkelredenering. De theorie berust op de notie dat een belofte een "verwachting" schept bij degene aan wie de belofte is gedaan, die hem aanzet tot handelen omdat hij redelijkerwijs op de belofte vertrouwt. En uiteraard brengt elke gedraging mee dat iemand vertrouwt op een bepaalde voorstelling van zaken. Maar dit vertrouwen kan belachelijk of ongerechtvaardigd zijn. Daarom worden alle gerechtvaardigd-vertrouwenstheorieën en -doctrines onvermijdelijk genuanceerd in die zin dat een belofte alleen afdwingbaar is wanneer degene aan wie de belofte is ge-

daan redelijkerwijs of gerechtvaardigd op deze belofte vertrouwd.<sup>13</sup> Als het vertrouwen niet redelijk is, is het niet de fout van degene die de belofte deed dat de ander erop vertrouwd. Eerstgenoemde had dergelijk bizar vertrouwen niet behoeven te verwachten.

Een probleem van deze theorie is dat ze een cirkelredenering bevat, omdat een rationeel mens in zijn overwegingen zou meenemen in hoeverre beloftes afdwingbaar zijn voordat hij beslist of hij op een bepaalde belofte zal vertrouwen. Als bijvoorbeeld van beloftes zonder wederprestatie bekend is dat ze niet afdwingbaar zijn zou het onredelijk zijn erop te vertrouwen omdat degene die de belofte heeft gedaan niet verplicht is zich eraan te houden! Daarom hangt vertrouwen af van afdwingbaarheid. Echter de doctrine van het gerechtvaardigd vertrouwen maakt afdwingbaarheid zelf afhankelijk van vertrouwen – en dat is de cirkelredenering.<sup>14</sup> Conventionele theorieën met betrekking tot de afdwingbaarheid van contracten bevatten dus lacunes.

Waarom zijn beloftes dan afdwingbaar? En moeten ze dat wel zijn? En, zo ja, onder welke omstandigheden?

### **III. De theorie over de eigendomsoverdracht van contracten**

#### *A. Beloftes vs. eigendomsoverdracht*

De theorieën met betrekking tot wederprestatie en gerechtvaardigd vertrouwen bevatten dus onjuistheden. Een veel betere fundering voor het contractenrecht kan worden gevonden in de werken van de liberarische denkers Murray Rothbard en William Evers, die de eigendomsoverdrachttheorie van contracten verdedigen.<sup>15</sup> Rothbard en Evers wijzen erop dat een bindend contract moet worden beschouwd als een ruil van eigendomsrechten op (vervreembare) eigendommen. Een contract zou niets te maken moeten hebben met beloftes, die ten hoogste kunnen dienen als bewijs van een eigendomsoverdracht. Een contract is niets meer dan een manier om iets wat je in eigendom toebehoort aan een ander te geven.

Zoals hierboven is aangegeven is een belofte gewoonlijk een belofte om iets te doen (of om het niet te doen) of om een goed aan een ander te geven. Een belofte om te geven kan worden beschouwd als een van de manieren om de eigendom van een goed aan een ander over te dragen. Echter het is maar één manier om een eigendomsoverdracht te bewerkstelligen, omdat de eigendom over kan gaan zonder dat er ooit een belofte aan te pas komt. De ene persoon kan bijvoorbeeld aan de ander geld geven waarop deze laatste hem iets teruggeeft. Maar hij kan

ook blijk geven van zijn intentie om de ander iets in eigendom over te dragen: "Hierbij geef ik je mijn auto" of "Hierbij geef ik je over drie dagen mijn auto." Er hoeft geen "belofte" te zijn gedaan. In het algemeen gaat de eigendom over doordat de ene partij zijn bedoeling kenbaar maakt om de eigendom over te dragen.<sup>16</sup> Een belofte is een van manieren om dit te doen, maar niet de enige (ofschoon Rothbard en Evers gepreoccupeerd lijken te zijn met het woord belofte en niet van mening zijn dat een belofte voor eigendomsoverdracht kan zorgen.)<sup>17</sup>

Het is voor een libertariër geen probleem om beloftes-om-te-geven af te dwingen of, meer in het bijzonder, eigendomsoverdrachten te doen bewerkstelligen. De eigendomsoverdracht kan door de wet worden afgedwongen door eenvoudigweg de nieuwe eigenaar, in plaats van de vroegere eigenaar, als de rechtmatige eigenaar te erkennen. Als eerstgenoemde weigert om het goed over te dragen pleegt hij een daad van agressie (inbreuk op het eigendomsrecht van de rechtmatige eigenaar), waartegen geweld mag worden gebruikt.

Een belofte om te doen echter, zoals een belofte om een huis te schilderen of op een feestje te zingen, kan alleen worden afgedwongen door het dreigen met geweld jegens degene die de belofte heeft gedaan, om hem ertoe te dwingen te presteren of door hem achteraf te straffen wegens wanprestatie. Toch heeft degene die de belofte heeft gedaan geen agressie gepleegd. Hij heeft niets gedaan om het gebruik van geweld jegens hemzelf te rechtvaardigen.<sup>18</sup>

Dit impliceert dat beloftes om iets te doen, in tegenstelling tot beloftes om te geven, in het algemeen niet afdwingbaar zijn. Geen van beide soorten schendt iemands rechten. Het zijn enkel taalhandelingen. Een belofte om iets te doen dwingt niemand ergens toe. Ze geeft daarom geen aanleiding tot een afdwingbare verplichting. Een belofte om te geven is evenmin een daad van agressie, maar ze fungeert als de vervreemding van het eigendomsrecht op een goed en de eigendom van het goed kan worden afgedwongen door degene die op een gegeven moment eigenaar is.

Een belofte is dus noch een noodzakelijke, noch een voldoende voorwaarde voor een contract. Ze is niet noodzakelijk omdat eigendomsoverdracht kan plaatshebben zonder belofte; ze is niet voldoende omdat een belofte om iets te doen niet afdwingbaar is. Wat wél noodzakelijk en voldoende is, is de naar buiten blijkende wil om eigendom over te dragen.

#### *B. Voorwaardelijke eigendomsoverdracht*

Een gelijktijdige ruil is alleen een contract in de theoretische zin van het woord. Ik geef je een gulden en jij geeft me jouw chocoladereep, en

de ruil is voorbij. Een verplichting om te geven loopt dus noodzakelijkerwijs vooruit op een toekomstige overdracht. Niettemin wordt een gelijktijdige ruil onder bepaalde voorwaarden gesloten. Als ik je bijvoorbeeld mijn gulden geef doe ik dat alleen op de voorwaarde dat je mij de chocoladereep geeft, en omgekeerd. Evenzo kan een op de toekomst gerichte eigendomsoverdracht in ruil worden gegeven voor een handeling of eigendomsoverdracht, in het heden of in de toekomst, van de andere partij. Echter omdat de eigendomsoverdracht op de toekomst is gericht is het, in het heden, niet zeker dat op het moment in de toekomst waarop de eigendomsoverdracht wordt geacht te geschieden aan de overeengekomen voorwaarden zal zijn voldaan. De toekomstige eigendomsoverdracht is afhankelijk van de vervulling van deze voorwaarden.

A kan dus het eigendomsrecht op een goed op een afgesproken moment in de toekomst aan B overdragen mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Een weddenschap bijvoorbeeld wordt op deze manier afgesloten. Wanneer het paard Starbucks als eerste over de streep komt, dan geef ik je *f* 100; zo niet, dan is de tien gulden die je me gaf voor mij. Ook het betalen van een dienst werkt op deze wijze. Ik zal je *f* 50 betalen als je morgen mijn gazon maait. Ik geef je duizend gulden als je op de verjaardag van mijn dochter zingt.

Bij een leencontract draagt de crediteur zijn eigendomsrecht op geld (de hoofdsom) nu over aan de debiteur, in ruil voor een toekomstige overdracht van geld (hoofdsom plus rente) van de debiteur op een afgesproken tijdstip in de toekomst. A leent nu *f* 1000 van B en verplicht zich ertoe binnen een jaar *f* 1100 (de hoofdsom van *f* 1000 plus de rente van *f* 100) aan B terug te betalen. Wat er is gebeurd is dat B zijn eigendomsrecht op *f* 1000 aan A overdraagt in ruil voor een overdracht van A aan B ten bedrage van *f* 1100 van het toekomstige geld van A. De reden dat het laatste bedrag hoger is dan het eerste is gelegen in de onontkoombare feiten van tijdsvoorkeur en het risico van verzuim.

Zoals we in het onderstaande zullen zien kunnen voorwaardelijke beloftes worden gebruikt om in schadevergoeding te voorzien bij het "afdwingen" van beloftes om te presteren.

#### *C. Het "afdwingen" van de prestatie met eigendomsoverdracht*

Zoals hierboven is opgemerkt kan een belofte om iets te doen strikt genomen niet worden afgedwongen. Hiertegen kan worden ingebracht dat het handelsverkeer door een dergelijk systeem zou instorten omdat er daardoor niet meer op zou kunnen worden vertrouwd dat mensen hun afspraken nakomen. Maar in dat argument wordt miskend dat de-

gene die verplicht is te presteren zelfs in hedendaagse rechtssystemen zelden wordt gedwongen om de overeengekomen prestatie te verrichten. Common-lawsystemen zijn in het algemeen niet bereid om een partij tot een "specifieke prestatie" te verplichten.<sup>19</sup> De rechtsspraak ziet wanprestatie veeleer als contractbreuk, waarvoor financiële vergoedingen worden toegewezen.

Dus zelfs in conventionele rechtssystemen wordt de niet-nakoming van een verplichting om te geven en die van een verplichting om te doen hetzelfde behandeld, door het eigendomsrecht dat voorheen aan de schuldenaar toebehoorde aan de schuldeiser toe te wijzen – door het goed te geven in geval van een contract om te geven en een geldelijke vergoeding te betalen ingeval er wanprestatie is bij een contract om te doen. Het moge duidelijk zijn dat overeenkomsten in het algemeen ook als "afdwingbaar" kunnen worden beschouwd in systemen waarin verplichtingen om te doen niet worden afdwongen maar worden behandeld als verplichtingen om schadevergoeding te geven.

Dit impliceert dat contractenrecht dat zuiver op eigendomsoverdracht is gebaseerd ten aanzien van de afdwingbaarheid van contracten goeddeels hetzelfde zou werken als hedendaagse rechtssystemen. Partijen sluiten meestal een contract over de voorwaardelijke eigendomsoverdracht van een bepaalde of bepaalde som geld in schadevergoeding, waarin de overdracht afhankelijk is gesteld van de wanprestatie van degene die de belofte heeft gedaan.<sup>20</sup> Dit levert een resultaat op dat gelijk is aan dat van contemporaine rechtssystemen, waarin de partij die tekortschiet schadevergoeding aan de andere partij verschuldigd is.

Stel dat A B wil inhuren om zijn huis te schilderen en er in toestemt om B op een bepaalde dag X *f* 1000 te betalen als B het huis op die dag heeft geschilderd. Met andere woorden A creëert de volgende eigendomsoverdracht: "Ik draag hierbij de eigendom op *f* 1000 over aan B op dag X als B mijn huis heeft geschilderd." Maar dit verplicht alleen A. Mogelijk wil A B een extra prikkel geven om te presteren (naast het vooruitzicht van de betaling en zijn reputatie van betrouwbaarheid), om er zekerder van te zijn dat B zal presteren. A zou bijvoorbeeld een tuinfeest voor zijn zakelijke relaties aan het organiseren kunnen zijn, waarvoor het belangrijk is dat verschillende schuldenaren verschillende prestaties verrichten, zoals het maaien van het gras, het huis en zwembad schoonmaken en aanwezig zijn als obers en koks. In bepaalde gevallen kan het dus voor A prettig zijn om van B schadevergoeding te krijgen in het geval van wanprestatie, en A kan dan een contract met B sluiten waarin B zich ertoe verbindt om een bepaalde of bepaalde som geld ingeval laatstgenoemde niet presteert.

#### *D. Eenzijdige contracten (schenkingen)*

Onder de eigendomsoverdrachttheorie van contracten kan de eigenaar van een goed (de houder van het eigendomsrecht) de eigendom overdragen aan een ander door zijn intentie om dat te doen kenbaar te maken. Een van de manieren waarop dit kan worden bereikt is door het doen van een "tweezijdige" ruil, zoals bij de aankoop van een goed, waarin de koper de eigendom op het geld ruilt voor de eigendom van het goed dat hij kocht. Een andere manier is om iets aan een ander te geven (nu of in de toekomst), in ruil voor niets. Dit is een schenking, of "eenzijdig" contract.

Conventionele juridische systemen erkennen niet graag de afdwingbaarheid van schenkingen wegens het gebrek aan wederprestatie, het feit dat ze slechte wetgeving opleveren, en het feit dat ze gebruikmaken van de eerder genoemde cirkelredenering die inherent is aan de theorie van gerechtvaardigd vertrouwen om zulke contracten af te dwingen. De theorie ten aanzien van de eigendomsoverdracht van contracten onderscheidt niet tussen een- en tweezijdige contracten. De eigenaar van een goed kan de eigendom hiervan overdragen op een ander, om welke reden dan ook, of die nu financieel, charitatief of willekeurig is. De eenzijdige schenking van een goed, of een tweezijdige ruil van eigendomsrechten zijn beide functioneel en afdwingbaar.

De theorie ten aanzien van de eigendomsoverdracht van contracten vermijdt het probleem van de specifieke prestatie, dat wil zeggen van contracten om te doen. Ze betreft alleen het afdwingen van contracten om te geven, door eigendomsrechten af te dwingen en eigendomsoverdrachten van goederen te erkennen.

De eigendomsoverdrachttheorie vermijdt ook de cirkelredenering van het gerechtvaardigd vertrouwen, door te erkennen dat de eigenaar van een goed de eigendom aan iemand anders mag overdragen door afdoende uiting te geven aan zijn intentie om dat te doen. De theorie is daarom niet afhankelijk van de cirkelredenering van het gerechtvaardigd vertrouwen. Het maakt ook de eis van de wederprestatie overbodig en staat toe dat eenzijdige eigendomsoverdrachten (schenkingen) worden verricht. En hoewel beloftes om te doen niet afdwingbaar zijn kan schadevergoeding worden toegekend aan de gelaedeerde, waardoor dit soort contracten net zo afdwingbaar is als onder hedendaagse rechtssystemen.

#### IV. Verhelderingen

Een paar aspecten van Rothbards grotendeels juiste theorie kunnen worden verhelderd, gecorrigeerd of uitgewerkt.<sup>21</sup> Deze betreffen primair de aard van vervreemdbaarheid, diefstal en fraude. Zo geeft Rothbard een onjuiste verwoording van onvervreemdbaarheid, in de zin dat hij ten onrechte meent dat vervreemdbaarheid impliceert dat vrijwillige slavernijcontracten afdwingbaar zouden zijn. Echter wanneer de aard van eigendomsoverdracht zorgvuldig wordt geanalyseerd wordt duidelijk dat het niet nodig is om een onjuiste positie in te nemen inzake vervreemdbaarheid om dit soort intuïtief onaangename resultaten te vermijden. Ook Rothbards visie dat sommige contractuele scenario's frauduleus zijn of diefstal in de hand werken behoeven verduidelijking.

##### *A. De werking van eigendomsoverdracht en vervreemdbaarheid*

Hiervoor is er al op gewezen dat eigendomsrechten worden overgedragen door het uiten van de intentie om de eigendom aan een ander over te dragen. Maar waarom is dit het geval? Toegegeven, het afdwingen van een eigendomsoverdracht is voor een libertariër minder problematisch dan het afdwingen van een belofte om iets te doen. Het afdwingen van laatstgenoemde belofte brengt mee dat geweld wordt gebruikt tegen iemand die de woorden van een belofte heeft uitgesproken maar die geen geweld heeft geïnitieerd. Maar het afdwingen van eerstgenoemde belofte vereist enkel het afdwingen van de eigendomsrechten van de nieuwe eigenaar.

Maar de vraag blijft dus: Waarom strekt de intentie om eigendom over te dragen ertoe om dit tot stand te brengen? Het antwoord kan worden gevonden door te reflecteren op de aard van eigendom en eigendomsrechten. De bevoegdheid tot eigendomsoverdracht door het uiten van de intentie om dat te doen ligt besloten in – danwel: is inherent aan – de bevoegdheid om goederen in eigendom te hebben. Volgens de Lockeaanse libertarische “homesteading”-theorie, dat wil zeggen de theorie omtrent het als eerste in gebruik nemen van grond, hebben individuen het recht om schaarse hulpbronnen die aan niemand toebehoren te bewerken. Door de eerste bezitter van een bepaalde hulpbron die aan niemand toebehoort te zijn bewerkt de bezitter de hulpbron en wordt er eigenaar van

Aldus heeft een individu bepaalde rechten in zijn lichaam en bepaalde rechten in de dingen die hem in eigendom toebehoren. Het is evident dat er verschillen zijn tussen rechten ten aanzien van het eigen

lichaam van het individu enerzijds en die ten aanzien van de dingen die hij heeft verkregen anderzijds. Een ervan is dat zaken die zijn verkregen, nu ja, zijn verkregen, terwijl iemands lichaam deel uitmaakt van zijn identiteit en niet op dezelfde manier hoeft te worden bewerkt als hulpbronnen zonder eigenaar.

Verscheidene aspecten van de eigendom van bezit dat mensen zich door bewerking hebben toegeëigend impliceert de bevoegdheid om de eigendom over te dragen. Ten eerste kan bezit worden verkregen. En als het kan worden verkregen kan er ook afstand van worden gedaan. Er bestaat geen plicht om iets je hele leven onder je te houden wegens het simpele feit dat je het hebt bewerkt. Hierbij zij opgemerkt dat zowel verkrijgen als afstand doen van intentionele gedragingen zijn. Ten tweede is het hele doel van eigendomsrechten van schaarse hulpbronnen om conflicten over het gebruik ervan te voorkomen. Daarom hebben eigendomsrechten een onmiskenbaar publiek aspect, in de zin dat het geclaimde bezit grenzen heeft die zichtbaar (manifest) zijn voor anderen.<sup>22</sup>

Een essentieel aspect van eigendom is dat de eigendomsgrenzen publiekelijk worden begrensd, waardoor derden het kunnen respecteren en het uit de weg kunnen gaan. Dus datgene wat derden zien is belangrijk voor de aard van eigendom. Dat is inderdaad een reden dat de eerste bezitter van een hulpbron degene is die hem bewerkt; het bezitten van een goed is voor anderen objectief duidelijk.

Ten derde, en zoals hierboven al werd gesuggereerd, is intentie een belangrijk element van het verkrijgen van goed zonder eigenaar: iemand bewerkt een goed, maakt duidelijk dat hij de eigenaar ervan is en beoogt het te bezitten. Intentie is ook van belang bij afstand doen. Heeft iemand zijn boerderij alleen verlaten om even naar de stad te gaan of heeft hij zijn boerderij achtergelaten – voor de natuur of voor de volgende eigenaar – en is hij naar Californië verhuisd om daar goud te gaan zoeken. De naar buiten blijkende intentie is hierbij bepalend

Hiermee wordt een ander kenmerk van eigendom van goederen belicht: het essentiële onderscheid tussen eigendom en bezit. Eigendom betekent dat iemand rechten op een goed heeft ook al bezit hij het niet. Net als de aanvankelijke verwerving en het afstand doen berust ook het verschil tussen bezit en eigendom op de naar buiten blijkende intentie. Dat maakt het verschil tussen de situatie waarin ik je mijn auto leen en de situatie waarin die door een dief wordt gestolen. Het onderscheidt mijn gasten van indringers.

Het moge duidelijk zijn dat de eigenaar van grond die hij zich door die als eerste in gebruik te nemen heeft toegeëigend de macht heeft om er afstand van te doen, gezien de fundamentele aspecten van eigen-

domsrechten, en om die aan een ander te lenen (het aan de ander overdragen van het bezit maar niet van de eigendom). Deze mogelijkheden hangen – net als de aanvankelijk occupatie van de hulpbron zonder eigenaar, en net als het afstand doen van eigendom – beide af van de gemanifesteerde intentie. Wanneer deze twee bevoegdheden ten aanzien van de eigendom worden gecombineerd kan de eigenaar de eigendom op de beoogde nieuwe eigenaar overdragen, door de hulpbron te “verlaten” “ten gunste van” die ander. Als de eigenaar afstand van zijn eigendom mag doen ten opzichte van de hele wereld mag hij a fortiori “minder” doen en er eenvoudigweg afstand van doen “ten gunste van” een bepaalde persoon, net zoals hij ook een bepaald iemand het bezit van zijn eigendom kan toestaan.<sup>23</sup>

Dit is de reden dat we eigendom kunnen overdragen op anderen: omdat schaarse hulpbronnen worden verkregen en kunnen worden verlaten, en omdat de naar buiten blijkende intentie relevant is voor zowel de aanvankelijke verkrijging als het afstand doen van de eigendom. Dat wil zeggen als iemand afstand kan doen een hulpbron die hij heeft verkregen door simpelweg blijkt te geven van de intentie om dat te doen kan de eigendom van dingen die iemand in eigendom toebehoren worden overgedragen op anderen, door het naar buiten doen blijken van de intentie om van een bepaalde zaak afstand te doen ten gunste van een specifieke ontvanger. Maar opgemerkt zij dat alleen zaken waarvan de eigenaar door het eerste gebruik van de grond eigenaar is geworden op deze wijze kunnen worden vervreemd. Alleen zaken die door middel van het eerste gebruik eigendom kunnen worden van degene die de grond bewerkt kunnen worden verkregen, en daarom kan er afstand van worden gedaan al dan niet ten gunste van iemand anders. Je kunt nooit je eigen lichaam verkopen.

We hebben geen recht om gevrijwaard te zijn van geweld jegens ons eigen lichaam omdat we er toevallig eigenaar van zijn. Het is eerder zo dat we zeggen dat ons lichaam ons eigendom is als een bondige formulering die ertoe dient om uitdrukking te geven aan het feit dat agressie jegens ons lichaam onrechtmatig is. We hebben ons lichaam niet verkregen. We kunnen niet ten opzichte van de hele wereld afstand doen van ons lichaam. De enkele naar buiten blijkende intentie op een gegeven moment maakt niet dat we afstand doe van ons lichaam of onze rechten ten aanzien ervan opgeven. Daarom is er simpelweg geen manier om de eigendom op ons lichaam over te dragen door het blijkt geven van onze intentie daartoe. Rothbard heeft daarom gelijk wanneer hij zegt dat een individu vervreembare goederen in eigendom kan overdragen zolang “vervreemdbaar” betekent dat de goederen door het bewerken ervan door ons zijn verkregen. Maar ons lichaam is

nooit op die manier door bewerking ons eigendom geworden en daarom is er geen reden om aan te nemen dat een slavernijcontract of een ander contract waarin iemand zijn lichaam “verkoopt” afdwingbaar is.

Zoals hierboven met betrekking tot beloftes en vrijheid van meningsuiting is uitgelegd is een enkele belofte geen daad van agressie, en rechtvaardigt ze daarom niet het gebruik van geweld jegens degene die haar deed. Aangezien geweld nodig is om degene die – in het voorbeeld – de belofte doet tot een slaaf te maken blijft deze belofte zonder gevolg, waardoor hij geen slaaf wordt. Een belofte om een goed waarvan de eigendom werd verkregen door bewerking dient ertoe om de eigendom daarvan over te dragen, maar dat is alleen maar zo omdat het het doen van afstand betreft van een goed waarvan afstand kan worden gedaan omdat het op enig moment door iemand is verkregen. Het werd verkregen door een naar buiten blijkende intentie en kan op dezelfde manier worden verlaten. Echter er is geen reden om te denken dat met iemands belofte om iets te doen of om zijn lichaam te verkopen ook daadwerkelijk afstand wordt gedaan of iets tot stand wordt gebracht.

#### *B. Rothbard over vervreemdbaarheid*

Rothbard begint met de aanname dat de eigenaar van een goed de eigendom hiervan mag overdragen op een ander. Echter als deze visie niet was genuanceerd zouden eigenaren van een lichaam (iedereen dus) hun lichaam mogen verkopen, dat wil zeggen zich voor slavernij ter beschikking stellen, omdat Rothbard individuen als eigenaren van zichzelf beschouwt. Om dit intuïtief gezien onaangename resultaat te vermijden beperkt hij de mogelijkheid tot eigendomsoverdracht tot vervreembare goederen en stelt dan het lichaam, hoewel het aan iemand toebehoort, niet vervreemdbaar is. Welk argument voert hij aan om zijn stelling dat ons lichaam niet vervreemdbaar is te verdedigen? Net als andere libertariërs beweert Rothbard in essentie dat slavernijcontracten en vergelijkbare contracten, door middel waarvan iemand zich aan een ander onderwerpt, niet afdwingbaar zijn omdat er sprake is van een bepaalde logische onmogelijkheid wanneer iemand vrijwillig het recht op zijn eigen lichaam vervreemdt.<sup>24</sup> Rothbard stelt dat het letterlijk onmogelijk is om je feitelijke wil op een ander over te dragen, en dat een belofte om dit te doen nietig is; de eigendom ervan kan niet worden overgedragen. Het is als het afsluiten van een contract om de zon te verkopen. Een dergelijk contract, dat een onmogelijk object heeft, zou van het begin af aan al nietig zijn geweest.<sup>25</sup>

Het probleem met deze visie is dat wordt aangenomen dat iemands wil moet worden overgedragen teneinde iemand tot slaaf te maken. Maar dit is niet nodig. Het is eerder zo dat de slavendrijver alleen het

recht nodig heeft om geweld te gebruiken jegens de ongehoorzame slaaf. Sterker nog, als de "onmogelijkheid" van het vervreemden van iemands wil betekent dat het onmogelijk is om gebonden te zijn aan een contract om zich als iemands slaaf te gedragen, waarom is het dan niet "onmogelijk" om een agressor in de gevangenis te stoppen of te straffen om restitutie af te dwingen? Zelfs een veroordeelde agressor immers heeft nog steeds een wil. Waarom is het niet "onmogelijk" om ons te verdedigen jegens een op heterdaad betrapte agressor? Hij heeft nog steeds een wil, en we gebruiken geweld jegens hem alsof hij geen wil heeft. En toch is het natuurlijk toegestaan om geweld te gebruiken jegens een agressor, zelfs om hem in feite tot slaaf te maken als straf of voor restitutie.<sup>26</sup> De meeste mensen die bovengenoemde "onmogelijkheidsargumentatie" hanteren om hun stelling dat slavernijcontracten onmogelijk zijn te onderbouwen steunen niettemin het gebruik van geweld jegens een agressor, zelfs al heeft die zijn wil niet vervreemd. Deze argumentatie ten aanzien van vervreemdbaarheid is daarom niet consequent.

De theorie die hier wordt voorgesteld is niet afhankelijk van dit soort inconsistente theorieën over vervreemdbaarheid. Ze erkent veel eerder dat iemands lichaam alleen zijn eigendom is in de zin dat hij het alleenrecht heeft om het lichaam en inbreuken erop te beheersen. Maar het lichaam is niet bewerkt en verkregen en er kan niet door middel van het blijk geven van de intentie daartoe afstand van worden gedaan zoals dat kan bij goederen waarvan de eigendom is verkregen door het eerste in gebruik nemen. Het praktische onderscheid tussen vervreemdbaar en onvervreemdbaar bezit is of het recht in kwestie betrekking heeft op het lichaam of op iets waarvan de eigendom is verkregen door de eerste ingebruikname.

### *C. Diefstal en gevangenneming van debiteuren*

Rothbard en Evers zien het wanpresteren ten aanzien van een belofte om op een bepaalde datum in de toekomst de eigendom van een goed over te dragen als diefstal.<sup>27</sup> In één opzicht is dit juist. Stel dat A de eigendom van zijn auto over een week overdraagt op B, op voorwaarde dat B de koopprijs op de dag van levering betaalt. Op de dag van levering is B op het afgesproken tijdstip op de afgesproken plaats aanwezig, betaalt hij de koopprijs, waarna A met het geld en de auto wegrijdt. A heeft van B gestolen, maar wat heeft hij gestolen: de auto of het geld? Dit punt is betwistbaar, maar het lijkt mij dat hij de auto heeft gestolen, omdat de eigendom van de auto op het moment van de levering aan B werd overgedragen, die A vervolgens stal.

Op dezelfde manier, terugkerend naar ons eerdere voorbeeld inzake

leen, als B de eigendom op *f* 1000 van zijn huidige geld overdraagt aan A, op voorwaarde dat A binnen een jaar *f* 1100 van A's toekomstige geld overdraagt op B. Als A op de vervaldatum niet straatarm is en beschikt over ten minste *f* 1100 wordt de eigendom van die *f* 1100 automatisch overgedragen op B. Maar hoewel de eigendom is overgegaan geldt dat niet voor het bezit. Daarom is A op dit moment bezitter van B's *f* 1100. A is nog geen overtreder, aangezien hij B's *f* 1100 aanvankelijk met diens stilzwijgende instemming bezit, omdat het contract impliceert dat A ten minste voor een ondeelbaar kort moment de bezitter van het geld is wanneer de eigendom overgaat op B. Echter wanneer B betaling eist en A weigert wordt A een agressor (overtreder of dief) en mag B geweld gebruiken om zijn eigendom te verkrijgen.

Rothbard echter neemt aan dat A zelfs een dief is wanneer die op de vervaldatum blut is en dus niet in staat is om te betalen. Dit brengt hem ertoe om, in ieder geval in theorie, te bepleiten dat de debiteur gevangen wordt genomen danwel om een onhandig "disproportionaliteitsargument" te hanteren om dit harde resultaat te vermijden.<sup>28</sup> Rothbard is ook onduidelijk over wat precies het moment van de diefstal is en over wat precies wordt gestolen. Is het de (niet-bestaande) *f* 1100 of de (op een eerder moment overgedragen) *f* 1000 die is gestolen, aangezien de eigendom daarvan slechts "voorwaardelijk" op A overgaat. Rothbard suggereert het eerste waar hij zegt dat "Jansen *f* 1100 aan Klaassen moet betalen omdat hij al had toegezegd de eigendom daarvan te zullen overdragen en het niet-betalen betekent dat Jansen een dief is—dat hij eigendom van Klaassen heeft gestolen." Maar hij suggereert het laatste waar hij zegt dat Klaassens oorspronkelijke overdracht van de *f* 1000 niet absoluut was, maar voorwaardelijk, gezien het feit dat de betaling afhangt van de betaling door Jansen van *f* 1100 binnen een jaar en...daarom is het niet-betalen een impliciete diefstal van Klaassens rechtmatig.<sup>29</sup>

Beide oplossingen zijn problematisch. Laatstgenoemde casus is lastig omdat het moeilijk is om in te zien hoe iemand iets "met terugwerkende kracht" kan stelen. Bestond de diefstal uit het wegnemen van het geld, of uit het uitgeven ervan? Maar B droeg het geld vrijwillig over. Het was ervoor bestemd om door A te worden gebruikt, waarschijnlijk in een of andere zakelijke (en daarom riskante) investering. Toen A het geld uitgaf of het anderszins gebruikte deed hij dat duidelijk met B's toestemming, omdat dat juist het doel was van de lening. Het enkele uitgeven van de aanvankelijk geleende som geld van *f* 1000 kan geen diefstal zijn. En dat kan het ook niet met terugwerkende kracht worden—het is diefstal of niet (en het is geen diefstal).

Rothbard lijkt ook vol te houden dat A de *f* 1100 van B steelt. Nu,



als A de *f* 1100 in zijn portemonnee had zou ik het zoals ik hierboven al aangaf, met Rothbard eens zijn. Het is A's weigering om zijn bezit van B's eigendom af te staan die maakt dat sprake is van diefstal.

Echter als A failliet is weigert hij niet om het verschuldigde geld over te dragen. Sterker nog, er is geen geld dat kan worden overgedragen. Hoe kan er diefstal zijn van iets wat niet bestaat? Het feit dat er geen diefstal is kan worden geïllustreerd door het volgende voorbeeld. Stel dat A, de schuldenaar, het geld investeert maar spoedig daarna blut raakt; en sterft vóór de vervaldatum. Als het tekortschieten in de betaling van de *f* 1100 diefstal is wanneer had die dan plaats? Was dat op het moment dat het geld aanvankelijk werd geleend? Zoals we reeds hebben gezien luidt het antwoord op die vraag "Nee." Was het het moment dat A doodging? Dat is duidelijk belachelijk.<sup>30</sup>

De positie van de failliete debiteur is analoog aan die van de persoon A die tegen B zegt: "Ik draag hierbij de eigendom van de maan op je over" of "Ik maak je hierbij eigenaar van de vierkante cirkel die in mijn jaszak zit." Een dergelijk beoogd contract zou nietig zijn. Een contract specificert de eigendomsoverdracht ten aanzien van enig vervreemdbaar door het eerste gebruik ervan in eigendom verkregen hulpbron. Als er geen hulpbron is, of wanneer de woorden in het contract wartaal zijn, is er geen eigendomsoverdracht. Dat is de reden dat rechtssystemen terecht alleen die contracten afdwingen die voldoende zeker zijn en die legale en "mogelijke" objecten hebben. De Civil Code van Louisiana bijvoorbeeld bepaalt: "Partijen zijn vrij om te contracteren ten aanzien van enig object, zolang dat object wettig, mogelijk en bepaald of bepaalbaar is."<sup>31</sup>

Het vereiste van wettigheid dient er toe om de afdwingbaarheid van contracten met een illegaal object te voorkomen. Vanuit libertarisch perspectief zou bijvoorbeeld een contract waarin A aan B belooft om C te vermoorden niet afdwingbaar zijn! De eis van bepaaldheid of bepaalbaarheid betekent eenvoudigweg dat het contract voldoende duidelijk moet zijn over wat het beoogt over te dragen. Als A tegen B zegt "Ik draag hierbij de filonpopels van mijn broekwoek in eigendom aan je over" heeft dit geen effect. Of als A tegen B zou zeggen "Ik draag hierbij een aantal gulden aan je over" zou dit opnieuw geen effect hebben omdat de bewering vaag en onbepaalbaar is en er geen objectieve manier is om te bepalen wat "een aantal gulden" is.

De eis dat het object "mogelijk" moet zijn is ook logisch vanuit libertarisch perspectief. De essentie van het libertarisme is het non-agressieprincipe. Dit verbiedt het initiëren van geweld jegens een ander danwel diens goed. Echter zowel het lichaam als goederen waarvan de eigendom ofwel door het eerste gebruik ervan is verkregen ofwel is

verworven van een ander, zijn feitelijke, bestaande dingen. Het is geen agressie om iemands vierkante cirkel te stelen of zelfs om de maan van hem te "stelen," omdat hij zo'n vierkante cirkel niet bezit (dat kan niet, omdat zoiets niet bestaat) en hij is geen eigenaar van de maan. Nu, evenmin als dit soort zaken kan worden gestolen kan het het onderwerp vormen van een contract. De putatieve titel van de overeenkomst wordt veroorzaakt door het feit dat de koper en verkoper van deze "dingen" onzinnige woordgrappen met elkaar uithalen.

De relevantie hiervan bestaat in het volgende. Wanneer A de eigendom op een toekomstig goed aan B overdraagt bestaat er, in tegenstelling tot bij een gelijktijdige ruil waarin beide uitgewisselde goederen bestaan, altijd de mogelijkheid dat dit toekomstige goed denkbeeldig of anderszins niet-bestaand zal blijken te zijn. De toekomst is onzeker, en ondernemen is riskant. Dit is een onontkoombaar feit dat altijd op de achtergrond meespeelt bij een op de toekomst gericht contract. Daarom wijst het op een paar noodzakelijke voorwaarden voor contracten, zoals de onzekerheid van de toekomst. Als A *f* 1000 van B leent in ruil voor een verplichting om B binnen een jaar *f* 1100 te betalen weet B dat de *f* 1100-over-een-jaar mogelijk niet zal bestaan. Geld uitlenen is riskant!

B zal de eigendom op de *f* 1000 misschien alleen willen overdragen onder de voorwaarde dat ten minste het geleende geld wordt terugbetaald. Maar hiermee schiet hij weinig op, want als A na een jaar blut is is noch de *f* 1000 noch de *f* 1100 beschikbaar. Bovendien frustrereert het het hele punt van A nu geld lenen, omdat dit A juist in staat stelt het geld te investeren of het geld nu te gebruiken. De huidige eigendomsoverdracht van de *f* 1000 is niet voorwaardelijk. Het is veeleer zo dat A de eigendom op de *f* 1100 overdraagt als hij het op de vervaldatum heeft. Een impliciete, voor het geval van verzuim opgenomen eigendomsoverdracht die accessoir is aan de hoofdverbintenis zou kunnen zijn dat A tevens de eigendom overdraagt van de *f* 1100 plus rente op enig moment na de vervaldatum, als hij niet in staat is om B op de eigenlijke vervaldatum terug te betalen. Dit soort accessoire verbintenissen kan expliciet in geschreven contracten worden opgenomen danwel impliciet worden aangenomen als bepaling voor het geval van verzuim, in overeenstemming met de gewoonte en de omstandigheden van het geval.

Zelfs een eenvoudig tweezijdig contract bevat niet alleen de aanvankelijke eigendomsoverdracht (de lening) plus de toekomstige eigendomsoverdracht (de terugbetaling), maar een web van andere voorwaardelijke eigendomsvervreemdingen, die hetzij expliciet in het contract zijn opgenomen, hetzij zijn voorondersteld als bepalingen die

intreden in geval van verzuim. Stel bijvoorbeeld dat A op de dag voordat hij B moet terugbetalen over  $f$  1100 beschikt. Maar hij geeft het uit. We kunnen ervan uitgaan dat B het risico nam dat A's zakelijke transactie erin zou kunnen resulteren dat die niet over het geld zou beschikken om hem terug te betalen, maar, als A en B expliciet over dit punt hadden onderhandeld, kunnen we aannemen dat B erop zou staan dat A geen evidente vermijdbare "fraudulente" gedragingen met het geld zou stellen, zoals het vóór de vervaldatum over de balk gooien ervan wanneer deze gedraging ervoor zou zorgen dat A B niet op de vervaldatum zou kunnen terugbetalen.

In feite gaan hoofdverbintenissen ten aanzien van eigendomsoverdracht vergezeld van veel voorwaardelijke nevenverbintenissen ten aanzien van de eigendomsoverdracht. Het contract bepaalt bijvoorbeeld dat als A op enig moment vóór de vervaldatum bepaalde "frauduleuze" gedragingen stelt met het geld dat hij in zijn bezit heeft, het geld en/of de eventuele schadevergoeding vanaf dat moment toekomt aan B. Dit zou inderdaad betekenen dat het uitgeven van het geld op de dag voorafgaand aan de vervaldatum diefstal is. Want wanneer A de  $f$  1100 opneemt en het uitgeeft treedt de voorwaarde dat het geld eigendom wordt van B op het moment dat A het uitgeeft in werking. Dan steelt A dus B's geld, is hij een dief en mag hij dienovereenkomstig worden gestraft. Maar een dergelijke voorwaarde kan niet gelden in geval van de andere, normale doeleinden die A voor het geld kan hebben, omdat ten tijde van de zakelijke investering niet bekend is of die succesvol zal zijn.

Ik zet hier iets uitvoerig uiteen wat misschien wel duidelijk is, omdat het de kleine misstap onthult die Rothbard in zijn contracttheorie heeft gemaakt. Als iemand zijn toekomstige eigendom aan een ander overdraagt is de kans aanwezig dat dit toekomstige goed ook in de toekomst niet zal bestaan. Dit is gelijk aan de poging om de eigendom van een niet-bestaand, aan niemand toebehorend of onmogelijk goed aan een ander over te dragen. Een dergelijk contract is nietig en zonder effect en zou dat ook volgens het libertarisme moeten zijn. Het libertarisme steunt individuele rechten, verzet zich tegen agressie en ondersteunt het recht om eigendom te verwerven en over te dragen. Het ondersteunt niet de notie dat mensen "gewoon moeten kunnen doen wat ze willen." Het is onmogelijk om de eigendom op de planeet Mars aan je advocaat over te dragen om hem voor geleverde diensten te betalen. Als je belooft om dat te doen en niet nakomt heb je geen geweld geïnitieerd jegens je advocaat. Je hebt hem niet bestolen of zelfs maar jegens hem gefraudeerd. Vermoedelijk heb je niet eens een verwachting bij hem gewekt!

Daarom is het gevangennemen van debiteuren niet gerechtvaardigd, omdat het het initiëren van geweld jegens een debiteur (die zelf dus geen geweld heeft geïnitieerd) betreft. Hij heeft niet gestolen, omdat hij niet in het bezit is van het eigendom van een ander dat hij weigert aan de rechtmatige eigenaar terug te geven. Daarom hoeft niet te worden overgegaan op de—onbelangrijke—toevoeging van een argument met betrekking tot de disproportionaliteit van de straf, zoals Rothbard dat (zij het summier) doet, teneinde te vermijden dat het gevangennemen van debiteuren en daarmee dus agressie in de eigendomsoverdrachtentheorie van contracten besloten ligt.

#### *D. Fraude*

Laat ik kort opmerken dat fraude een species van diefstal kan zijn. Stel dat A voor  $f$  20 een emmer met appels van B koopt. B presenteert ze duidelijk als appels, zelfs als appels van een bepaalde soort, dat wil zeggen appels waarvan bij de verkoper niet bekend is dat ze duidelijk ongeschikt zijn voor hun normale bestemming, te weten consumptie. Nu, we kunnen aannemen dat A de betaling van  $f$  200 verricht onder de voorwaarde dat B niet welbewust inlaat met "frauduleuze" activiteiten, zoals het verkopen van rotte appels. Dus als de appels inderdaad rot zijn en B dit weet dan weet hij bezitter maar geen eigenaar wordt van de  $f$  20, omdat de eigendom niet overgaat nu de voorwaarde "geen fraude" niet wordt nageleefd. We kunnen daarom zeggen dat B in het bezit is van A's  $f$  20 zonder A's instemming, en dat B daarom een soort dief is. B heeft niet de appels maar het geld van A gestolen.<sup>32</sup>

### **IV Conclusie**

De eigendomsoverdrachtentheorie ten aanzien van contracten vermijdt de problemen van gerechtvaardigd vertrouwen en van op wederprestatie gebaseerde verdedigingen van contracten, evenals die van specifieke prestaties. De theorie laat de mogelijkheid open dat eenzijdige contracten worden afgesloten, zonder dat hoeft te worden vervallen in geheimzinnige doctrines of omslachtige formaliteiten, en biedt een conceptueel gezien elegante contracttheorie die schadevergoeding kan verschaffen voor het breken van beloftes om te presteren, die verwant is aan de wijze waarop dit in moderne rechtssystemen is geregeld.

De theorie die in het bovenstaande is gepresenteerd lost automatisch de problemen ten aanzien van vrijwillige slavernijcontracten en de gevangenneming van debiteuren op, waardoor de kronkelige argu-

menten met betrekking tot onvervreemdbaarheid en disproportionele straffen die Rothbard nodig vindt uit de weg kunnen worden gegaan. Ten slotte biedt het hierboven geschetste kader een rechtvaardiging voor het wettelijk verbod op fraude.

## Noten

- 1 Barnett (1986b) geeft een nuttige bespreking van de veelheid van contracttheorieën die zijn voorgesteld. Voor een recent werk dat contracttheorieën behandelt, zie: Harry N. Scheiber red., *The State and Freedom of Contract* (Stanford: Stanford University Press, 1999).
- 2 Niet alle overeenkomsten zijn afdwingbaar; "Overeenkomst" is een bredere term dan contract. Een willekeurige overeenkomst zou bijvoorbeeld een essentieel element van een contract missen, i.e. hij zou niet-afdwingbaar kunnen zijn. Zie: *Black's Law Dictionary*, 6e druk (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990), voor nuttige definities van verschillende juridische termen die in dit artikel worden gebruikt.
- 3 Zie La. Civ. Code arts. 1756, 1986, dat verplichtingen om een prestatie te verrichten en verplichtingen om te geven beschrijft. Zie ook: Barnett (1986a, p. 189), die verplichtingen om te doen en om te geven bespreekt; en Litvinoff (1969, 1992), voor een uitstekende bespreking van de wet en de aard van verplichtingen.
- 4 Zie Kinsella (1997; ook 1998, 1996).
- 5 Herman (1984, p. 711);
- 6 Litvinoff (1987, pp. 18-19); Restatement (Second) of Contracts ' 71 (1981); Barnett (1986b, p. 287-291).
- 7 *King County v. Taxpayers of King County*, 133 Wash. 2d 584; 949 P.2d 1260 (Wa. S.Ct. 1997), bij n.3.
- 8 In civielrechtelijke stelsels is een "wederprestatie" niet vereist maar er moet een geldige "titel" zijn die voor een partij de aanleiding vormt om zichzelf te verplichten. Zie La. Civ. Code arts. 1966, 1967; Litvinoff (1987); Herman (1994, p. 718); Mason (1941); Adcock (1985). Zie Kinsella (1994, 1995) voor een bespreking van andere verschillen tussen gewoonterrechtelijke en common-lawstelsels.
- 9 Barnett (1986b, p. 276 n.25) bespreekt de rol die gerechtvaardigd vertrouwen speelt bij het afdwingen van beloftes die anders niet afdwingbaar zouden zijn bij gebrek aan een wederprestatie. Herman (1984, p. 713 n.19) behandelt het gebruik van het estoppelbeginsel

in common-lawgebieden als substituut voor wederprestatie. Zie ook Litvinoff (1987, p. 19). Egan (1993, pp. 263-269, 305-310) beschrijft de historische en filosofische basis van het contractenrecht en de ontwikkeling van de doctrine van het estoppelbeginsel. Zie voor een aanvullende verhandeling over het estoppelbeginsel en gerechtvaardigd vertrouwen Barnett & Becker (1987), Adcock (1985).

- 10 Zie Evers (1977), Rothbard (1998b, p. 133).
- 11 Restatement (Second) of Contracts ' 90(1) (1979). Civielrechtelijke systemen bieden gelijksoortige gronden voor het afdwingen van beloftes. Het concept van gerechtvaardigd vertrouwen is te vinden in het Romeinse recht en in het Latijnse *maxime venire contra proprium factum* (niemand kan zijn eigen gedraging tegenspreken). Herman (1984, p. 714). Louisiana Civil Code art. 1967, for example, provides: AA partij kan door een belofte gebonden zijn wanneer hij wist of behoorde te weten dat de belofte de andere partij ertoe zou aanzetten om er in diens eigen nadeel op te vertrouwen en er ook redelijkerwijs op kon vertrouwen. Schadevergoeding kan worden gematigd tot de gemaakte kosten en de geleden schade van degene die vertrouwde op de belofte. Zie ook Litvinoff (1987, pp. 18-28).
- 12 Zie Litvinoff (1987, pp. 23-24). Zie Kinsella (1997, pp. 612-613) voor een verdere bespreking van het estoppelbeginsel.
- 13 Barnett (1986b, p. 275).
- 14 Voor een aantal besprekingen van de cirkelredeneringen van theorieën over gerechtvaardigd vertrouwen ten aanzien van beloftes, zie Buckley (1988, p. 804); Barnett (1986b, pp. 274-275, 315-316; Barnett & Becker (1987, pp. 446-447, 452). Bovendien is nooit duidelijk uitgelegd waarom A kan worden gedwongen om een belofte gestand te doen om de enkele reden dat een ander erop vertrouwde.
- 15 De theorie die in dit gedeelte wordt besproken is grotendeels de theorie die door Rothbard (1998b) en Evers (1977) werd ontwikkeld. Ook Randy Barnett (1986b, 1992a, 1992b) heeft bijgedragen tot een groot aantal belangrijke inzichten in de contracttheorieën.
- 16 Evers (1977, p. 12 n.20) onderschrijft het om "objectief waarneembaar gedrag dat instemming symboliseert als standaard te hanteren bij het beantwoorden van de vraag of instemming is gegeven." Zie ook Barnett (1986b, p. 303) ("Enkel een algemeen vertrouwen op objectief waarneembaar assertief gedrag maakt het mogelijk dat een systeem van rechten in staat stelt om zijn begrenzende rol te vervullen."; p. 305 ("De instemming die vereist is [om rechten op vervreemdbaar bezit over te dragen] is een manifestatie van een intentie om rechten te vervreemden.).

- 17 Evers en Rothbard lijken te geloven dat omdat een belofte niet afdwingbaar is, ze daarom niet kan dienen tot eigendomsoverdracht. Evers (1977, p. 6); Rothbard (1998b, p. 141). Echter naar mijn idee kan een belofte worden bedoeld en opgevat als eigendomsoverdracht, en dus als zodanig fungeren. Dat wil zeggen het maken van een belofte kan onder bepaalde omstandigheden een manier zijn om de bedoeling tot eigendomsoverdracht kenbaar te maken.
- 18 Zie Kinsella (1997; en in 1998, 1996); ook: Hoppe (1989; 1993).
- 19 Barnett (1986a, p. 181). Over de beschikbaarheid van specifieke prestaties in civielrechtelijke systemen, zie de Louisiana Civil Code art. 1986; Litvinoff (1975, pp. 301-302).
- 20 Zie Rothbard (1998b, pp. 138-141); Evers (1977, p. 9); en Barnett (1986b, p. 304 n.143; 1986a, pp. 190-191, 197), die gelijksoortige prestatie-afdwingende stelsels via eigendomsoverdrachten tot "schadevergoedingen," waaraan Rothbard en Evers refereren als een prestatieverbintenis.
- 21 Ik concentreer me hier op Rothbards (1998b [1982]) meer uitgewerkte theorie, omdat de meeste van de hieronder besproken problemen niet voorkomen in Evers' (1977) meer abstracte en inleidende werk.
- 22 In dit opzicht is alle eigendom "publiek" en niet "privaat." Over de objectieve functie van eigendomsrechten, zie: Hoppe (1989; 1993); Barnett (1986b, p. 303) ("Alleen een algemeen vertrouwen op basis van objectief te achterhalen assertief gedrag kan stelt een systeem van eigendomsrechten in staat om zijn toegewezen begrenzen functie te vervullen.")
- 23 De theorie ten aanzien van eigendomsoverdracht die hier wordt bepleit vertoont conceptuele gelijkenis met de common-lawpraktijk van het zogeheten "quitclaiming," dat wil zeggen het in juridisch opzicht afstand doen. Conventionele eigendomsoverdrachten hebben plaats door middel van een akte, maar een quitclaim-akte heeft onmiddellijke werking, door middel van een zogenoemde release. Deze is bedoeld om de eigendom of een bepaald recht over te dragen van de oorspronkelijke naar de nieuwe eigenaar. Zie Anding (1994); Black's (1996) (definieert het woord quitclaim). De quitclaim is een soort afstand doen van ten gunste van een ander, dat de facto neerkomt op een eigendomsoverdracht.
- 24 Rothbard (1998a, pp. 40-41; 1998b, pp. 134-136); Barnett (1998, pp. 77-82; 1986a, pp. 186-95); Machan (1975, pp. 116-17); Smith (1996, p. 49; 1997, p. 54).
- 25 Zie noot 30, beneden, en de begeleidende tekst.
- 26 Voor een verdere bespreking van de theorie van onvervreemdbaarheid en de legitimiteit van straffen, zie Kinsella (1998-1999; 1997).
- 27 Rothbard (1962, p. 153) schrijft : "Een contract moet worden beschouwd als een overeengekomen ruil van twee bestaande of toekomstige goederen tussen twee partijen . . . Wanprestatie moet worden gezien als diefstal van het eigendom van de ander. Als een schuldenaar daarom een goed koopt in ruil voor een belofte van toekomstige betaling kan dat goed niet als zijn eigendom worden aangemerkt totdat aan het contract is voldaan en de betaling is verricht... Een belangrijke overweging hierbij is dat een contract niet moet worden afgedwongen omdat een belofte is gedaan die niet is nagekomen. Het gaat niet aan dat incassobureaus in de vrije markt beloftes afdwingen vanwege het enkele feit dat het beloftes zijn; het is de taak van incassobureaus om af te dwingen tegen diefstal, en contracten worden afgedwongen wegens de impliciete diefstal die ermee gemoeid is. Het bewijs van een belofte om voor een goed te betalen is een afdwingbare eis, omdat degene die de eis stelt de facto eigenaar is van het betreffende goed, en het niet-nakomen van deze eis is gelijk aan diefstal van het goed." Zie ook Rothbard (1962, pp. 152-155; 1998b). Evers (1977, p.11 n.5) stelt: "Zodra het geld opeisbaar is fraudeert de debiteur jegens de crediteur en heeft hij het goed onrechtmatig onder zich... zelfs al heeft de debiteur het geld niet om de crediteur te betalen" (cursivering toegevoegd). Boaz (1997, pp. 80-81) neemt de Rothbardiaanse contractuele analyse (zonder verantwoording) over, evenals de fout van Rothbard dat het impliciet diefstal is wanneer een schuldenaar zijn schuld niet op de vervaldatum betaalt.
- 28 Rothbard (1998b, p. 144).
- 29 Rothbard (1998b, p. 134).
- 30 Om vergelijkbare redenen vergist Rothbard zich wanneer hij zegt dat een toekomstige werknemer die een voorschot voor nog te leveren diensten ontvangt noodzakelijkerwijs een dief is als hij het geld niet teruggeeft. Rothbard (1998b, p. 137). Alleen als de toekomstige werknemer het geld nog steeds bezit en weigert om het terug te betalen is hij een dief. Ook Rothbards stelling dat het niet-voldoen aan een resultaatsverbintenis (wat meebrengt dat er schadevergoeding zal worden betaald als er wanprestatie is) "impliciete diefstal" is van degenen door wie de belofte is gedaan is verkeerd. Rothbard (1998b, p. 138).
- 31 La. Civ. Code art. 1971. Zie ook Litvinoff (1987, p. 23).

32 Daarom is Childs (1994, p. 722) standpunt onjuist dat de "fundamentele morele principes van het libertarisme het verbod op fraude niet ondersteunen. Voor een verdere bespreking van fraudewetgeving, zie Barnett (1992a); Rothbard (1998b, p. 143).

### Aangehaalde en aanbevolen literatuur

- Adcock, Jon C. (1985) Note, "Detrimental Reliance," in "Obligations Symposium," *Louisiana Law Review* 45:753-770.
- Anding, Gregory Michael (1994) Comment, "Does This Piece Fit?: A Look at the Importation of the Common-Law Quitclaim Deed and After-Acquired Title Doctrine into Louisiana's Civil Code," *Louisiana Law Review* 55:159-177.
- Barnett, Randy E. (1998) *The Structure of Liberty: Justice and The Rule of Law*. Oxford: Clarendon Press; info at <<http://www.bu.edu/rbarnett/RBBIO.htm>>
- (1992a) "Rational Bargaining Theory and Contract: Default Rules, Hypothetical Consent, the Duty to Disclose, and Fraud," *Harvard Journal of Law & Public Policy* 15:783-803.
- (1992b) "The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent," *Virginia Law Review* 78:821-911.
- (1986a) "Contract Remedies and Inalienable Rights," *Social Philosophy & Policy* 4, no. 1, pp. 179-202.
- (1986b) "A Consent Theory of Contract." *Columbia Law Review* 86:269-321.
- Barnett, Randy E. & Becker, Mary E. (1987) "Beyond Reliance: Promissory Estoppel, Contract Formalities, and Misrepresentations," *Hofstra Law Review* 15:443-497.
- Boaz, David (1997) *Libertarianism: A Primer*. New York: The Free Press; info at <<http://www.libertarianism.org/>>
- Buckley, F.H. (1988) "Paradox Lost," *Minnesota Law Review* 72:775-827.
- Child, James W. (1994) "Can Libertarianism Sustain a Fraud Standard?," *Ethics* v. 104, no. 4 (July 1994): 722-738.
- Cohen, Morris R. (1933) "The Basis of Contract," *Harvard Law Review* 46: 573.
- Egan, Thomas P. (1993) "Equitable Doctrines Operating Against the Express Provisions of a Written Contract (or When Black and White Equals Gray)," *DePaul Business Law Journal* 5:261-312.
- Evers, Williamson M. (1977) "Toward a Reformulation of the Law of Contracts," *Journal of Libertarian Studies* 1:3-13 (Winter 1977); <[http://www.mises.org/journals/jls/1\\_1/1\\_1\\_2.pdf](http://www.mises.org/journals/jls/1_1/1_1_2.pdf)>
- Fried, Charles (1982) *Contract as Promise*, Harvard University Press.
- Goetz, Charles J. & Scott, Robert E. (1980) "Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract," *Yale Law Journal* 89:1261.
- Herman, Shael (1984) "Detrimental Reliance in Louisiana Law – Past, Present, and Future (?): The Code Drafter=s Perspective," *Tulane Law Review* 58: 707-757.
- Hoppe, Hans-Hermann (1993) *The Economics and Ethics of Private Property*. Boston: Kluwer Academic Publishers.
- (1989) *A Theory of Socialism and Capitalism*. Boston: Kluwer Academic Publishers.
- Kinsella, N. Stephan (1998-1999) "Inalienability and Punishment: A Reply to George Smith," *Journal of Libertarian Studies* 14:1 (Winter 1998-99): 79-93; <[http://www.mises.org/journals/jls/14\\_1/14\\_1\\_4.pdf](http://www.mises.org/journals/jls/14_1/14_1_4.pdf)>
- (1997) "A Libertarian Theory of Punishment and Rights." *Loyola of Los Angeles Law Review* 30:607-645.
- (1996) "New Rationalist Directions in Libertarian Rights Theory." *Journal of Libertarian Studies* v. 12, no. 2 (Fall 1996): pp. 313-326; <[http://www.mises.org/journals/jls/12\\_2/12\\_2\\_5.pdf](http://www.mises.org/journals/jls/12_2/12_2_5.pdf)>; Dutch version "Hebben we rechten? Nieuwe rationalistische richtingen in de Libertarische Rechten Theorie," at <<http://www.libertarian.nl/artikelen/artikelen/rechten.htm>>
- (1995) "Legislation and the Discovery of Law in a Free Society," *Journal of Libertarian Studies* vol. 11, Summer 1995, p. 132; <[http://www.mises.org/journals/jls/11\\_2/11\\_2\\_5.pdf](http://www.mises.org/journals/jls/11_2/11_2_5.pdf)>
- (1994) "A Civil Law to Common Law Dictionary," *Louisiana Law Review* vol. 54, pp. 1265-1305.
- Larroumet, Christian (1986) "Detrimental Reliance and Promissory Estoppel as the Cause of Contracts in Louisiana and Comparative Law," *Tulane Law Review* 60: 1209.
- Litvinoff, Saül (1992) *The Law of Obligations*, St. Paul, Minn.: West Publishing Co.
- (1987) "Still Another Look at Cause," *Louisiana Law Review* 48: 3-28.
- (1975) *Obligations*, vol. 2, St. Paul, Minn.: West Publishing Co.

- (1969) *Obligations*, vol. 1, St. Paul, Minn.: West Publishing Co.
- Louisiana Civil Code. [http://www.la-notary.com/lib\\_civil.html](http://www.la-notary.com/lib_civil.html); <<http://www.legis.state.la.us/tsrs/search.htm>>
- Machan, Tibor R. (1975) *Human Rights and Human Liberties*, Chicago: Nelson Hall.
- Mason, Malcolm S. (1941) "The Utility of Consideration- A Comparative View," *Columbia Law Review* 41: 825-848.
- Mises, Ludwig von (1966) *Human Action*. 3d. rev. ed. Chicago: H. Regnery.
- Rothbard, Murray N. (1962) *Man, Economy and State*. Los Angeles: Nash Publishing.
- (1998a) *The Ethics of Liberty*. New York and London: New York University Press (1998 [1982]).
- (1998b) "Property Rights and the Theory of Contracts," in Rothbard (1998a), pp. 133-48.
- Smith, George H. (1997) "Inalienable Rights?," *Liberty* 10:6, July 1997: p. 51.
- (1996) "A Killer's Right to Life," *Liberty* 10:2, Nov. 1996: p. 46.