



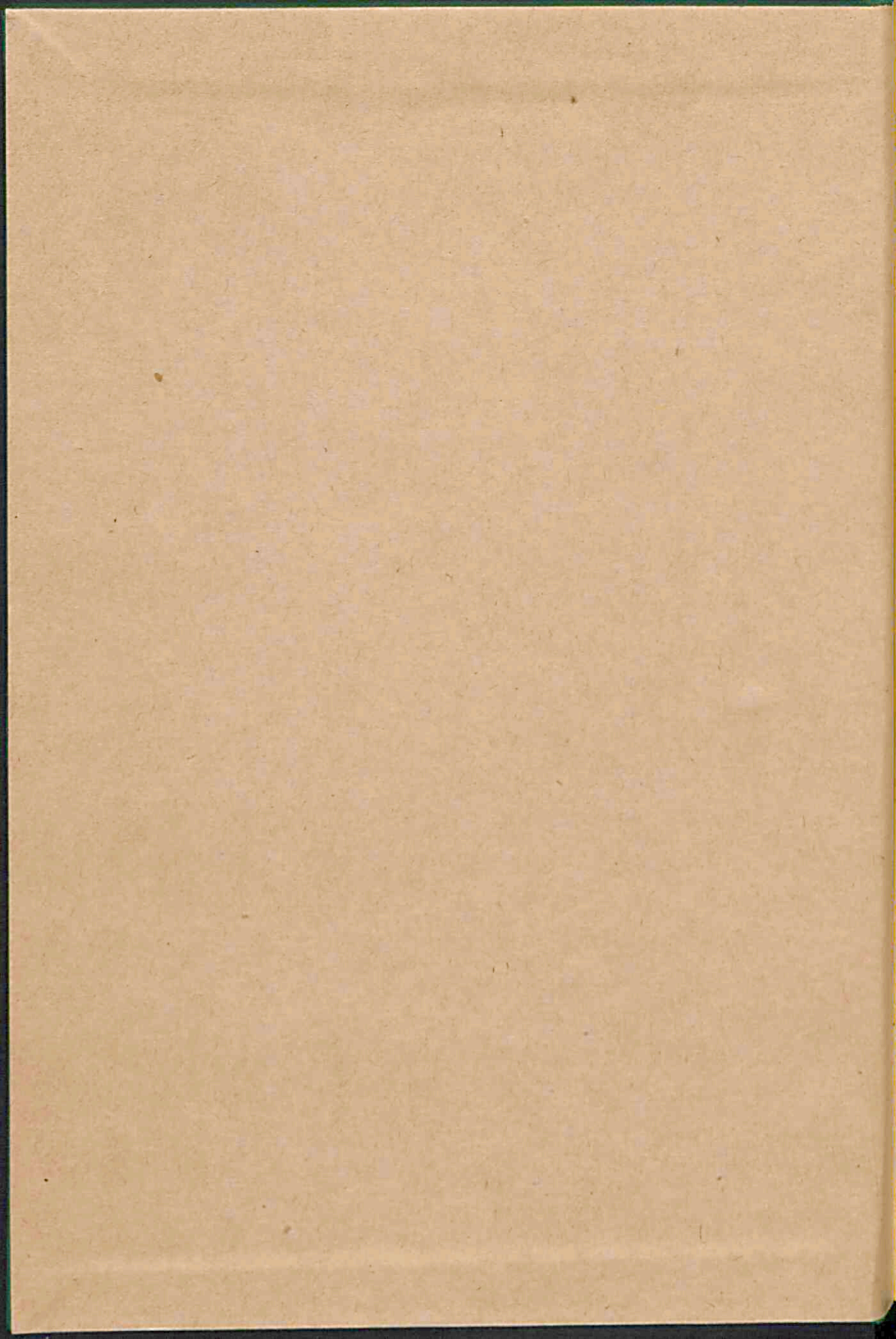
Het verzuim der huwelijksafkondigingen bij huwelijken in het buitenland voltrokken

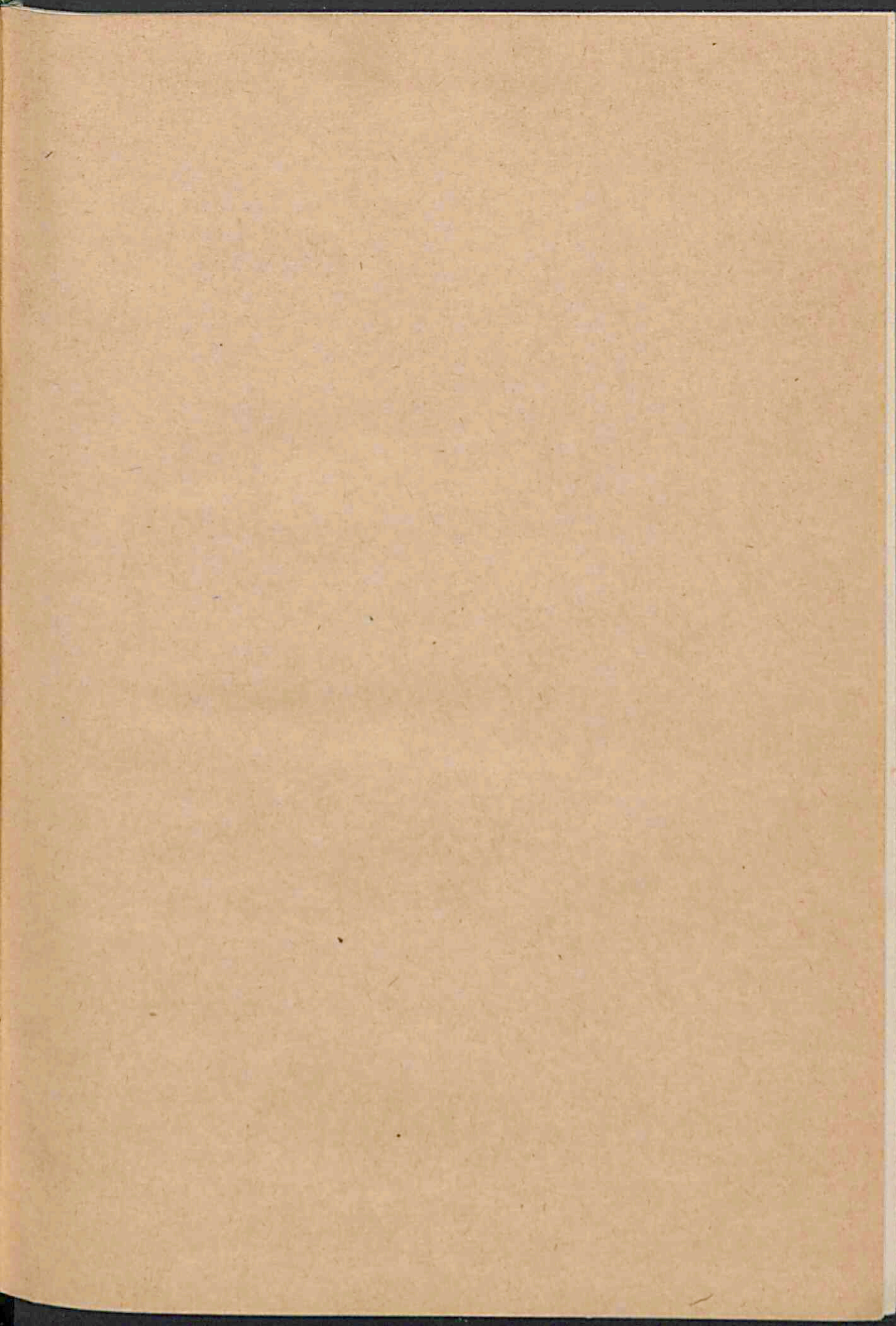
<https://hdl.handle.net/1874/248928>

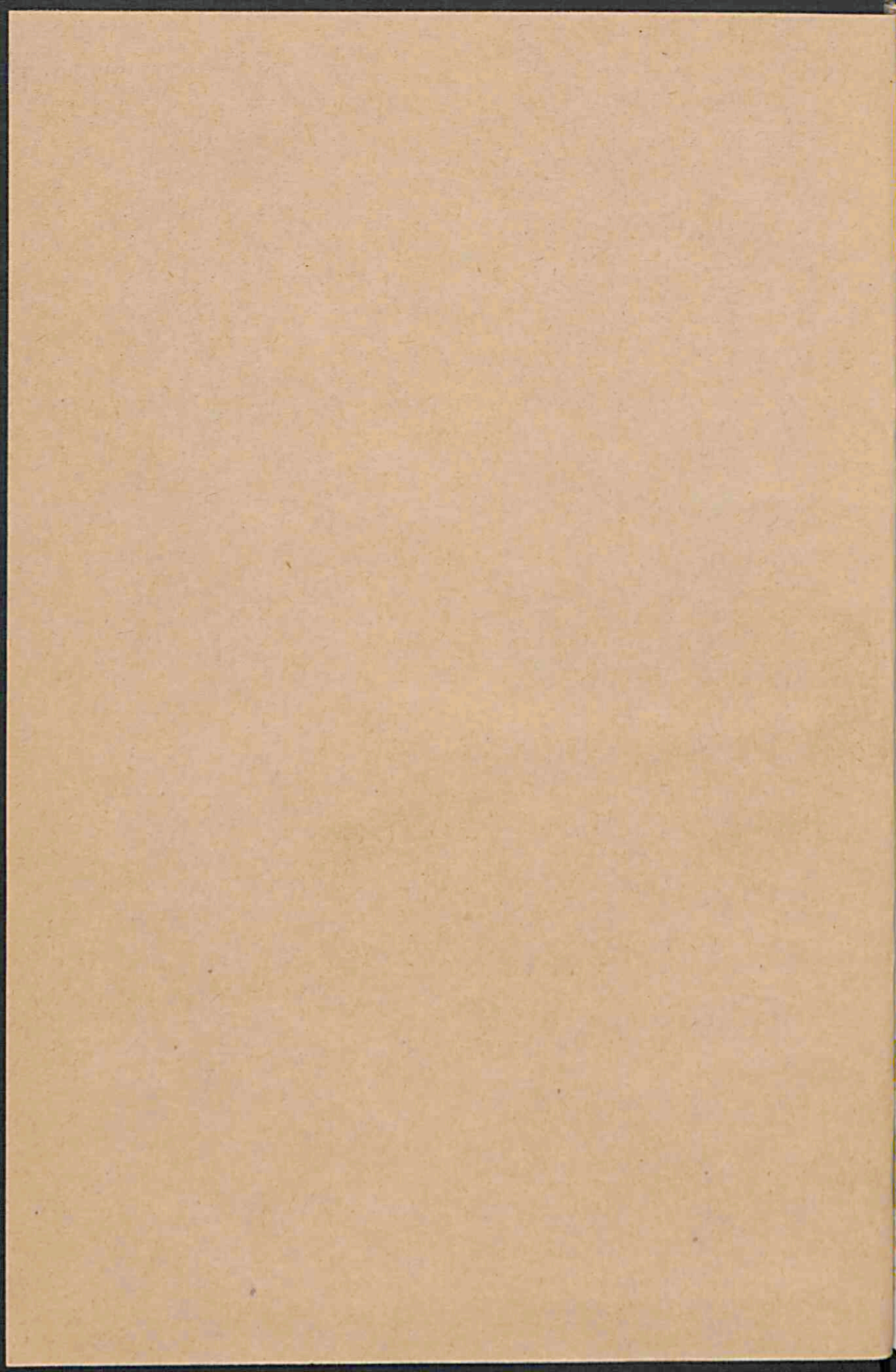
HET VERZUM DER HUWELIJS-AFKONDIGINGEN
BIJ HUWELIJKEN
IN HET BUITENLAND VOLTROKKEN.

Proefschrift

DOOR







HET VERZUIM DER HUWELIJSAFKONDIGINGEN
BIJ HUWELIJKEN
IN HET BUITENLAND VOLTROKKEN.

RIJKSUNIVERSITEIT UTRECHT



1088 3852

Diss. Utrecht 1878

HET VERZUM DER HUWELIJSAFKONDIGINGEN

BIJ HUWELIJKEN
IN HET BUITENLAND VOLTROKKEN.

PROEFSCHRIFT,

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD

VAN

DOCTOR IN DE RECHTSWETENSCHAP,

AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT,

MET VERGUNNING VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS

MR. J. A. FRUIN,

HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID,

VOLGENS BESLUIT VAN DEN SENAAAT DER UNIVERSITEIT,

OP VOORDRACHT VAN DE FACULTEIT VAN RECHTSGELEERDHEID,

TE VERDEDIGEN

op VRIJDAG den 6den DECEMBER 1878, des namiddags ten 1 ure,

DOOR

EILKO EGER SICKINGHE.

GEBOREN TE GRONINGEN.



UTRECHT

Firma L. E. BOSCH EN ZOON.

1878.

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

Aan mijnen Vader.

VOORWOORD.

De onzekerheid, die nog steeds bestaat over de gevolgen van het verzuim der huwelijksafkondigingen bij huwelijken in het buitenland voltrokken, en de poging, onlangs door Mr. Heemskerk gewaagd, om die door eene nieuwe verklaring van art. 138 B. W. wegtenemen, heeft — daar ik mij met de verklaring niet vereenigen kan — er mij toegebracht, om ook mijn gevoelen over deze belangrijke rechtsvraag uiteenzetten, en de methode aantewijzen, die, naar mijn oordeel, bij hare behandeling behoort gevolgd te worden.

Voordat ik tot de behandeling van mijn onderwerp overga, heb ik nog een' aangenamen plicht te vervullen. Het is mij eene behoefte een woord van bizonderen dank te richten tot mijn' hooggeachten

Promotor, Professor Fruin; aan hem, die steeds bereid is geweest mij met zijne meerdere kennis voor te lichten en mij met raad en daad bij te staan, niet het minst bij de bewerking dezer weinige bladzijden, gevoel ik groote verplichting.

Ook U allen, Hoogleeraren der rechtsgeleerde faculteit aan deze universiteit, zeg ik dank voor uwe wijze lessen, en voor den raad en de hulp, die ik meermalen bij u vond.

U eindelijk, waarde mede-akademieburgers, met wie ik gedurende mijn' studentenloopbaan in min of meer nauwe betrekking stond, betuig ik mijn' erkentelijkheid voor de welwillendheid en vriendschap, die ik in zoo velerlei opzichten en ten allen tijde onderonden heb.

„De huwelijken, in een vreemd land aangegaan, hetzij tusschen Nederlanders, hetzij tusschen Nederlanders en vreemdelingen, zijn van waarde, mits de huwelijksafkondigingen, volgens de tweede afdeeling van dezen titel, binnen dit koninkrijk, zonder stuiting des huwelijks, hebben plaats gehad.” De zin dezer in artikel 138 B. W. voorkomende bepaling is nog altijd onzeker. Bepaaldelijk verschilt men bij het beantwoorden der vraag, welke waarde die in het buitenland gesloten huwelijken zullen hebben, wanneer de huwelijksafkondigingen hier te lande verzuimd zijn?

Drie antwoorden zijn hierop gegeven:

1^o. Zulk een huwelijk zal van onwaarde zijn, zal als niet bestaande moeten beschouwd worden;

2°. Het zal vatbaar zijn voor nietigverklaring door den rechter;

3°. Het zal even geldig zijn, als wanneer de afkondigingen hier te lande wèl hadden plaats gehad.

Ter beoordeeling welk van deze drie antwoorden het meest met de letter en de bedoeling der wet overeenkomt, moeten wij, met behulp zoowel van de grammatikale als van de logische wetsuitlegging, tot den zin van art. 138 trachten door te dringen.

Daarbij moeten wij ons wachten voor twee dwaalingen, die, door sommigen begaan, den wetenschappelijken strijd over deze belangrijke rechtskwestie niet alleen noodeloos verzwaard, maar zelfs tot de grootste ongerijmdheden aanleiding hebben gegeven.

✓ De eerste is deze, dat een zaak tegelijk bestaande en niet bestaande zou kunnen zijn. Dit is een onmogelijkheid; men moet tot de zuivere stelling komen: het huwelijk bestaat, hetzij absoluut geldig, hetzij vernietigbaar op grond van het verzuim der afkondigingen, òf het bestaat niet, het is ipso jure nietig; maar het is ondenkbaar, dat hetzelfde huwelijk, met betrekking tot een zijner gevolgen of in het eene geval, als bestaande, met betrekking tot een ander gevolg of in een ander geval, als niet bestaande zou moeten worden aangemerkt.

Onze wet geeft zekere voorschriften aan den

Nederlander, die in den vreemde een huwelijk sluiten wil; zijn die voorschriften in acht genomen, dan heeft hij een geldig huwelijk gesloten; zijn zij dat niet, dan is het huwelijk geldig, vernietigbaar of absoluut nietig, al naarmate de Nederlandsche wet dit voorschrijft; maar zij heeft niet gewild en zou niet kunnen gewild hebben, dat het huwelijk, hoewel nietig, toch in sommige gevallen als geldig beschouwd zal worden; voor haar moet het, ofschoon wellicht vernietigbaar, bestaan of niet bestaan; tegelijkertijd bestaan en niet bestaan, kan het voor haar niet, en wat naar buitenlandsch recht het geval is, is haar onverschillig. —

De tweede dwaling, waartegen ik meen te moeten waarschuwen, is, dat men de afkondigingen zou beschouwen als behorende tot het huwelijk zelf; deze toch zijn niets anders dan eene voorafgaande formaliteit en aan de huwelijksvoltrekking vreemd. De door ons te behandelen vraag wordt dus niet geprejudicieerd door deze andere: of een in 't buitenland gesloten huwelijk, waarbij de afkondigingen hier te lande verzuimd zijn, nietig is, omdat het niet in 't openbaar is voltrokken, zooals Foelix ¹⁾ beweert dat in 't Fransche recht het geval kan zijn, op grond

¹⁾ *Traité du droit international privé*, pag. 373.

van art. 191 van den Code Civil, bepalende dat een huwelijk vernietigbaar is: „qui n'a pas été contracté publiquement.” De huwelijksafkondigingen toch gaan vooraf aan, en behooren niet tot de huwelijksvoltrekking.

Gaan wij thans over tot de behandeling der vraag zelve, en zien wij in de eerste plaats, of de grammaticale uitlegging van onze bepaling tot een zeker resultaat leidt.

Hierbij hangt alles af van de kracht van het woordje „mits”; is het waar dat dit eene *conditio sine qua non* aanduidt, dan zal er bij verzuim der afkondigingen geen huwelijk bestaan; is de beteekenis van het woordje daarentegen niet zoo gestreng, dan zal het huwelijk bestaan, ook wanneer de afkondigingen verzuimd zijn.

Slaan wij hierbij vooreerst een blik op art. 170 van den Code Civil, dat aan ons art. 138 B. W. ten grondslag ligt, en waar, in de gelijkluidende bepaling, het woord *pourvu que* gebruikt wordt.

Marcadé ¹⁾ beweert, dat dit voegwoord eene andere beteekenis heeft dan het in hetzelfde artikel gebezigde woordje *si*.

„Les conjonctions *si, quand, lorsque*”, zegt hij,

¹⁾ Explication théorique et pratique du Code Napoléon. T. I, sur l'art. 170, n°. II, pag. 429 et 430.

„qui peuvent avoir parfois la même énergie que la conjonction *pourvu que*, ne l'ont pas nécessairement; quand le premier cas d'une alternative est marqué par l'une des premières conjonctions, le second cas ne se trouve pas pour cela résolu d'une manière certaine. Quand je dis: „Si vous partez, je partirai”, je n'indique pas nécessairement par là ce que je ferai dans le cas contraire; et si la pensée que je garde „in mente” peut être celle-ci: „Si vous ne partez pas, je resterai”, elle pourrait bien au-contraire être celle-ci: „Si vous ne partez pas, je partirai encore.” C'est pour cela qu'on a eu raison de dire: „qu'il ne faut pas toujours se fier aux arguments *a contrario*.”

„Mais il n'en est pas ainsi de la conjonction *pourvu que*: puisqu'elle exprime un moyen rigoureusement nécessaire, une *conditio sine qua non*.”

Of hij hierin recht heeft, of het inderdaad waar is, dat het woord *pourvu que* in beteekenis zoo geheel verschilt van de andere door hem genoemde woorden, waag ik niet te beslissen, hoewel ik erkennen moet, het niet wèl te kunnen aannemen.¹⁾ Maar ik verdiep

¹⁾ Het is zonderling, dat onze wetgever, die den strijd over den Franschen tekst kende, hierin geen verbetering bracht en het dubbelzinnige *pourvu que* door het even dubbelzinnige *mits* vertaalde.

mij niet in dezen strijd over de beteekenis van een vreemd woord, dien een vreemdeling moeielijk kan beslissen: genoeg zij het geconstateerd te hebben, dat reeds over de bepaling, die de bron van de onze is, een gelijke strijd bestond als over deze.

Daar dus de tekst van het Fransche artikel ons niet verder brengt, moeten wij in onze eigene taal zoeken naar de kracht van het woord mits, waar door het woord *pourvu que* vertaald is.

Er zijn er ¹⁾, die daaraan dezelfde kracht willen toekennen, als Marcadé aan *pourvu que*, en dus van de huwelijksafkondigingen eene *conditio sine qua non* maken voor het bestaan van een in het buitenland gesloten huwelijk.

Ik ben het volkomen met Diephuis ²⁾ en Opzoomer eens, dat de kracht van het woord mits, niet zoo ondubbelzinnig is, dat het niet anders zou kunnen worden opgevat dan sommigen, in navolging van Marcadé, meenen. Bij het gebruik daarvan, en van dergelijke uitdrukkingen, kan alleen het verband uitmaken, in welken zin het gebezigd is. Ook in onze wet

¹⁾ Zie o. a. Mr. A. de Pinto, Handleiding tot het Burgerlijk Wetboek, II pag. 31 v.v.

²⁾ Het Nederlandsch Burgerlijk recht, Deel IV, 1^o stuk, bl. 153 v.v.

dienen wij ons daardoor te laten leiden. Al moge wellicht hier en daar het woordje mits in den streng voorwaardelijken zin gebezigd zijn, zeker is het dat het niet altijd eene *conditio sine qua non* uitdrukt, maar dat het, zooals Prof. Diephuis terecht opmerkt, meermalen eenvoudig moet dienen, niet om het een van het ander, als van eene noodzakelijke voorwaarde afhankelijk te stellen, maar om op eene verplichting te wijzen, die volgens de wet aan eenig feit of het daaraan toegekende rechtsgevolg verbonden is.

Ik wil, ten bewijze van de juistheid dezer stelling, de verschillende door Prof. Diephuis aangehaalde wetsbepalingen, waarin het woordje mits, volgens hem, in deze laatste beteekenis voorkomt, kortelijk nagaan, en de gronden, tegen zijn betoog onlangs door Mr. Heemskerk ¹⁾ aangevoerd, voor zooveel noodig, trachten te wederleggen.

Ten eerste dan wijst Diephuis ²⁾ op art. 661 B. W., hetwelk aldus luidt:

„Hij, die van eene hem niet toebehoorende stof

¹⁾ Akademisch Proefschrift „over huwelijken van Nederlanders buiten 's lands,” pag. 67 v.v.

²⁾ Zie: Opmerkingen en Mededeelingen XVII, pag. 285 v.v. en Ned. Burg. Recht t. a. p.

een voorwerp van een nieuwe soort maakt, wordt eigenaar van dat voorwerp, mits hij den prijs betale der stof, en, zoo daartoe gronden zijn, de kosten, schaden en interessen vergoede",

en verder op art. 663 B. W., luidende:

„Indien het nieuwe voorwerp is voortgebracht door de vereeniging van onderscheidene stoffen, aan verschillende eigenaars toebehoorende, en door de daad van een' dier eigenaars, zoo bekomt laatstgemelde den eigendom, onder gehouden is om aan de anderen de waarde der stoffen te voldoen, met vergoeding van kosten, schaden en interessen, indien daartoe gronden zijn.

Diephuis vraagt, of in art. 661 de betaling de voorwaarde der eigendoms-verkrijging is, en wie dan intusschen de eigenaar der zaak is (die toch wel in het bezit van den bewerker zijn zal)."

Neemt men aan dat mits een *conditio sine qua non* uitdrukt, dan moet men het eerste gedeelte dezer vraag bevestigend beantwoorden en op het tweede gedeelte het antwoord schuldig blijven.

Het blijkt echter uit de vergelijking der twee artikels, dat de eigendomsverkrijging niet van een' voorwaarde afhankelijk gesteld wordt, maar aan hem die den eigendom verkregen heeft, slechts eene verplichting wordt opgelegd.

Mits - J. v. d. H. wordt per definitief eigenaar alhoewel het niet heeft.

Dat deze uitlegging de ware is, blijkt ook nog uit den Franschen tekst van het Wetboek van 1830, en uit de, op gelijke gevallen slaande, artikels 570 en 574 van den Code Civil, waar geschreven staat „en remboursant.”

Heemskerk ¹⁾ zegt hiertegen, dat er tusschen artt. 138 en art. 661 B. W. een aanmerkelijk onderscheid bestaat, omdat art. 138 zegt „mits de huwelijksafkondigingen hebben plaats gehad” terwijl er in art. 661 staat: „mits hij den prijs betale.” „Stond er: „mits hij betaald hebbe””, zegt hij, „dan zou er inderdaad geen eigendomsverkrijging kunnen zijn, voor en aler er betaald was.”

Deze redeneering gaat echter volstrekt niet op.

Mr. Heemskerk ziet in het woord mits steeds een *conditio sine qua non*; en het verschil van den in 'teene geval gebruikten tegenwoordigen, in 't andere geval verleden tijd, kan de kracht van dat woord niet veranderen. Degeen die het voorwerp gemaakt heeft, wordt slechts eigenaar op het oogenblik dat hij den prijs betaalt; het onverbiddelijke woordje mits verhindert zijne eigendomsverkrijging vóór dien tijd, en men moet dus in dit

¹⁾ t. a. p.

stelsel zeggen: betaalt hij den prijs niet, dan wordt hij ook geen eigenaar.

Stond er: „betaald hebbe”, dan zou er aldus geredeneerd moeten worden: „Er is geen prijs betaald, dus hij werd geen eigenaar.” Nu er „betale” staat, is het eenige verschil tusschen hetgeen er nu gebeuren zal (als men namelijk mits als *conditio qua non* beschouwt), en hetgeen er gebeuren zou, als er stond: „betaald hebbe”, dat in het laatste geval de eigendom eenige oogenblikken later verkregen zou worden. Wie echter dan eigenaar is (of zijn zou) in den tusschentijd, wordt niet gezegd.

Maar niet alleen moet de prijs betaald worden, ook de kosten, schaden en interessen moeten vergoed worden, zoo daartoe gronden zijn; men zou dus moeten zeggen: „worden die niet vergoed, dan wordt de specificator evenmin eigenaar”, en daar er tot de berekening daarvan steeds eenige tijd noodig is, zoo zou er altijd een tijdsruimte zijn, dat het voorwerp geen eigenaar hebben zou. Al deze zwaarigheden worden opgelost, wanneer men aanneemt dat mits hier geen *conditio sine qua non*, maar slechts een verplichting aanduidt. Zoo is het dan ook; men kan veilig aannemen dat „mits hij betale” in art. 661 B. W. hetzelfde beteekent als „onder gehouden is om te

voldoen" in art. 663 B. W. en „en remboursant" in den Franschen tekst.

Een tweede voorbeeld vindt men in art. 1647 B. W. dat aldus luidt:

„De aanbesteder kan, des goedvindende, de aanneming opzeggen, ofschoon het werk reeds begonnen zij, mits hij den aannemer wegens alle deszelfs gemaakte kosten, arbeid en winstderving, volkomen schadeloos stelle."

*Behaeft niet dus
te gebeuren*

„Zal nu de opzegging eerst werken", vraagt Diephuis, „wanneer de schadeloosstelling wordt uitbetaald, waaraan een meer of min ingewikkelde berekening moet voorafgaan, opgemaakt door den aannemer, die in zijn belang die werking zou kunnen willen vertragen? Of zal de opzegging dadelijk werken, behoudens de schadeloosstelling?" Hierop moet ongetwijfeld in laatstgemelden zin geantwoord worden, en is onder mits evenals in het eerst aangehaalde voorbeeld, niets anders te verstaan dan onder gehouden is om. Wil men hier aan het woordje mits de kracht eener *conditio sine qua non* geven, dan moet men dus ook weêr zeggen:

„Stelt de aanbesteder den aannemer niet schadeloos, dan kan hij de aanneming niet opzeggen." Wat zal hiervan echter het gevolg zijn? dat niet alleen de aannemer de werking der opzegging kan vertragen,

maar zelfs geheel kan verhinderen. De schadeloosstelling toch moet steeds vooruit berekend worden; zoolang dit niet gebeurd is kan er niemand schadeloos gesteld worden.

De aannemer echter blijft rustig doorwerken, zoo hij niet met de opzegging tevens schadeloosstelling ontvangt; want zonder deze kán de aanbesteder niet opzeggen, met andere woorden de opzegging is krachteloos, de aannemer behoeft er zich niet aan te storen.

Daar het nu wel bijna altijd een onmogelijkheid zal zijn, die schadeloosstelling te berekenen, zoo de aannemer niet ophoudt met werken, moet men de door mij bestreden opvatting afkeuren, daar deze het artikel tot een bepaling zou maken, die nooit of althans bijna nooit van toepassing zijn zou. Daar nu hierbij nog komt, dat in het bijna gelijkluidend artikel 1794 van den Code Civil „en dédommageant” staat, zoo ligt weder de conclusie voor de hand, dat onze bepaling dezelfde beteekenis heeft, en ook hier slechts eene verplichting opgelegd wordt.

Ook in het Wetboek van Koophandel vindt Diephuis een paar voorbeelden, en wel ten eerste in art. 378:

„Hij (de schipper) is bevoegd, om, alvorens de reis bij het voorgaande artikel vermeld te ondernemen, zich voor het beloop van de in zijn schip voor

scheepsrekening geladene goederen, of de vordering wegens uitschotten, die hij voor rekening van het schip gedaan heeft, te laten verzekeren, mits hij daarvan bij het verzenden van de rekening aan den eigenaar of boekhouder kennis geve".

Terecht zegt de Hoogleeraar dat de bevoegdheid des schippers en de kracht der verzekering niet van die kennisgeving afhankelijk zijn, maar dat hem eenvoudig een verplichting opgelegd wordt. Die kennisgeving heeft ook niets met het essentiële der zaak te maken; het verzuim er van kan dus ook nooit oorzaak zijn dat de schipper zijn bevoegdheid of de verzekering haar kracht verliest. Een krachtig argument voor deze interpretatie vindt men in de vergelijking van den Hollandschen en den Franschen tekst van het Wetboek van 1830; in den eersten wordt hetzelfde mits gebruikt, in den laatsten staat: „mais il est tenu d'un prévenir le directeur”

Op dezelfde wijze als hierboven wordt ook hier de bewering van Heemskerk wêerlegd, die wederom wijst op het onderscheid tusschen „hebben plaats gehad” in art. 138 B. W. en „geve” in art. 378 W. v. K., want ook hier zal men, de bekende beteekenis aan mits gevende, moeten zeggen: „Geeft de schipper geen kennis, dan is hij onbevoegd, en de verzekering krachteloos”, daar toch ook hier het

verschil van tijd aan dit woord geen verschillende kracht geven kan.

Ten laatste haalt Diephuis art. 603^a W. v. K. aan, aldus luidende:

„Verzekering mag gedaan worden op schepen en goederen, welke reeds vertrokken of vervoerd waren, van de plaats, van waar het gevaar voor rekening van den verzekeraar zou beginnen te loopen; mits in de polis worde uitgedrukt, hetzij het juiste tijdstip van het vertrek des schips of de vervoering der goederen, hetzij de onwetendheid van den verzekerde te dien opzichte”, in vergelijking met art. 605 W. v. K., 't geen zegt, dat het niet uitdrukken van dat tijdstip, zal worden gehouden voor eene „erkenning, dat hetzelfde (het schip) bij het afgaan van den laatsten post, die vóór het sluiten der polis is aangekomen, of alwaar geene geregelde posten zijn, bij de laatste bekwame gelegenheid om tijding over te brengen, nog was liggende ter plaatse van waar hetzelfde moest vertrekken.”

Wil men hier de wet geen geweld aandoen, dan kan men niet met Diephuis zeggen dat „die uitdrukking niet de noodzakelijke voorwaarde is voor de geldigheid der verzekering”, want dat is zij zeer zeker, wel. Uit art. 605 toch blijkt juist, dat, wanneer dat tijdstip niet is uitgedrukt, de verzekerde als 't ware erkent dat het schip nog niet vertrokken is; hij zal

dus een gewone verzekering gesloten hebben. Men ziet dat hier dus wel degelijk *argumento a contrario* geredeneerd mag en moet worden, en dat mits hier een *conditio sine qua non* uitdrukt.

Men vindt het woord mits ook nog gebruikt in art. 613 W. v. K.:

„De werkelijke waarde der verzekerde goederen mag verhoogd worden met de vracht, inkomende rechten en andere onkosten, welke bij de behoudene aankomst noodzakelijk moeten worden betaald, mits daarvan melding in de polis worde gemaakt.”

Ook hier heeft mits dezelfde beteekenis als in het aangehaalde art. 603 W. v. K., want de polis is het eenige bewijs voor die verhooging der verzekeringsom boven de waarde der goederen.

Wat zien wij nu uit die aangehaalde wetsartikelen? Dat de wetgever het woord mits niet altijd in de zelfde beteekenis gebruikt heeft, maar er nu eens een *conditio sine qua non* door uitdrukt, dan eens niet, en er dan blootelijk de eene of andere verplichting door oplegt, zoodat wij uit de letter der wet niet kunnen opmaken, of hij in art. 138 de huwelijksafkondigingen tot een vereischte gemaakt heeft, welks verzuim nietigheid van het huwelijk na zich slepen zal, of dat hij ze slechts als een verplichting aan de echtgenooten heeft opgelegd, en het

verzuim daarvan niets aan de geldigheid van het huwelijk afdoet.

Een andere basis voor de verklaring van het artikel zoekende, moeten wij zien, of wij de bedoeling van den wetgever kunnen uitvorschen, en vinden wij werkelijk dat de Regeering hare meening over onze bepaling verklaard heeft ¹⁾.

De kwestie kwam ter sprake bij de behandeling van art. 154 B. W., 't geen o. a. de bepaling bevat, dat huwelijken, hier te lande voltrokken, geldig zijn, in weerwil van het verzuim der voorgeschreven huwelijksafkondigingen. Een der afdeelingen bracht hier tegen in dat er tusschen deze bepaling en die van art. 138 een soort van tegenspraak bestond, omdat dit laatste eischte voor de „validité du mariage, que les publications aient été faites dans le royaume”. De Regeering antwoordde hierop het volgende: „Ces deux dispositions ne sont nullement contradictoires. Pour ce qui concerne les mariages contractés dans le royaume, le défaut des publications requises n'entraîne pas la nullité du mariage, parce que l'officier de l'état civil peut être puni de sa négligence, de sa collusion ou de sa fraude; on a autant que possible prévenu par là la violation des formalités prescrites par la loi.

¹⁾ Zie Voorduin, Deel II, pag. 271 en 272.

„Quant aux mariages contractés en pays étranger, le législateur, par une faveur particulière, en reconnaît la validité, moyennant les conditions qu'il a imposées dans l'intérêt public; or, si les publications requises n'ont pas lieu, la loi n'accorde pas dans le fait une action en nullité, mais elle considère le mariage comme non avenu, elle n'en reconnaît pas l'existence. D'où il résulte non seulement, que les deux articles sont en pleine harmonie, mais qu'il était nécessaire d'exiger impérieusement les publications dans le Royaume, afin de prévenir que des mariages ne fussent contractés dans l'étranger contre la volonté et à l'insu des parens.”

Hoewel zij naar ik meen op verschillende gronden onjuist is, zou ik mij bij deze verklaring der Regearing moeten neêrleggen, zoo er niet eenige artikelen waren, die daarmede volkomen in strijd zijn.

Beschouwen wij vooreerst art. 138, in verband met art. 146 B. W. In 't eerstgenoemde artikel wordt ook nog als voorwaarde opgenoemd: „mits de Nederlandsche echtgenooten niet hebben gehandeld tegen de bepalingen in de eerste afdeeling van denzelfden titel (d. i.: den vijfden: „van het huwelijk”) vervat.” Deze bepaling en die betreffende de afkondigingen staan beide onder den invloed van hetzelfde woord mits; is de eene dus eene conditio sine qua

non, dan is de andere dit ook; beschouwt de wet dus het huwelijk bij verzuim der afkondigingen als niet geschied, dan moet zij dit evenzeer doen, indien de Nederlandsche echtgenooten tegen een der bepalingen van de 1^e afdeeling van dezen titel hebben gehandeld.

° Nu zien wij echter in art. 146, dat daar bepaald wordt, van wanneer de termijn begint te loopen, gedurende welken de daartoe aangewezen personen den eisch kunnen instellen tot nietigverklaring van een huwelijk, waarbij tegen eenige bepalingen van de eerste afdeeling gezondigd is; dit moet dus nietig verklaard worden en wordt door de wet beschouwd als wel degelijk bestaande, anders toch behoefde de wet geen bepaalden termijn voor in 't buitenland gesloten huwelijken aan te wijzen. °

Uit het gezegde volgt, dat ook het zondigen tegen de andere voorwaarde van art. 138 (de huwelijksafkondigingen) niet het gevolg kan hebben dat het huwelijk van hen die ze verzuimd hebben, als niet bestaande zal worden beschouwd, daar die twee voorwaarden gelijke kracht hebben, als staande beide onder den invloed van het woord mits.

Heemskerk ¹⁾ ofschoon erkennende dat er strijd bestaat tusschen artt. 138 en 146 B. W., beweert dat die

¹⁾ t. a. p. pag. 84.

strijd zijn oorsprong moet vinden in een vergissing van den wetgever. „Ik zou bijna zeggen: het stelsel der wet is verbroken, er is geen stelsel meer.” Dit is voorzeker gemakkelijk gezegd, maar de antinomie valt, bij de interpretatie door de Regeering gegeven, niet weg te redeneeren, of men zou de geheele wet uit haar verband moeten rukken. Reeds daarom, geloof ik, kan men aan die interpretatie geen groot gewicht hechten. Maar er is nog meer.

De Regeering zeide ook, dat de artt. 138 en 154 „en pleine harmonie” waren, indien men aannam dat het huwelijk, bij verzuim der afkondigingen, als non avenue te beschouwen was. Art. 154 nu is een algemeene regel, die zich tot alle huwelijken uitstrekt; hoe of men nu de huwelijken in 't buitenland bij verzuim der afkondigingen als non avenues kan beschouwen, de huwelijken hier te lande voltrokken, in hetzelfde geval geheel geldig laat blijven, en dan nog kan zeggen dat die twee artikelen „en pleine harmonie” zijn, begrijp ik niet. „In 't laatste geval kan men den ambtenaar van den burgerlijken stand straffen,” zeide de Regeering, maar bij huwelijken in 't buitenland kan dit niet, dus zal men het de echtgenooten doen, en dat wel met absolute nietigheid van hun huwelijk”; dit is inkonsekwent, want dezelfde oorzaken moeten dezelfde gevolgen

hebben, en dat de afkondigingen bij huwelijken in 't buitenland zooveel noodiger zijn, dan bij die, welke hier te lande voltrokken worden, is niet waar; in de meeste gevallen toch beteekenen zij niets. De voorname grond, waarop de Regeering verklaart dat het huwelijk in ons geval als „non avenu” te beschouwen is, is deze, dat de wet slechts „par une faveur particulière” de geldigheid (la validité) erkent van in 't buitenland voltrokken huwelijken; maar ik geloof dat deze rede-neering valsch is. Vooreerst toch ben ik het niet met Marcadé ¹⁾ eens, dat de wetgever het recht had om huwelijken in 't buitenland geheel te verbieden, niet alleen, omdat zulks tegen alle goede beginselen van internationaal privaatrecht zou indruischen, maar verder ook, omdat zulks in volkomen tegenspraak zou zijn met het feit, dat het huwelijk is een „institutio juris gentium”. Dit echter daargelaten, zou het verbod om bovengenoemde redenen onpraktisch en daarbij in hooge mate onbillijk zijn, zoodat het er verre van af is, dat men het toelaten dier huwelijken een „faveur particulière” zou kunnen noemen.

Wij zien hieruit, dat de verklaring der Regeering moeilijk te rijmen is met andere wetsbepalingen, en ook bovendien in sommige opzichten niet juist is.

¹⁾ t. a. p. Tome I sur l'art. 170 n°. II.

Maar men moet bovendien geen te groot gezag toekennen aan diergelijke Regeeringsverklaringen, die, zooals Diephuis zegt, „toch slechts blijven de uitdrukking van het gevoelen van één deel der wetgevende macht, of veelal van een individuëel lid, die althans tegen eene bepaling der wet niet opwegen, of haar krachteloos maken.” Bij de beraadslagingen kan men meer voorbeelden vinden van Regeeringsverklaringen die niets beteekenen. Dit leert o. a. de geschiedenis van art. 725 al. 2 B. W. Dit zegt: „zichtbare erfdienstbaarheden zijn de zoodanige, waarvan door uitwendige werken blijkt,” en al. 3: „onzichtbare zijn dezulke welke geen uitwendig teeken van hun bestaan hebben.”

Op de aan haar gedane vraag of er onderscheid bestond tusschen „een werk” en „een teeken”, antwoordde de Regeering toestemmend, zeggende, dat voor zichtbare erfdienstbaarheden een teeken niet voldoende, maar er ook nog een werk noodig was.¹⁾

Heeft een erfdienstbaarheid dus een uitwendig teeken van haar bestaan, dan is zij niet onzichtbaar, maar blijkt van dat bestaan niet door een uitwendig werk, dan is zij ook niet zichtbaar; wat is zij dan?

¹⁾ Zie Voorduin III, pag. 493 ad. art.

Diergelijke voorbeelden zouden er vele te geven zijn.

Bij de auteurs over ons artikel vinden wij evenmin eene oplossing der moeielijkheid, waartoe het aanleiding geeft, als bij de jurisprudentie, die inconsekwent en niet zelden tegenstrijdig is, zoo als ik uit eenige door den Hoogen Raad gewezen arresten zal aantoonen.

Het eerste mij bekende arrest over onze kwestie, dd. 22 Februari 1850 ¹⁾, beschouwt deze naar het schijnt vrij wel als beslist, daar de considerans aldus luidt:

„Overwegende dat, daar het niet blijkt, dat de afkondigingen van het huwelijk, door den eischer in Engeland voltrokken, hebben plaats gehad overeenkomstig art. 107 en v.v. B. W., zijn huwelijk, althans hier te lande, naar art. 138 B. W. niet van waarde kan geacht worden ²⁾.”

Hier wil de H. R. dus dat het huwelijk volstrekt nietig zij.

Bij 't arrest van den 12 Augustus 1872 ³⁾ veran-

¹⁾ Weekblad van het Recht, n^o. 1139.

²⁾ Het hof van Groningen besliste ook den 29^{en} November 1865 (N. Bijdragen tot Rechtsg. en Wetg. 1866, deel XVI), dat een met verzuim der afkondigingen door Nederlanders buiten 's lands gesloten huwelijk, hier te lande volstrekt nietig is.

³⁾ W. v. h. R. n^o. 3485.

dert de Hooge Raad zijn meening eenigzins en verklaart het huwelijk in zeker opzicht als bestaande op de volgende gronden:

„O. dat als cassatiemiddel is aangevoerd, schending van art. 138 en verkeerde toepassing van artt. 140 en 154 B. W.;

O. dat dit middel bij het ingediende rekwes wordt aangedrongen door te beweren dat de huwelijken, voltrokken in strijd met art. 138 B. W., ipso jure van onwaarde zijn en als niet bestaande moeten worden beschouwd; dat art. 140 niet slaat op de in den vreemde gesloten huwelijken en art. 154 alleen ziet op huwelijken binnen 's lands gesloten;

O. dienaangaande dat de gevallen beschikking, gegrond op de uitlegging van art. 138, houdende, dat, al hadden de afkondigingen van het door den rekwes tant gesloten huwelijk geen plaats gehad, hiervan geenszins het gevolg zijn zou, dat het bedoelde huwelijk volgens de Nederlandsche wet als niet bestaande zou moeten worden aangemerkt;

O. dat die uitlegging is volkomen juist, vermits huwelijken in een vreemd land aangegaan, 't zij tusschen Nederlanders, 't zij tusschen Nederlanders en vreemdelingen (zooals in casu), zonder voorafgaande afkondigingen hier te lande, niet, zooals in 't geval van art. 134, 2^o lid, worden beschouwd als niet geschied, maar bij art.

138 alleen worden aangeduid de voorwaarden, onder welke de huwelijken in een vreemd land voltrokken, naar den vorm in dat land gebruikelijk, ten opzichte der personen en goederen der echtgenooten, dezelfde burger-rechterlijke gevolgen hebben, als de huwelijken hier te lande naar de voorschriften van het Burgerlijk Wetboek voltrokken.

O. dat hieruit met juistheid bij de gevallen beschikking is afgeleid, dat het door den rekwestant in Belgie gesloten huwelijk, zoolang niet blijkt dat dit op wettige wijze is ontbonden, als nog bestaande moet worden aangemerkt.

/ O. wat aangaat de beweerde verkeerde toepassing der artt. 140 en 154 B. W., dit vermits art. 138 geheel bizondere bepalingen bevat ten aanzien der aldaar bedoelde huwelijken, en aan het verzuim van afkondigingen hier te lande geen nietigheid van zoodanige huwelijken, maar alleen het gemis der hiervoren omschreven burgerlijke rechten heeft verbonden, wat de eerste rechter ook moge hebben overwogen met het oog op art. 140, dit artikel, als alleen zijnde geschreven voor het geval dat de wet nietigheid bedreigt, — in casu niet van toepassing zijn kan, terwijl art. 154 bij de aangevallen beschikking niet is toegepast en dus van een verkeerde toepassing van dit wetsartikel geen sprake kan zijn.

O. dat mitsdien het aangevoerde cassatiemiddel is ongegrond.

Verwerpt het beroep.” .

De Hooge Raad erkende dus hier, althans tot op zekere hoogte, de geldigheid van het huwelijk. Het zal later blijken, waarom ik deze arresten zoo in het breede mededeel.

In het vorige jaar nu, is de Hooge Raad, nogmaals veranderende, tot het stelsel der vernietigbaarheid gekomen. In zijn arrest van den 7^{den} December 1877 ¹⁾ motiveerde hij dit stelsel aldus:

„O. intusschen dat art. 138 te verstaan is in dien zin, dat daarbij worden aangeduid de voorwaarden, onder welke huwelijken in een vreemd land voltrokken naar den vorm in dat land gebruikelijk ten opzichte der personen en goederen der echtgenooten, hier te lande dezelfde burgerrechtelijke gevolgen zullen hebben, als huwelijken hier te lande, naar de voorschriften van het Burgelijk Wetboek voltrokken, maar niet in dien zin, dat, bij gebreke van inachtneming van de vormen daarbij vermeld, het huwelijk eo ipso, als niet bestaande zou zijn aan te merken. /

O. dat dan ook ten onrechte dit laatste beweren wordt gegrond op de woorden: „zijn van waarde,

¹⁾ W. v. h. R. n^o. 4191.

mits," als wordende daaruit verkeerdelijk afgeleid, dat een huwelijk in den vreemde gesloten bij gebrek van inachtneming van het daarbij voorgeschrevene, eo ipso, als „van onwaarde" moet worden beschouwd, of, zooals in het geval van art. 134 al. 2, als niet geschied."

Verder wordt nog overwogen dat naar art. 140 geen huwelijk nietig is, of als niet bestaande kan worden aangemerkt, dan wanneer het door den rechter is nietig verklaard, en dat art. 146 al. 3, in verband met al. 1 en 2, medebrengt, dat een huwelijk in een vreemd land aangegaan, zonder inachtneming van zekere bij de Nederlandsche wet voorgeschreven vormen, om als nietig te worden aangemerkt, naar art. 140 door den rechter moet worden nietig verklaard en dus tot zoolang bij de wet als bestaande moet worden aangemerkt; en eindelijk, dat dan ook daarom niet kan worden aangenomen, dat bij art. 138 eene uitzondering zou zijn gemaakt op den regel van art. 140.

Eindelijk bestaat er nog een arrest van zeer recenten datum, nl. van 16 Mei van dit jaar¹⁾, waarbij het de kwestie gold, of een persoon, die, hier te lande gehuwd zijnde, in Noord-Amerika een tweede huwelijk gesloten had, met verzuim der huwelijksafkondigingen hier te lande, strafbaar was wegens bigamie of niet.

¹⁾ W. v. h. R. n^o. 4257.

Daarin wordt o. a. het volgende overwogen:

„Overwegende, dat is beweerd, dat het tweede te Chicago gesloten huwelijk absoluut nietig zoude zijn volgens de Nederlandsche wet, als niet voldoende aan de voorschriften van art. 138 B. W., zoodat er van het misdrijf van bigamie in deze geen sprake zoude kunnen zijn;

O. daaromtrent, dat gezegd huwelijk voltrokken is te Chicago in den vorm, aldaar gebruikelijk, doch dat alleen niet is voldaan aan den inhoud van art. 138 B. W., dat de huwelijksafkondigingen hier te lande niet hebben plaats gehad;

O. echter dat art. 138, in verband beschouwd met art. 140 B. W., niet in dien zin behoort te worden opgevat, dat, bij gebreke van de vormen, daarbij vermeld, het huwelijk eo ipso, als niet bestaande zou zijn aan te merken, doch wel, dat een zoodanig huwelijk van waarde blijft, zoolang het niet door den rechter is nietig verklaard, terwijl daarenboven nergens bij het Burgerlijk Wetboek de personen zijn aangewezen, die bevoegd zouden zijn de nietigheid van een zoodanig huwelijk te vorderen, op grond dat de huwelijksafkondigingen hier te lande niet hebben plaats gehad; gelijk dan ook het verzuim dier formaliteit de nietigheid van een hier te lande gesloten huwelijk, niet ten gevolge kan hebben;

O, daarenboven, dat wanneer eenmaal, gelijk in casu, het bewijs is geleverd van een huwelijk, hetwelk quo ad substantiam geldig is, in foro criminali alle verdere geschillen over de meerdere of mindere regelmatigheid van vormen, uit het Burgerlijk Wetboek ontleend, volstrekt niets ter zake kunnen afdoen;

O, dat deze alzoo wettig bewezen feiten opleveren de misdaad van het, in den band des huwelijks zijnde, aangaan van een ander huwelijk, vóór de ontbinding van het eerste."

Het blijkt dus, dat de Hooge Raad in zijne interpretatie van het artikel, voor het minst aarzelt, en dat wij alzoo noch in den letter noch in de geschiedenis der wet, noch in eenige „communis doctorum opinio", de oplossing vinden der vraag, die ons bezig houdt.

Onderzoeken wij daarom ten slotte welke interpretatie alléén, of het best past in het stelsel der wet.

„Het stelsel der wet is", zooals Diephuis zegt, „dat geen werkelijk voltrokken huwelijk, al is het ook in strijd met de wet aangegaan, als niet bestaande zal worden beschouwd."

Hierop bestaan twee uitzonderingen:

Ten eerste, wanneer er geen verschil van sekse is, 't geen van zelf spreekt en daarom ook niet met zoveel woorden in de wet is opgenomen; ten tweede

die van art. 134^b, dat nl. „het huwelijk bij een gevolmachtigde voltrokken als niet geschied beschouwd zal worden, indien de lastgever, voordat het huwelijk voltrokken is, wettiglijk met een' anderen persoon in den echt mocht zijn getreden." Nu deze uitzondering uitdrukkelijk in de wet is uitgesproken mag men aannemen dat zulks ook in ons art. geschied zou zijn, had de wetgever, bij verzuim der huwelijks afkondingen, absolute nietigheid van het huwelijk gewild.

En dit met te meer recht, omdat, zooals Diephuis zegt: „art. 140, dat onmiddelijk op de behandeling der vreemde huwelijken volgt, bij welks vaststelling dus onmogelijk hieraan niet gedacht kan zijn, zoo algemeen mogelijk verklaart, „„dat de nietigheid van het huwelijk alleen door den rechter kan worden uitgesproken;”” zonder eenige aanleiding te geven tot beperking van dat beginsel tot in Nederland voltrokken huwelijken.”

Heemskerk ¹⁾ komt hiertegen op en vraagt: „Wanneer is er (in het stelsel der wet) een huwelijk?”

Diephuis en Marcadé ²⁾ stellen daarvoor drie eischen, welke zijn:

1°. dat er is een vereeniging van man en vrouw;

¹⁾ Diss. pag. 76.

²⁾ T. I, pag. 454.

2°. dat die vereeniging zij tot stand gekomen met toestemming der beide partijen;

3°. dat partijen van die toestemming eene verklaring hebben afgelegd ten overstaan van een' ambtenaar van den burgerlijken stand.

Is aan den eersten eisch niet voldaan, dan bestaat er, zooals ik reeds aanmerkte, geen huwelijk, want „*nuptiae sunt viri atque mulieris conjunctio.*” Het verschil van sekse is een vereischte dat wel niet door de wet is voorgeschreven, maar uit de natuur der zaak volgt, want, zooals Toullier ¹⁾ zegt: „*Le mariage doit son institution à la nature, sa perfection à la loi.*” Juist daarom behoeft, waar dat vereischte ontbreekt, het huwelijk ook niet nietig verklaard te worden, want het bestaat niet.

✓ Is echter aan een der beide andere vereischten niet voldaan, dan moet het huwelijk, volgens de artikels 142, 143, 147 B. W., nietig verklaard worden.✓

Hieruit blijkt dus dat het stelsel der wet is: „dat alleen bij het niet voldoen aan het eerste vereischte geen huwelijk bestaat, en, als uitzondering, in het geval van art. 134^b, dat betrekking heeft op het tweede vereischte.”

Volkomen te recht beweert Heemskerk dus: „dat

¹⁾ Le droit civil Francais, I, pag. 412, n°. 488.

de wetgever nergens met zooveel woorden zegt: „Indien aan die vereischen niet voldaan is, bestaat er geen huwelijk””; maar uit het gezegde blijkt tevens dat hij ongelijk heeft, wanneer hij beweert: „Men moet uit de geheele regeling der materie opmaken, dat men dan alleen met een huwelijk te doen heeft, wanneer aan die voorwaarden voldaan is”, want, was die bewering waar, dan zouden de artt. 142, 143 en 147 B. W. geen zin hebben ¹⁾, om de eenvoudige reden dat iets wat niet betaamt, niet vernietigd kan worden.

Art. 140 B. W. spreekt den algemeenen regel uit: „Geen nietigheid zonder rechterlijk vonnis;” in de genoemde artikelen ligt het geheele stelsel der wet opgesloten.

Vraagt men dus, met het oog op art. 138:

„Is er een huwelijk, wanneer de afkondigingen hier te lande verzuimd zijn?” dan geef ik daarop volmondig een toestemmend antwoord, en zeg met Diephuis: „het is toch een voltrokken, een werkelijk voltrokken huwelijk. „Wellicht in uwe oogen, maar niet in die van den wetgever,” zegt

¹⁾ Te minder daar voor huwelijken buiten 's lands de wetgever het 3^e vereischte liet varen en daarvoor een nieuw in de plaats stelde.

Heemskerk. Ja, ook in die van wetgever, antwoord ik, met het oog op het hierboven gezegde. Hij toch maakte, door algemeen te spreken, art. 140 op alle huwelijken, ook op die in het buitenland voltrokken, toepasselijk; had hij daarop een uitzondering willen vaststellen, hij had het voorzeker met zooveel woorden gedaan.

Hiermede meen ik, dat het bewezen is, dat de vraag: „Zijn de huwelijken door Nederlanders in het buitenland met verzuim der huwelijksafkondigingen voltrokken, als niet bestaande te beschouwen?” in ontkennenden zin beantwoord moet worden.

/ In het Fransche recht heeft deze meening ook reeds hare verdedigers gevonden, die echter naar 't schijnt, zóó overtuigd waren van hare juistheid, dat zij slechts weinig woorden aan de zaak wijden.

Duranton ¹⁾ zegt eenvoudig: „que le défaut de publications n'entraînerait point la nullité, de même qu'il ne l'entraîne point à l'égard des mariages contractés en France, quand d'ailleurs les tribunaux jugent, que les autres éléments de publicité se rencontrent à un degré suffisant. La Cour de Colmar a jugé en ce sens par l'arrêt du 23 Janvier 1823 précité.” /

¹⁾ Cour de droit Français II, n°. 238.

Hetzelfde wordt in andere woorden door Toullier ¹⁾ gezegd, die, in een' aantekening het tegenovergestelde gevoelen van Delvincourt aanhalende (hetwelk ook alweêr op het gebruik van het woord *pourvu* que steunt), dit alleen bestrijdt door de volgende opmerking:

„Il nous paraît que cet article n'attache point à l'omission des publications dans ce cas plus de force, que dans les cas ordinaires, c'est à dire, dans les cas de mariages faits en France.”

Foelix ²⁾ eindelijk zegt over het vereischte der huwelijksafkondigingen, voorgeschreven in art. 170 Code Civil, bijna hetzelfde, en geeft daaraan ongeveer dezelfde beteekenis als Diephuis voor ons recht.

„En renvoyant — zoo schrijft hij — à l'article 63 et au chapitre 1^{er} du titre du mariage, le législateur n'a déclaré applicables ces dispositions que telles qu'elles existent pour les mariages contractés en France, il leur a laissé la même teneur, qu'elles ont à l'égard de ces derniers; il n'a rien ajouté à leurs dispositions.”

En iets verder: „Si les auteurs du Code avaient

¹⁾ Institutes du droit Français I, pag. 116, note 2, en pag. 293, note 12.

²⁾ Traité du droit international privé, pag. 367 en 368.

eu l'intention d'établir dans l'article 170 une exception, ils n'auraient pas négligé de s'expliquer à ce sujet, mais dans le silence du texte il faut admettre, que telle n'a pas été l'intention du législateur, et il faut s'en tenir à l'axiome: que les nullités doivent être prononcées textuellement, et ne peuvent pas être établies par induction."

Marcadé wil dit argument ontzenuwen door een actie tot nietigverklaring te gebruiken, gebaseerd op art. 190 Code Civil, en voegt er bij: „La seule et unique question de droit se trouve être ici une question de grammaire. La conjonction pourvu que indique-t'elle une condition indispensable?" Wij hebben reeds boven op deze vraag geantwoord.

Heemskerk, die ze bevestigend beantwoordt¹, zegt dat het zoo even aangehaalde argument van Foelix „alle kracht verliest, zoodra men uit het verzuim der afkondigingen afleidt, dat het huwelijk niet bestaat." Dit is echter onjuist, want indien men toegeeft dat de relatieve nietigheid niet aangevuld mag worden, zal dit a fortiori ook gelden van de absolute, te meer wanneer deze slechts op de twijfelachtige beteekenis van een woord zou berusten, en in strijd is met het stelsel der wet. Wat hiervan voor het Fransche recht geldt, geldt evenzeer voor het onze.

Na gezien te hebben dat het huwelijk, niettegen-

staande het verzuim der afkondigingen, bestaat, willen wij thans onderzoeken, of het op grond van dat verzuim nietig verklaard kan worden, of wel volkomen geldig is.

Art. 140 zegt, dat geen huwelijk nietig is, tenzij het door den rechter nietig is verklaard. De gronden, waarop dat kan geschieden, worden in de wet opgegeven; men vindt echter nergens daaronder als zoodanig, het verzuim der huwelijksafkondigingen voor huwelijken buiten 's lands voltrokken. Wat meer is, art. 154, dat o. a. de bepaling bevat, dat geen huwelijk nietig is op grond van het verzuim der huwelijksafkondigingen, is zoo algemeen gesteld, dat men mag aannemen, dat het, even als de geheele afdeeling, waarin het geplaatst is, op huwelijken in 't buitenland voltrokken óók van toepassing is. Ik meen zelfs dat art. 138 zeggende: „mits de huwelijksafkondigingen volgens de tweede afdeeling van dezen titel hebben plaats gehad”, hiervoor zelf een grond geeft, want die afdeeling bevat art. 107 betreffende de huwelijksafkondigingen, en op dit artikel wijst ook art. 154, dat dus op art. 138, m. a. w. op buitenlandsche huwelijken, van toepassing is. Ook de plaatsing der afdeeling over de huwelijken buiten 's lands voltrokken pleit voor het gevoelen, dat ook de afdeeling, over de nietigheid handelende, op die

huwelijken van toepassing is. Waren toch de overige bepalingen van dezen titel (buiten die natuurlijk, welke den vorm betreffen en door art. 138 zelf uitgezonderd worden) niet op buitenlandsche huwelijken van toepassing, dan, geloof ik, zouden de artt. 138 en 139 in een nieuwen titel, of althans aan 't einde van den vijfden titel geplaatst zijn. Zoo als zij nu zijn geplaatst, kan men er slechts een paar uitzonderingsbepalingen in zien, die echter *strictae interpretationis* zijn.

Voorzeker is ook hier de regel van toepassing, dat nietigheden niet mogen worden aangevuld, en dat wel 't allerminst bij huwelijken, daar men toch ziet dat de wet zoo veel in favoren matrimonii doet en slechts noode een huwelijk nietig verklaart; zoo zij dus in dit geval nietigheid gewild had, zoude zij dat voorzeker met zooveel woorden gezegd hebben.

In art. 138 zelf vind ik ook nog een grond voor het gevoelen, dat nietigverklaring niet door de wet gewild is. In dat artikel nl., vindt men ook de woorden: „mits de Nederlandsche echtgenooten niet hebben gehandeld tegen de bepalingen, in de eerste afdeeling van denzelfden titel vervat.” Neemt men nu aan dat het verzuim der huwelijksafkondigingen grond tot nietigverklaring geeft, dan moet men ook aannemen, dat ieder vergrijp der echtgenooten tegen

een' der bepalingen van de eerste afdeeling van denzelfden titel ook grond tot nietigverklaring zal opleveren; beide bepalingen toch staan onder den invloed van het woord mits. Reeds de bovengenoemde gronden: „dat art. 154 en de 6^e afdeeling van dezen titel ook voor buitenlandsche huwelijken gelden”, zijn met die gevolgtrekking in strijd, daargelaten nog dat er geen redelijke oorzaak te bedenken is, waarom men wegens ieder vergrijp tegen de bepalingen dier eerste afdeeling het huwelijk nietig zou kunnen doen verklaren, als het huwelijk in 't buitenland gesloten was, en slechts wegens sommige daarvan, als het hier te lande is voltrokken. Wie bovendien zou die nietigheid kunnen inroepen, wie de nietigheidsverklaring kunnen eischen, wanneer de artikels 91, 99 of 103 B. W. overtreden zijn? Immers niemand, want nergens heeft de wet aan een persoon daartoe de bevoegdheid gegeven. Dit zelfde geldt ook voor het verzuim der afkondigingen; ook voor dat geval wijst de wet niemand aan, die de nietigverklaring op grond van dat verzuim zou kunnen eischen. In beide gevallen zou de wet dus een voorschrift geven, dat nooit van toepassing zou kunnen zijn. Daar men bij de wetsinterpretatie ook op de waarde van het resultaat moet letten, is zulk eene interpretatie onredelijk.

Ook de woorden: „indien dezelve zijn voltrokken naar

den vorm in dat land gebruikelijk," leveren een argument op tegen het stelsel der nietigverklaring. Zooals wij gezien hebben, is er geen reden om aan het woord indien hier meerdere kracht toe te kennen dan aan mits. Levert nu het verzuim der afkondigingen een grond tot nietigverklaring op, dan zal elk verzuim van den vorm in het vreemde land gebruikelijk dat evenzeer moeten doen, ook dan, wanneer de wet van het vreemde land desniettegenstaande het huwelijk als volkomen geldig laat bestaan.

Onze rechter zou dus de vreemde wet strenger moeten toepassen, dan deze zelf wil. Zoo zou er inbreuk gemaakt worden op den regel „locus regit actum", die ook eischt dat de nietigheid der op vreemden grond gedane handelingen naar de vreemde wet zal beoordeeld worden.

Wij komen dus tot het resultaat, dat de nietigverklaring op grond van het verzuim der huwelijksafkondigingen niet alleen in strijd is met het stelsel der wet en met verschillende harer bijzondere bepalingen, maar ook zelfs nooit effect zou kunnen hebben, omdat er niemand bevoegd is den eisch daartoe in te stellen.

Er zijn echter Fransche schrijvers geweest ¹⁾, die

¹⁾ Zie o. a. Marcadé t. a. p., I, sur l'art. 191.

in de dwaling vervallen zijn, waartegen ik in den aanvang waarschuwde, om de actie tot nietigverklaring te baseeren op het gebrek aan publiciteit wegens het verzuim der huwelijksafkondigingen.

Hun gevoelen steunt op artt. 165 en 191 Code Civil, die luiden: „Le mariage sera célébré publiquement, devant l'officier civil du domicile de l'une des parties;” en: „Tout mariage, qui n'a point été contracté publiquement, et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent peut être attaqué.” Reeds vroeger heb ik aangetoond dat men op die artikelen, bij het verzuim der afkondigingen, nooit een actie tot nietigverklaring kan gronden, omdat de huwelijksafkondigingen niet tot de huwelijksvoltrekking zelve behooren, doch slechts eene daaraan voorafgaande formaliteit zijn, en er voorzeker bij het gebruiken van het woord *publiquement* niet aan de afkondigingen gedacht is. Evenmin is het waar, dat het gemis der afkondigingen den ambtenaar „incompétent” zou maken; ook de daarvoor opgegeven grond is onjuist.

Deze was nl. het art. 191, dat men bij de be-
raadslaging wel had voorgesteld aldus te redigeeren „contracté publiquement ou qui n'a point été célébré,” doch dat dat zoo niet geredigeerd is; uit de woorden van art. 191 „publiquement devant,” volgt, dat gebrek aan openbaarheid nooit onbevoegdheid van den

ambtenaar van den burgerlijken stand ten gevolge hebben kan.

Bij ons kan er nog minder sprake van zijn, dat de actie tot nietigverklaring zou kunnen gegrond worden op gebrek aan openbaarheid wegens verzuim der afkondigingen, of daaruit voortvloeiende onbevoegdheid van den ambtenaar van den burgerlijken stand, omdat ons art. 147 B. W. o. a. zegt: „De nietigheid van een huwelijk kan ingeroepen worden, hetwelk niet ten overstaan van den bevoegden ambtenaar van den burgerlijken stand en in tegenwoordigheid van het vereischte aantal getuigen is voltrokken.” De voltrekking in 't openbaar is dus noch hier, noch ergens anders, op straffe van nietigheid voorgeschreven, men zal bij verzuim der huwelijksafkondigingen daarom de actie tot nietigverklaring niet daarop kunnen gronden, en, nog minder dan in het Fransche recht, op de onbevoegdheid van den ambtenaar van den burgerlijken stand ¹⁾).

Nog heb ik hier te gewagen van de leer, dat, bij 't verzuim der afkondigingen in art. 138 voorgeschreven, het aan den rechter zou zijn overgelaten, naar gelang der omstandigheden, te beslissen, of 't huwelijk

1) Zie dit alles breeder ontwikkeld door Heemskerk. Aang. Diss. pag. 47 v.v.

geldig zijn zal, of als niet bestaande beschouwd zal worden. Deze meening heeft in Frankrijk haren verdediger gevonden in Demolombe ¹⁾, en is in den laatsten tijd aangenomen ook door de Cour de Cassation ²⁾

De zwakke grond, waarop dit gevoelen berust, art. 193 Code Civil, schijnt mij reeds voor het Fransche recht niet voldoende; bij ons vindt men dat artikel niet en kan er dus van een dergelijke oplossing der kwestie geen sprake zijn, weshalve ik met deze korte vermelding der zaak meen te kunnen volstaan.

Wij hebben gezien dat, naar het stelsel onzer wet, noch absolute nietigheid, noch recht tot nietigverklaring het gevolg zijn kan van het verzuimen der huwelijksafkondigingen, en dat men daarom wel moet aannemen, dat, niettegenstaande dat verzuim, het huwelijk volkomen geldig zijn zal. Dat deze uitlegging ook de rationeelste is, en tevens het best aan

¹⁾ *Traité du mariage et de la séparation de corps*, I, pag. 346 et 350.

²⁾ Foelix (t. a. p. pag. 373) zegt, dat het huwelijk slechts dan vernietigd zal kunnen worden; „s'il était constaté qu'il n'a été célébré en pays étranger, que pour échapper aux prohibitions établies dans le royaume.

de praktische behoeften voldoet, zal ik thans nog aantoonen.

Wat is de „ratio legis,” die voor huwelijken in 't buitenland de afkondigingen doet voorschrijven? Immers dezelfde als voor huwelijken hier te lande voltrokken, nl. deze, dat het beter is een vernietigbaar huwelijk te voorkomen, dan een reeds bestaand huwelijk te vernietigen. Men wil aan de te voltrekken huwelijken reeds vooraf publiciteit geven, ten einde aan hen, die daartoe volgens de wet gerechtigd zijn, de gelegenheid te geven, om het huwelijk te stuiten, en zoo doende vicieuse huwelijken te voorkomen.

Dit doel der wetsbepaling, hoe uitmuntend ook, kan reeds bij huwelijken hier te lande vrijdeld worden ¹⁾; bij huwelijken buiten 's lands voltrokken wordt het in zeer vele gevallen niet bereikt.

Wanneer b. v. het huwelijk voltrokken wordt in een plaats, zoover buiten ons land gelegen, dat binnen de veertien dagen na de gedane afkondigingen het bericht der stuiting aldaar niet aangekomen kan zijn, komt dit te laat, en geeft de bepaling niets.

¹⁾ B. v. wanneer de aanstaande echtgenooten hun domicilie gedurende zes maanden vóór hun huwelijk in 't een of 't ander klein plaatsje vestigen.

Maar gesteld dat het bericht vroeg genoeg aankomen kan, dan is het nog mogelijk, dat de stuiting niet kan worden bekend gemaakt, omdat in de afkondigingen de plaats der huwelijksvoltrekking niet behoeft te worden opgenomen. En zelfs indien dit geschied, of die plaats bekend is, kan het nog gebeuren, dat het onzeker is, aan wien de gronden der stuiting medegedeeld moeten worden, daar het zeer wel mogelijk is, dat men niet weet, wie de ambtenaar is, voor wien het huwelijk voltrokken zal worden, zoodat men aan hem de gronden der stuiting niet mededeelen kan, terwijl hij geen bewijs van het zonder stuiting plaats gehad hebben der afkondigingen zal vorderen, om de voltrekking van het huwelijk daarvan te doen afhangen.

In al deze gevallen zijn de afkondigingen nutteloos.

Doch er is nog een ander geval denkbaar. Wat zal er nl. geschieden, als de Nederlandsche echtgenoot hier te lande geen woonplaats gehad heeft, b. v. wanneer hij buiten 's lands uit Nederlandsche ouders geboren is ¹⁾? Zal men dan zijn huwelijk nietig verklaren, of als niet bestaande beschouwen, omdat hij nooit hier te lande zijn domicilie gehad heeft en in de onmogelijkheid is geweest aan de bepaling der wet te voldoen?

¹⁾ Art. 5 n°. 2 B. W.

Een vonnis der rechtbank van Breda ¹⁾ beslist, dat in een dergelijk geval de afkondigingen niet noodig zijn en het huwelijk geldig blijft, doch welk een inkonsekwentie is dit in het sijsteem van hen, die, aan de vermeende letter der wet blijvende hangen, het huwelijk als niet bestaande beschouwen wegens het verzuimen der afkondigingen?

Hoe kunnen zij zich met dit vonnis vereenigen? ²⁾

Dat er aan die afkondigingen ook overigens niet zeer veel waarde gehecht wordt, bewijst ons art. 13 der Wet van 25 Juli 1871 (Sbl. n^o. 91), „houdende regeling der bevoegdheid der consulaire ambtenaren tot het opmaken van burgerlijke akten,” waarin bepaald wordt, „dat, indien de echtgenooten hun huwelijk ten overstaan van een' consulairen ambtenaar doen sluiten en binnen het koninkrijk geen woonplaats hebben, noch binnen de laatste zes maanden gehad hebben, zij niet meer tot het laten doen der afkondigingen verplicht zijn.”

Wanneer alzoo blijkt hoe weinig nut die bepaling heeft in zeer vele gevallen, hoe gemakkelijk zij ont-doken kan worden, en hoe hare nakoming zelfs som-tijds onmogelijk is, moet men dan ook niet tot de

¹⁾ W. v. h. R. n^o. 2195.

²⁾ Zie Heemskerk t. a. p., pag. 29 en 30.

conclusie komen, dat de niet nakoming er van geen erger gevolg zal moeten hebben, dan de overtreding derzelfde bepaling bij huwelijken hiet te lande voltrokken, waarbij de afkondigingen veel meer nut hebben? Een toestemmend antwoord kan niet uitblijven, want zooals ik reeds vroeger zeide: „dezelfde oorzaken moeten dezelfde gevolgen hebben”.

De reden, waarom, volgens de verklaring der Regeering ¹⁾, het verzuim der afkondigingen bij huwelijken in 't buitenland nietigheid na zich slepen zou, is evenmin aan te nemen; deze zou nl. zijn, dat men hier te lande den ambtenaar straffen kan, doch bij buitenlandsche huwelijken niet, en daarom de echtgenooten maar straffen moet. Zonderlinge reden. Volgens art. 137, wordt de ambtenaar gestraft, die zijn plicht verzuimt, maar mag men, de veelal onschuldige echtgenooten zoo zwaar straffen, omdat men niemand anders te straffen heeft?

Zulk een onbillijkheid mag men der wet niet toedichten, vooral niet omdat de schuldige echtgenooten, wier huwelijk om andere redenen vernietigbaar is, door het nalaten der afkondigingen niets verder komen, maar steeds in onzekerheid blijven verkeerren, daar hun huwelijk elk oogenblik vernietigd kan wor-

¹⁾ Zie pag. 26 v.v.

den. Voor zulk een straf bestaat derhalve geen enkele reden; hetzelfde geldt voor de nietigverklaring, en wij komen dus tot de conclusie dat ook de „ratio legis” mede brengt, dat het verzuim der huwelijksafkondigingen zonder gevolgen zijn zal.

Dat deze leer ook het best aan de praktische behoeften voldoet, blijkt duidelijk uit de verschillende arresten van den Hoogen Raad, die ik thans nog kortelijk wil nagaan.

Het eerste arrest, gewezen in 1850,¹⁾ verklaarde een huwelijk, buiten 's lands gesloten met verzuim der afkondigingen, als niet bestaande, gelijk wij hierboven zagen, en scheen de kwestie van zoo weinig gewicht te beschouwen, of althans zoo weinig twijfelachtig, dat er bijna geene argumenten in werden aangevoerd.

✍ In dit arrest was het gewicht van het al of niet bestaan van het huwelijk ook minder groot dan in dat van 1872²⁾, hierboven aangehaald, waar het de vraag gold, of een Nederlander, die reeds eenmaal in België gehuwd was, zonder dat huwelijk hier te lande te hebben laten afkondigen, hier een tweede huwelijk sluiten mocht.

¹⁾ Zie pag. 32.

²⁾ Zie pag. 32 en 33.

Thans schrikte de Hooge Raad voor de konsekwentie zijner eigene leer terug, want hij begreep, dat die man in België toch feitelijk gehuwd was, en dat, zoo dat huwelijk als niet bestaande werd beschouwd, men aan den rekwestant een brévet tot bigamie gaf.

Daarom trachtte men de zaak te plooien, en verklaarde dat het huwelijk in België met verzuim der afkondigingen gesloten wel geldig was, maar... hier te lande geen burgerrechtelijke gevolgen had ten opzichte der personen en goederen der echtgenooten. De Hooge Raad legde hier dus in de wet de volgende inkonsekwentie: „Het huwelijk bestaat, doch voor ons recht zijn de man en de vrouw geen wettige echtgenooten, wanneer zij hunne rechten als zoodanig willen doen gelden; hunne kinderen zijn onecht en hebben dus geen erfrecht; als de man en de vrouw van elkaâr willen scheiden, kunnen zij eenvoudig van elkaâr heengaan; de man behoeft de vrouw niet te onderhouden, in één woord het huwelijk beteekent voor het privaatrecht niets. /

Hier is men vervallen in de dwaling, waarvoor ik in het begin waarschuwde, men heeft hier namelijk verkondigd dat zulk een huwelijk een huwelijk en tegelijkertijd geen huwelijk is; een huwelijk toch, gesloten volgens de bepalingen van ons burger-

lijk recht (naar art. 138 nl.), maar dat geen burgerrechtelijke gevolgen heeft, is onbestaanbaar.

De Hooge Raad heeft in dit arrest schijnbaar wel dezelfde leer gehuldigd als in het arrest van 1850, doch, voor de gevolgen daarvan terugschrikkende, een achterdeur opengelaten, om daardoor het tweede huwelijk, de bigamie van den rekwestant, buiten te sluiten.

Hoe men uit de woorden „zijn van waarde, mits” zulke gevolgtrekkingen heeft kunnen afleiden, is mij onbegrijpelijk. Ik meen ten sterkste te moeten ontkennen dat art. 138, zooals het arrest zegt „de voorwaarden bevat, onder welke de huwelijken in een vreemd land voltrokken, dezelfde burgerrechtelijke gevolgen zullen hebben, als de huwelijken hier te lande voltrokken.”

Art. 138 toch doet niets anders, dan aan de Nederlanders, die in een vreemd land een huwelijk sluiten, zekere verplichtingen opleggen; het is slechts een toepassing van art. 6 en art. 10 A. B., waarop het tevens een uitzondering (het vereischte der huwelijksafkondigingen) bevat; en het is dus niet waar dat art. 138 geheel bijzondere bepalingen geeft, zooals ik trouwens reeds te voren aantoonde. Zijn die opgelegde verplichtingen niet nagekomen, dan bepaalt de wet, in hoeverre het huwelijk geldig,

of vernietigbaar is, maar nergens is een bepaling te vinden, die recht geeft om te zeggen, dat het huwelijk half bestaat en half niet bestaat.

Heemskerk ¹⁾ zegt te recht, dit arrest behandelende, dat men ten eerste vragen moet: „Bestaat er een huwelijk,” en, bij bevestigende beantwoording: „Welke is de nationaliteit der echtgenooten?” „Met het antwoord op de laatste vraag, zegt hij, is meteen gezegd, aan welke wet het huwelijk onderworpen is.”

Sluit een Nederlander een huwelijk in den vreemde, dan moet dit, wat hem betreft, naar de Nederlandsche wet beoordeeld worden; sluiten twee vreemden in den vreemde een huwelijk, b. v. in Pruisen ²⁾, dan naar de wet van hun land. Wanneer hij er echter bij voegt, dat, wanneer er een huwelijk door een Nederlandsche vrouw in België gesloten wordt, dit een Belgisch huwelijk is, dan geef ik dat niet toe, daar toch ook zulk een huwelijk, wat de vrouw betreft, naar de Nederlandsche wet beoordeeld moet worden. „De Nederlandsche vrouw trad in het huwelijk met een vreemdeling,” zegt hij, „en verloor dus, krachtens

¹⁾ t. a. p. pag. 41.

²⁾ De Pruisische wet beoordeelt den vorm der handelingen, naar de wet van de woonplaats. Zie Preussisch. algemeen. Landrecht, § 23 en § 24.

art. 11^a, haar Nederlanderschap. Zij werd eene Belgische." Hij vergeet hierbij, dat zij geen Belgische werd, vóórdát het geheel der handelingen, die de huwelijksvoltrekking daarstellen, afgeloopen was; nu echter moet haar huwelijk volgens art. 138 beoordeeld worden en is zij dus ook tot het laten doen der huwelijksafkondigingen verplicht, die een voorafgaande formaliteit zijn. Derhalve zal zich nooit voor een Nederlander de vraag ten opzichte der afkondigingen kunnen voordoen, of het een Nederlandsch of een vreemd huwelijk is, dat hij sluit; de Nederlander toch treedt in het huwelijk, en is verplicht de huwelijksafkondigingen te doen plaats hebben.

Om boven gemelde redenen keur ik ook de terminologie van Heemskerk af bij de vraag: „kan het huwelijk, als Nederlandsch huwelijk van onwaarde, toch als buitenlandsch huwelijk geldig zijn?" daar onze wet slechts twee soorten van huwelijken kent, nl. die welke in 't binnenland, en die welke in 't buitenland voltrokken worden, welke laatste naar art. 138 te beoordeelen zijn.

Ten onrechte oordeelde daarom de voorzitter van de arrondissements-rechtbank te Utrecht, den 22^{en} Juli 1861 ¹⁾ dat, „een huwelijk in 't buitenland ge-

2) N. Bijdragen tot Rechtsg. en Wetg. 1863, Deel XIII.

sloten met verzuim der huwelijksafkondigingen niet de waarde heeft van een Nederlandsch, of de rechtsgevolgen daaraan verbonden, maar krachtens art. 10 A. B. als buitenlandsch huwelijk zijn rechtsgevolgen heeft, overeenkomstig de wetten van het land, alwaar het gesloten is."

Art. 138 B. W. toch is een bijzondere bepaling, die aan de algemeene derogeert. Volgens de leer van dit vonnis echter zou men twee soorten van in 't buitenland gesloten huwelijken krijgen, één volgens art. 138 B. W. en één volgens art. 10 A. B.

De Nederlander, die buiten 's lands een huwelijk sluit, is aan art. 138 gebonden en dit artikel alleen zal, als hij tegen een der voorschriften, daarin vervat, gezondigd heeft, bepalen of dien ten gevolge zijn huwelijk geldig of ongeldig is. Bedoelt het, dat zulk een huwelijk niet bestaat, dan kan het ook nooit door de wet in een enkel opzicht als bestaande beschouwd worden.

De oorzaak, dat men, ook bij dit vonnis, met de wet transigeerde, was, dat men schroomde het huwelijk, waarbij meergenoemd verzuim gepleegd was, volkomen geldig te verklaren en zodoende aan de bepaling betreffende de huwelijksafkondigingen alle sanctie te ontnemen. Men dong dus op die geldigheid wat af, en verkondigde dezelfde vreemde leer

als de Hooge Raad, dat nl. een huwelijk in 't eene opzicht wel en tevens in een ander opzicht niet bestaande kan zijn. /

In het arrest van 7 December 1877, hierboven ¹⁾ aangehaald, verandert de Hooge Raad nogmaals van leer en geeft wederom eene andere uitlegging, bewerende dat het huwelijk bestaat, zoolang het niet is nietig verklaard; of dit echter mogelijk is, en op welken grond, wordt niet gezegd. Ook uit dit arrest blijkt, dat men met de moeilijkheid geen weg wist en haar daarom gedeeltelijk besliste, gedeeltelijk in 't midden liet.

Wat genoemd arrest niet deed, deed het arrest van 16 Mei l.l. ²⁾, hetwelk uitmaakt, dat een in 't buitenland gesloten huwelijk wegens het verzuim van de formaliteit der huwelijksafkondigingen niet nietig verklaard kan worden, en tengevolge daarvan ook niet als nietbestaande is te beschouwen.

Men zou geneigd zijn aan te nemen, dat het de bedoeling van dit arrest is, de volstreckte geldigheid van het huwelijk uit te spreken, doch dat verhindert de laatste alinea, daarvan: „O. dat, wanneer eenmaal, gelijk in casu, het bewijs is geleverd van een huwe-

¹⁾ Zie pag. 35 en 36.

²⁾ Zie pag. 37 en 38.

lijk, hetwelk quod ad substantiam geldig is, in foro criminali alle verdere geschillen over de meerdere of mindere regelmatigheid van vormen, uit het Burgerlijk Wetboek ontleend, volstrekt niets ter zake kunnen afdoen."

Doen die geschillen werkelijk niets ter zake af? Is het niet juist een dier vormen, die aanleiding tot de kwestie geeft, is het verzuim daarvan niet de grond geweest, die vroeger aan hetzelfde college aanleiding gaf het niet bestaan van zulk een huwelijk uit te spreken?

Men ziet het, ook hier weêr is de Hooge Raad in de dwaling vervallen, dat een huwelijk van twee kanten bezien zou kunnen worden en voor het eene deel van het recht wèl, voor het andere niet bestaande zou kunnen zijn.

Die geschillen over de regelmatigheid van vormen, doen, mijns inziens, wel degelijk ter zake af. Het Burgerlijk Wetboek is toch de richtsnoer waarnaar eerst beoordeeld moet worden, of er een huwelijk, een geldig huwelijk is, ja of neen; en dat kan men niet beoordeelen, zonder tevens die geschillen te beslechten.

Ik zou bijna uit de woorden van het aangehaalde gedeelte van 't arrest opmaken, schoon het er niet met zooveel woorden in staat uitgedrukt, dat het de

bedoeling geweest is terug te keeren tot de oude leer, verkondigd in 't arrest van 1872, dat het bedoelde huwelijk voor het burgerlijk recht wel bestaat, maar geen burgerrechtelijke gevolgen heeft. Dan is het wel eigenlijk geen huwelijk, zooals ik hierboven reeds aantoonde, maar bij die beschouwing meent men te kunnen zeggen, dat het dan toch *quod ad substantiam* geldig is, en in *foro criminali* als zoodanig zal gelden. Dat rechtelooze huwelijk is dus geldig genoeg, om de echtgenooten te beletten een tweede huwelijk aan te gaan, en hen te straffen, zoo zij dit doen, maar rechten geven kan zulk een huwelijk niet; het eenige daaruit spruitende gevolg is, dat twee personen elkaâr beletten kunnen te huwen.

Op deze gronden moet ik ook de leer van dit arrest verwerpen; hetzij de bedoeling daarvan de zooeven vermelde was, hetzij een' andere; in ieder geval toch dient eerst beslist te worden, in hoeverre een verzuim in de vormen gevolgen heeft, met betrekking tot de geldigheid van het huwelijk in *foro civili*, voordat men in *foro criminali* een vonnis kan wijzen, waarbij de geldigheid van dat huwelijk in het spel komt. Verondersteld dat de persoon, van wiens huwelijk in 't laatste arrest sprake was, eens optrad als erfgenaam zijner eerste vrouw (als langstlevende

echtgenoot) en hij de huwelijken in omgekeerde orde gesloten had, namelijk eerst het buitenlandsch huwelijk met verzuim der afkondigingen, later het tweede binnen 's lands, wie weet of zijn eisch hem niet ontzegd worden zou, op grond dat genoemd eerste huwelijk niet bestond wegens het gepleegde verzuim, terwijl hij toch op grond van datzelfde huwelijk wegens bigamie veroordeeld zou worden?

Uit de beschouwing dezer arresten volgt, mijns inziens, dat het systeem, hetwelk aan het verzuim der afkondigingen géén gevolg verbindt, maar het huwelijk desniettemin volkomen geldig verklaart, het best aan de praktische behoeften voldoet.

Had men toch in al de genoemde gevallen het huwelijk even geldig verklaard, als of er geen verzuim gepleegd ware, dan was men op geen moeilijkheden gestuit, en had men volkomen konsekwent kunnen zijn.

Resumeeren wij thans onze beschouwingen. Wij hebben aangetoond:

1°. dat de grammatikale interpretatie ons geen voldoende solutie geeft, wegens de onzekere betekenis van het woord „mits”;

2°. dat de historische interpretatie, vragende naar de bedoeling des wetgevers, ons evenmin voldoen kan, daar de verklaring der regeering om verschillende redenen onaannemelijk is;

3°. dat wij, daar noch de auteurs, noch de jurisprudentie van den Hoogen Raad de bestaande moeilijkheden oplost, naar de bedoeling der wet, dat wil zeggen, naar hetgeen uit haar stelsel volgt, moeten vragen, en dan tot het resultaat komen, dat noch het stelsel van het nietbestaan, noch dat van de vernietigbaarheid des huwelijks wegens het gepleegde verzuim, in dat stelsel past, maar alleen de opvatting, die het huwelijk, niet-tegenstaande het verzuim, als volstrekt geldig beschouwt.

4°. eindelijk dat die verklaring ook de rationeelste is en het best aan de praktische behoeften voldoet.

De wetgever heeft dus in art. 138 B. W. niets anders gedaan dan zekere verplichtingen opleggen aan de Nederlanders, die in het buitenland huwen, en daarbij o. a. ook het vereischte der huwelijksafkondigingen, en de gevolgen van het niet nakomen dier verplichtingen, ten deele naar de vreemde wet (wat den vorm betreft), ten deele naar de bepalingen van ons wetboek, aan den rechter ter beoordeeling overgelaten.

Daar nu, zooals wij zagen, aan het verzuim der afkondigingen geen gevolg is vastgeknoopt, komen wij tot de conclusie, dat men in de bepaling van art. 138, betreffende de huwelijksafkondigingen, niets

anders dan een nudum praeceptum, eene lex imperfecta te zien heeft ¹⁾. ✓

Wat er van zij, het feit der vacilleerende jurisprudentie, ook van den Hoogen Raad, bewijst, dat er over den zin onzer wetsbepaling eene onzekerheid bestaat, die door wetsherziening moet worden weggenomen. Deze is nog te meer wenschelijk, nu er twijfel bestaat, of de huwelijksafkondigingen hier te lande wel eenig nut hebben, en zoo zij dit soms al kunnen hebben, of het mogelijk is een zoodanige sanctie aan ons artikel te geven, dat men eenige zekerheid hebbe, dat het zal worden opgevolgd.

Zoo als de bepaling nu luidt, spreekt het van zelf dat zij van nul en geener waarde is; de echtgenooten toch, tegen wier huwelijk bedenkingen zouden kunnen worden ingebracht, zullen de afkondigingen eenvoudig nalaten

Welke verandering nu zou bij een eventuëele wetsherziening de beste zijn?

Twee wegen tot wijziging staan ons open: men moet of geheel breken met het bestaande stelsel,

¹⁾ Verg. het vonnis van de rechtbank van Brielle van 21 September 1871 (W. v. h. R. n^o. 3396), die in gelijken zin oordeelde op gedeeltelijk dezelfde gronden, en Themis XXXVIII, pag. 152.

en de afkondigingen geheel laten varen, of wel ze behouden, maar in dat geval ook bepalingen maken die het nut er van verzekeren.

Zoo als ik zeide, acht ik dat nut zeer twijfelachtig, maar daar hierover verschil van gevoelen mogelijk is, wil ik toch onderzoeken, of er een waarborg te vinden is, dat de afkondigingen ook werkelijk zullen geschieden.

De waarborgen voor de nakoming dier wetsbepaling zijn, wat huwelijken hier te lande betreft, straffen van den ambtenaar van den burgerlijken stand, bestaande in geldboete en ontzetting uit zijn ambt.

Deze echter (zoo zij al waarborgen zijn) mist men bij huwelijken in 't buitenland gesloten; zoo toch daar al een ambtenaar bestaat, deze is aan onze strafbepalingen niet onderworpen.

Men moet dus een andere sanctie geven aan de bepaling, die de afkondigingen voor buitenlandsche huwelijken tot een vereischte maakt, maar welke? De nietigheid van het huwelijk, ten gevolge van het verzuim der afkondigingen, is een te zware straf op het verzuim eener formaliteit, die in vele gevallen zonder gevolg is, een straf die door niets gewettigd wordt. Maar zij ware ook inconsekwent.

Men zou bepalen, dat het huwelijk ten gevolge van 't verzuim der afkondigingen niet bestaan zal,

dat het een *matrimonium nullum* zal zijn, terwijl het zelfde verzuim bij huwelijken hier te lande geen gevolgen heeft, en de echtgenooten daarenboven, zes maanden na de vestiging van hun domicilie in het buitenland, voor een' consulairen ambtenaar hun huwelijk zouden kunnen doen voltrekken! Dat zou een geheel onredelijk stelsel zijn.

Ook uit het oogpunt der moraliteit is het aannemen van het systeem om het huwelijk als niet bestaande te beschouwen niet aan te bevelen, want, nam men dat stelsel aan, dan zou een Nederlander in 't buitenland zoo dikwerf kunnen huwen als hij slechts wilde, en hij zou, mits hij slechts gezorgd had hier te lande geen afkondigingen te laten doen, in Nederland nog eens een huwelijk sluiten kunnen.

Evenmin is het wenschelijk, dat op grond van meergenoemd verzuim het huwelijk nietig verklaard zal kunnen worden; want is er een *impedimentum dirimens* tegen het huwelijk, dan kan het uithoofde daarvan reeds vernietigd worden en behoeft dit dus niet op grond van 't verzuim der afkondigingen te geschieden. Was er daarentegen slechts een *impedimentum prohibitivum* of geen *impedimentum*, dan is er geen een reden, waarom het huwelijk nietig verklaard zou kunnen worden alleen op grond van 't bijkomende verzuim, of van dit verzuim alleen.

Nog eens, het verzuim moet bij huwelijken buiten 's lands en bij die hier te lande voltrokken 't zelfde gevolg hebben; nòch de mogelijke nietigverklaring, nòch de absolute nietigheid mag er het gevolg van zijn, want beide zijn in strijd met den geest en het stelsel der wet, die eens bestaande huwelijken zooveel mogelijk laat bestaan, en ze zoo weinig mogelijk vernietigt.

Wegens dezelfde redenen is het evenmin aan te bevelen, dat het aan den rechter overgelaten worde te bepalen, welke gevolgen het verzuim hebben zal, en tevens ook, omdat dit stelsel een onzekerheid teweeg zou brengen, die voor de echtgenooten hoogst nadeelig en voor de maatschappij gevaarlijk zijn zou.

Maar welke andere sanctie is er dan aan de bepaling te geven, die de echtgenooten niet, of althans niet zoo zwaar, treft?

Het opleggen van een boete aan hen, die zich aan de overtreding schuldig maken, zou misschien overweging verdienen.

Het door Mr. Heemskerk ¹⁾ geopperde bezwaar, dat rijken hierdoor niet, maar armen des te gevoeliger getroffen zouden worden, ware misschien te voorkomen door het vaststellen van een minimum en een

¹⁾ t. a. p. pag. 121.

maximum en het bepalen van het bedrag der boete aan den rechter over te laten. Hetzelfde bezwaar bestaat bovendien bij alle strafrechtelijke boeten, die den veroordeelde min of meer treffen, naarmate hij meer of minder gegoed is. Het grootste ligt echter wellicht in de moeielijkheid om te bepalen, door wie en op welke wijze die boeten geïnd zouden moeten worden, een moeielijkheid die inderdaad niet gemakkelijk op te lossen is.

Om dezelfde redenen kan ook geen gevangenisstraf toegepast worden.

Heemskerk ¹⁾ beveelt, als beste regeling, het sluiten van tractaten met de vreemde mogendheden aan; ook daarbij echter stuit men, mijns inziens, op onoverkomelijke bezwaren.

Wanneer men toch daartoe overging, zou men, om het beoogde resultaat te verkrijgen, dergelijke tractaten moeten sluiten met alle mogendheden der wereld. Ten eerste doet zich dan de vraag voor, hoe lang het wel duren zou, voordat al die tractaten gesloten waren en een dergelijke wetsbepaling in werking treden kon; doch ten andere, wat te doen in het geval dat er sommige mogendheden gevonden werden, die niet geneigd waren een dergelijk trac-

¹⁾ t. a. p. pag. 121 en 122.

taat te sluiten? En men kan toch uit den aard der zaak niet met alle, beschaafde en onbeschaafde, volken, traktaten sluiten. Met het oog op sommige landen zou men dus in elk geval eene afzonderlijke wetsbepaling moeten maken en daarbij natuurlijk wederom op dezelfde bezwaren stuiten, die ons hier ontmoeten.

Maar gesteld al eens, dat men het tractatenstelsel aannam, dan zijn wij daardoor nog geenszins alle moeielijkheden te boven.

Heemskerk wil, dat men door die tractaten trachte te verkrijgen, dat buitenlandsche ambtenaren, die medewerken tot het sluiten van het huwelijk van een Nederlander in den vreemde, gestraft worden, zoo zij daarbij de bepalingen onzer wet overtreden. Ik meen het echter zeer te mogen betwijfelen, of er vele regeeringen zouden gevonden worden, die zouden toestaan, dat hunne ambtenaren gestraft werden voor het overtreden eener vreemde wet in hun eigen land, en wie zou ook van die ambtenaren kunnen vergen, dat zij bekend waren met de wetgeving van alle natiën, waarmede hun gouvernement zulke traktaten gesloten had?

Maar bovendien, hoe zal het zijn, wanneer de huwelijken gesloten zijn op plaatsen, zoo ver van Nederland afgelegen, dat de hier te lande gedane afkondigingen haar doel missen?

Ook hieraan tracht Mr. Heemskerk te gemoet te komen. Hij wil dat, veertien dagen voor het sluiten van het huwelijk, daarvan kennis gegeven worde aan den naastbijzijnden Nederlandschen consulairen ambtenaar, „aan wien dan tevens de bevoegdheid kon worden toegekend, die stappen tot stuiting van het huwelijk te doen, die anders aan het Openbaar Ministerie toekomen”. Ik meen echter dat ook dit middel weinig baten zal, daar dan toch in vele gevallen deze ambtenaar van het beletsel van het huwelijk geen kennis zal dragen en dus het doel, nl. het voorkomen van vicieuse huwelijken, niet bereikt zal worden, afgezien nog van de vraag of het wel wenschelijk is aan een' consulairen ambtenaar de rechtsmacht van een' ambtenaar van 't Openbaar Ministerie te geven, die bovendien zelfs niet in alle gevallen het huwelijk stuiten kan.

Bij al deze moeilijkheden, komen nog de vroeger genoemde: Waar zal een Nederlander, in 't geval van art. 5 n°. 2 verkeerende, de afkondigingen moeten doen? hoe zal men een middel vinden, om te zorgen dat in de afkondigingen steeds de plaats waar het huwelijk voltrokken zal worden en de persoon aan wien de gronden van stuiting des huwelijks medegedeeld moeten worden, worden vermeld?

Al deze bezwaren doen mij tot het besluit komen, dat men in het sluiten van dergelijke tractaten met

vreemde mogendheden (gesteld al dat deze zich daartoe leenen wilden), geen doeltreffend middel zou vinden, om te bewerken, dat de voorgeschreven afkondigingen werkelijk altijd plaats zullen hebben.

Wanneer men de huwelijksafkondigingen behouden wil, weet ik inderdaad geen redelijk en doeltreffend middel om te voorkomen, dat de wetsbepaling, die ze voorschrijft, straffeloos overtreden worde. Al de middelen, daartoe voorgesteld, zijn of niet redelijk, of kunnen geen doel treffen.

Welk besluit ik daaruit trek, behoef ik nauwelijks te zeggen.

Beantwoordt het voorschrift der huwelijksafkondigingen bij huwelijken in 't buitenland voltrokken reeds op zich zelf niet aan het beoogde doel, en kan het bovendien niet op deugdelijke wijze gesanctioneerd worden, dan schaffe men het af. Daartoe concludeer ik dan ook. Bij de eventuele, volgens mij, hoog noodige herziening van art. 138 B. W., late men de woorden „mits de huwelijksafkondigingen volgens de tweede afdeeling van dezen titel, binnen dit koninkrijk, zonder stuiting des huwelijks, hebben plaats gehad,” vervallen.

Theorie en ervaring beide schijnen tot deze conclusie te leiden.

STELLINGEN.

STELLINGEN.

I.

Onnoodig is het in L. 5 § 1. D. „de pecunia constituta” (XIII. 5) met Cuiacius en Mommsen te lezen „conveniri non debere”.

II.

De erfgenaam, die in het bezit is der vreemde zaak, die de erflater meende dat zijne eigene zaak was, is gehouden deze aan den legataris uit te keeren.

III.

Hij, die eene hem „titulo oneroso” verschuldigde zaak om niet heeft verkregen, kan van zijnen schuld-eischer niet eischen, wat de zaak meer waard is dan den prijs.

IV.

Het verzuim der huwelijksafkondigingen, vereischt door art. 138 B. W., heeft geen invloed op de geldigheid van het huwelijk.

V.

Het ware wenschelijk, dat uit art. 138 B. W. de woorden: „mits de huwelijksafkondigingen, volgens de tweede afdeeling van dezen titel, binnen dit koningrijk, zonder stuiting des huwelijks, hebben plaats gehad”, wegvielen.

VI.

Indien de Nederlandsche man gedurende het huwelijk vreemdeling wordt, verliest de vrouw daardoor haren staat van Nederlander niet.

VII.

De rechtsvordering tot herstel in het bezit kan alleen door den bezitter worden ingesteld, en niet door den houder.

VIII.

Het ware wenschelijk dat de huurder moest instaan voor brandschade.

IX.

Buitenlandsche naamlooze vennootschappen behoeven, om hier te lande als rechtspersonen erkend te worden, en als zoodanig in rechten te kunnen optreden, de goedkeuring van onzen Koning.

X.

De acceptant eens wissels is tot de betaling verplicht, ook dan wanneer de handteekening des trekkers valsch is.

XI.

Een accoord brengt geen schuldvernieuwing te weeg.

XII.

De afgedankte schepeling behoeft, wanneer het scheepsjournaal geen wettige redenen van ontslag vermeldt, om schadeloosstelling te kunnen vorderen, niet te bewijzen dat daarvoor geen wettige reden bestond.

XIII.

Bij een exploit van verzet tegen een vonnis bij verstek, kan een reconventioneele eisch worden gedaan.

XIV.

De belastingen zijn geen goede maatstaf voor een kiesstelsel.

XV.

Het ontslaan van voor hun leven benoemde rechters, bij de invoering van eene latere wet op de rechterlijke inrichting, is ongrondwettig.

XVI.

Artt. 295 en 296 C. P. zijn van toepassing op doodslag, gepleegd op verzoek.

XVII.

De aantijging van onware en eerroovende feiten op eene openbare plaats, in een voor het publiek niet hoorbaar gesprek, is niet strafbaar volgens artt. 367 en 375 C. P.

XVIII.

Het opzettelijk vernielen van de glasruiten in vaststaande ramen (b. v. eener kerk) is te straffen volgens art. 437 C. P., maar niet het wegbreken van steigerwerk.

XIX.

Het is wenschelijk, dat de straf van verbanning behouden blijve, en dat in Suriname een strafkolonie ingericht worde.

XX.

Bij de hervatting van het geding (art. 195 al. 2 Sv.) behoeven al de getuigen niet op nieuw te worden gehoord.

XXI.

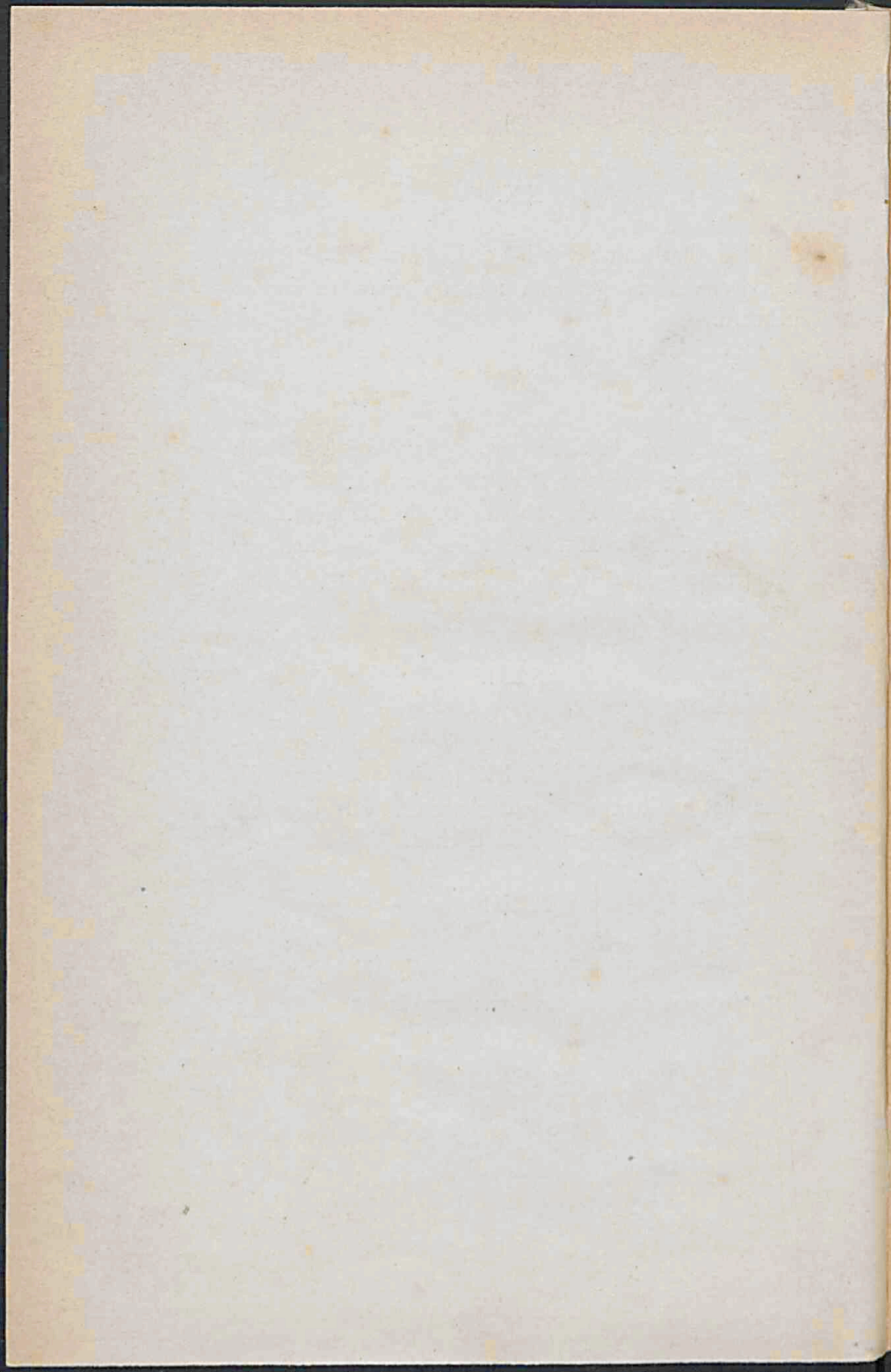
Ten onrechte beweert Baron (*Kritische Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, XIX, bl. 388): „es ist die Schwäche der heutigen Eigenthumsordnung, dass sie Millionen Menschen den Stoff zur Offenbarung ihrer Individualität nur in der nothdürftigsten Art gewährt.”

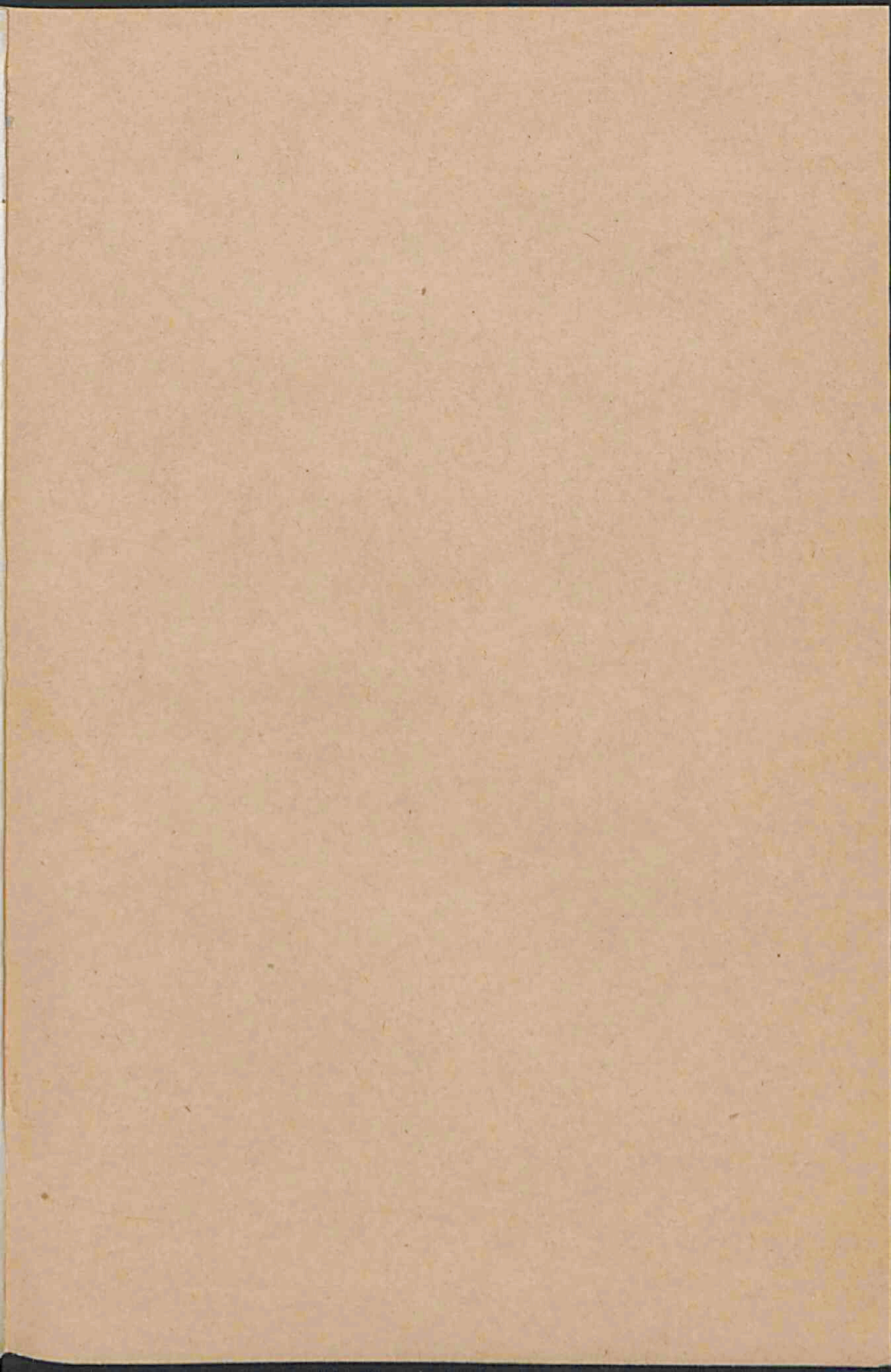
XXII.

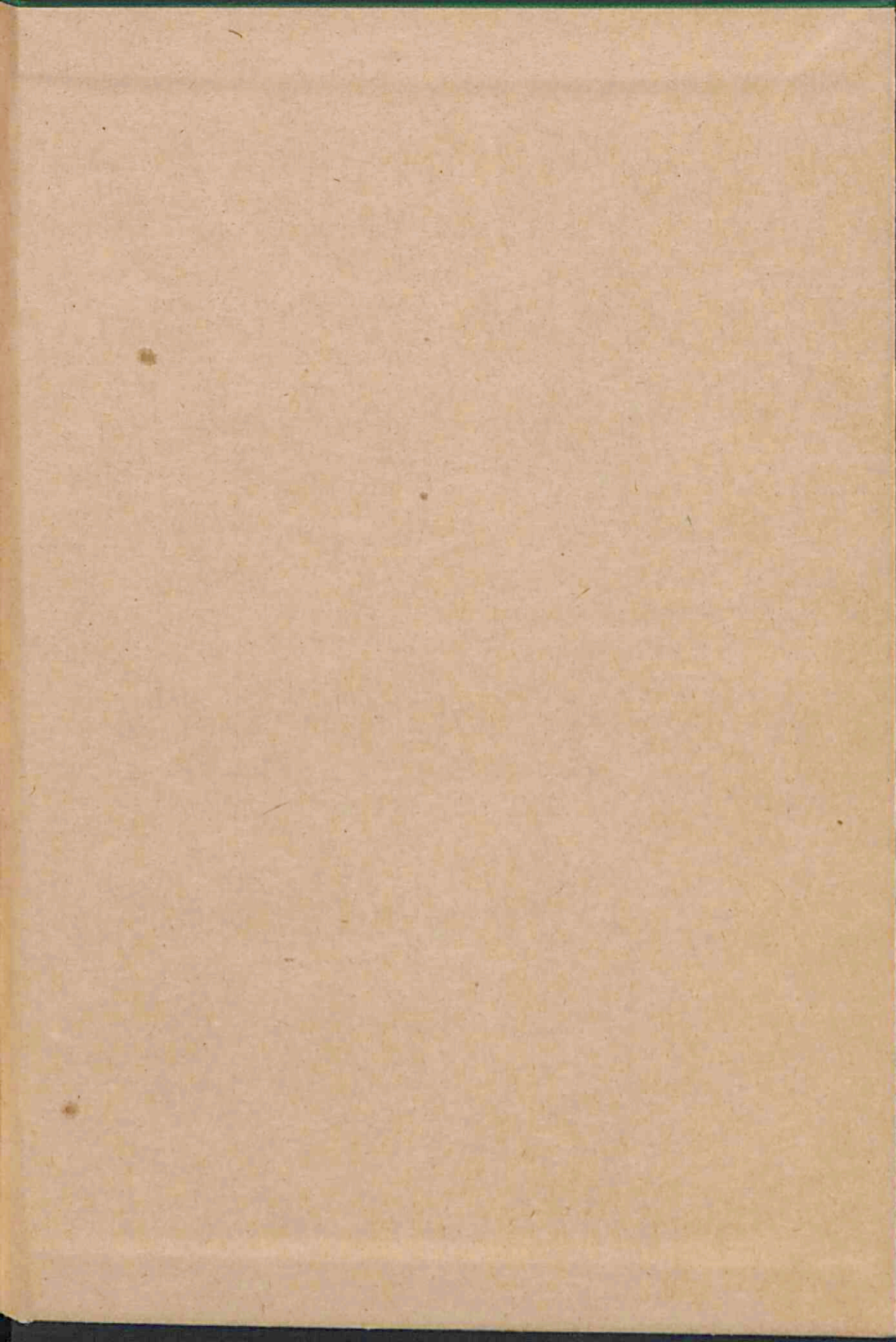
Wanneer de staat zoogenaamde inproductieve uitgaven gedaan heeft, is het gewoonlijk beter die door het sluiten van eene leening, dan door het heffen van eene belasting te dekken.

XXIII.

Loonsverhooging is geen afdoend middel tot verbetering van den toestand van werklieden.







D
ut
18