



Het zakelijk karakter van het recht van den eersten kooper

<https://hdl.handle.net/1874/268210>

4 192

15 Dec 1919

HET ZAKELIJK KARAKTER VAN
HET RECHT VAN DEN
EERSTEN KOOPER.

W. N. DINGER.



A. qu.
192

HET ZAKELIJK KARAKTER VAN HET
RECHT VAN DEN EERSTEN KOOPER.

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK UTRECHT



3600 0473

Miss Wredet 19 dia

HET ZAKELIJK KARAKTER VAN HET RECHT VAN DEN EERSTEN KOOPER.

PROEFSCHRIFT TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD
VAN DOCTOR IN DE RECHTSWETENSCHAP AAN DE
RIJKSUNIVERSITEIT TE UTRECHT, OP GEZAG VAN DEN
RECTOR-MAGNIFICUS DR. H. VISSCHER, HOOGLEERAAR
IN DE FACULTEIT DER GODGELEERDHEID, VOLGENS
BESLUIT VAN DEN SENAAAT DER UNIVERSITEIT
TEGEN DE BEDENKINGEN VAN DE FACULTEIT DER
RECHTSGELEERDHEID TE VERDEDIGEN OP MAANDAG
15 DECEMBER 1919, DES NAMIDDAGS TE 4 UUR, DOOR

WILLEM NICOLAAS DINGER,
GEBOREN TE LUNTEREN.



THE LIBRARY OF THE UNIVERSITY OF CHICAGO

540 EAST 58TH STREET, CHICAGO, ILL. 60637

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS
540 EAST 58TH STREET, CHICAGO, ILL. 60637
PRINTED IN THE UNITED STATES OF AMERICA
BY THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS
1968

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS
540 EAST 58TH STREET, CHICAGO, ILL. 60637



AAN MIJN OUDERS.

I N H O U D.

	Blz.
VOORWOORD	1
HOOFDSTUK I. (Inleiding).	5
§ 1. Zakelijke en persoonlijke rechten	5
§ 2. Lex Quotiens	6
§ 3. POTHIER, Vente, num. 318 en 319	7
§ 4. Allgemeines Landrecht für die preuszischen Staa- ten. Leer van het Recht zur Sache	9
§ 5. Uitbreiding der actio Pauliana	11
§ 6. Schrijvers uit vroeger eeuwen die de Pauliana uitbreiden	13
HOOFDSTUK II. (Verdediging der uitgebreide Pauliana)	18
§ 1. Benadeeling in den zin der Pauliana is: de cre- diteuren in hun recht treffen	18
§ 2. De kooper is ook crediteur en wordt ook in zijn recht getroffen	19
§ 3. De kooper ontvangt schadevergoeding en daarom is het onrecht jegens hem niet zoo erg	20
§ 4. Toch blijft, dat hij in zijn recht getroffen is	20
§ 5. Waarom is de Pauliana op het onrecht jegens den kooper niet toepasselijk? Geschiedkundige verklaring. Reële executie	21
§ 6. BALDUS bracht de Pauliana in overeenstemming met de gewijzigde executie	21
§ 7. Benadeeling van één crediteur	22
§ 8. De kooper heeft de uitgebreide Pauliana naast de gewone Pauliana	22
§ 9. Argument van GOMEZ: reële executie	23
§ 10. BALDUS en COVARRUVIAS kenden reële executie	24
§ 11. Schenkingen	26
§ 12. Schrijvers en jurisprudentie uit den tegenwoor- digen tijd, die de Pauliana uitbreiden	27
§ 13. Conclusie	27

	Blz.
HOOFDSTUK III. (Vervolg)	28
§ 1. De uitgebreide Pauliana is ook toepasselijk, als de verkooper zonder kwade trouw handelde . .	28
§ 2. Argumentatie	29
§ 3. Verschil in dit opzicht tusschen de Pauliana en de uitgebreide Pauliana	30
§ 4. Conclusie	31
§ 5. Jus constitutum. Art. 1356 B.W. Goede zeden .	32
§ 6. De nietigheid van art. 1356 is een relatieve . .	33
§ 7. Kwade trouw moet bestaan op 't oogenblik van den verkoop	35
HOOFDSTUK IV. (Het recht van reële executie)	37
§ 1. Litteratuur over het Recht zur Sache. Het Recht zur Sache is een persoonlijk recht	37
§ 2. Het zakelijk element bij het persoonlijke recht in het algemeen. Recht van geldelijke executie	41
§ 3. Het zakelijk element bij het Recht zur Sache in het bijzonder. Recht van reële executie. . . .	44
§ 4. De Pauliana beschermt het zakelijk element bij het persoonlijk recht in het algemeen. Zaaksgevolg	46
§ 5. De uitgebreide Pauliana beschermt het zakelijk element bij het Recht zur Sache in het bijzonder. Zaaksgevolg	49
§ 6. Het recht van reële executie is een zakelijk recht	51
HOOFDSTUK V. (Jus constituendum. De kooper eigenaar) .	54
§ 1. Is het zakelijk element in het recht van den kooper bijzaak of hoofdzaak?	54
§ 2. Het is hoofdzaak. Argumentatie	55
§ 3. Vergelijking van den kooper met den eigenaar van roerend goed	56
§ 4. Wat voor den kooper geldt, geldt ook voor be- giftigde, ruiler en huurder	59
§ 5. Het Romeinsche recht voelde deze gerechtigden als persoonlijkgerechtigden, en daarom weigerde het de reële executie	59
CONCLUSIES	61

VOORWOORD.

Als iemand een zaak gekocht heeft, en de verkooper begaat daarna de oneerlijkheid, die zaak, in plaats van haar aan den kooper te leveren, aan een ander te verkoopen en aan dien ander te leveren, dan wordt die ander de eigenaar. Dit wordt hij, zelfs al wist hij bij het koopen en bij het ontvangen der zaak, dat de eerste kooper haar al gekocht had.

Immers de zaak was nog niet aan den eersten kooper geleverd, de eerste kooper had dus slechts een persoonlijk recht tegenover den verkooper. De verkooper was, zoolang hij nog niet geleverd had, nog eigenaar, en *kon* dus, al mocht hij het niet, geldig de zaak aan den tweeden kooper verkoopen en leveren.

De eerste kooper beschikt ook niet over een middel om de zaak van den tweeden kooper op te vorderen. De tweede kooper immers heeft niet slechts eigendom gekregen, maar vrijen eigendom, eigendom waar geen zakelijke last op rust. De verplichting van den verkooper om de zaak aan den eersten kooper te leveren is geen zakelijke last, maar een persoonlijke verbintenis van den verkooper. De tweede kooper heeft niets met de persoonlijke verbintenissen van den verkooper te maken.

De tweede kooper mag de zaak dus houden, dit is de

conclusie, en de eerste kooper heeft niet het recht de zaak van hem op te vorderen.

Mij heeft deze oplossing der kwestie nooit kunnen bevredigen. De eerste kooper wordt op deze wijze wel wat al te gemakkelijk van dat, waarop hij recht heeft, beroofd.

We zouden daarom den eersten kooper reeds met de koopovereenkomst eigendom willen toekennen, dan is hij tegen deze oneerlijkheden gewapend.

Maar zou deze maatregel wel voldoen? We moeten bedenken, hier is het een kooper die door zijn verkooper oneerlijk behandeld is, een andere keer is het eens een ander persoonlijk-recht-hebbende die door zijn debiteur bedrogen wordt. Er zijn verscheidene persoonlijke rechten denkbaar tot levering of verschaffing van een zaak, die door hun debiteur vrijdeld kunnen worden, als die debiteur (in ons geval de verkooper) de zaak aan den derde (in ons geval den tweeden kooper) vervreemdt. Kunnen we nu al die persoonlijke rechten tot zakelijke rechten maken? Dat zou een ingrijpende maatregel zijn!

Laten we niet met dit radicaalste middel *beginnen* en den kooper door de koopovereenkomst eigenaar maken. Laten we *ervan uitgaan*, evenals de Nederlandsche wet dat doet, dat de kooper door de koopovereenkomst een persoonlijk recht tegen den verkooper heeft, tot inhoud hebbende, dat deze hem de zaak, en daardoor zoo mogelijk den eigendom, levere.

We staan dus weer voor ons geval: een kooper wordt door zijn verkooper gedupeerd, doordat deze de zaak aan een ander vervreemdt; een persoonlijk-recht-hebbende

wordt door dengeen tegen wien hij het persoonlijke recht heeft, bedrogen, doordat deze de zaak aan een ander vervreemdt; een *schuldeischer* (waarom hem niet zoo genoemd) wordt door zijn *schuldenaar* oneerlijk behandeld, doordat deze de zaak aan een ander vervreemdt. Wat moet tegen deze kwaadwillige vervreemding het middel zijn?

Vanzelf dringt zich nu de gedachte aan de *actio Pauliana* aan ons op. Zij komt immers toe aan elken schuldeischer. Ze is juist het middel tegen kwaadwillige handelingen van een schuldenaar, waardoor deze zijn schuldeischers benadeelt (art. 1377 B. W.).

De *actio Pauliana* eischt echter, dat de schuldeischers zijn benadeeld, en deze voorwaarde is in ons geval niet vervuld: daar is slechts één schuldeischer, de eerste kooper, benadeeld. De *Pauliana* eischt verder, dat de schuldeischers zijn *benadeeld*, d.w.z. geldelijk benadeeld, en aan dit vereischte is in ons geval evenmin voldaan: want wie weet of de verkooper den eersten kooper, na hem bedrogen te hebben, niet schadeloosstelling in geld aanbiedt.

We kunnen dus niet zeggen, dat de *Pauliana* op ons geval toepasselijk is. Maar misschien is er wel reden, de *Pauliana* zoo ver uit te breiden, dat zij erop toepasselijk wordt.

Die reden nu bestaat geloof ik werkelijk, en over deze uitbreiding der *actio Pauliana* handelt dit proefschrift.

We zullen hierin zien, dat in de afgelopen eeuwen, speciaal vóór omstreeks 1750, verschillende schrijvers de *Pauliana* op deze wijze hebben uitgebreid. Hun opvatting heeft toen zelfs gegolden als *communis opinio*. In het „Allgemeine Landrecht für die Preuszischen Staaten” van FREDERIK DEN GROOTE werd zij dan ook aanvaard. En ook bij POTHIER is een spoor van haren invloed terug

te vinden. Deze historische gegevens stel ik mij voor te behandelen in Hoofdstuk I.

Nadat ik dan op mijne beurt de uitbreiding der Pauliana zal hebben verdedigd (Hoofdstukken II en III), wil ik in Hoofdstuk IV de vraag bespreken, of het recht van den kooper nu persoonlijk of zakelijk is.

Daarna wil ik in een Ve, laatste, hoofdstuk de kwestie van eigendomsverkrijging door de koopovereenkomst aanroeren.

HOOFDSTUK I.

INLEIDING.

§ 1. Zakelijke rechten zijn rechten op een zaak. Zij mogen geëxecuteerd worden op die zaak, waar deze zich ook bevindt, en wat er ook met deze gebeurt. Zij volgen de zaak.

Persoonlijke rechten zijn rechten op de praestatie van een persoon, debiteur. Zij mogen wel op zaken geëxecuteerd worden, maar alleen op zaken van dien persoon. Verkrijgt de debiteur er dus zaken bij, dan mogen de persoonlijke rechten op deze zaken geëxecuteerd worden; raakt hij zaken kwijt, bijv. doordat hij ze vervreemdt, dan mogen de persoonlijke rechten niet meer op die zaken worden ten uitvoer gelegd. Het persoonlijke recht kan de zaken niet volgen.

Het lijkt dus wel, of het persoonlijke recht zwakker is dan het zakelijke: het zakelijke recht heeft een zekere werking tegen derden, die zich uit in zaaksgevolg; het persoonlijke recht mist die werking tegen derden, heeft geen zaaksgevolg.

Toch zou het onjuist zijn, het persoonlijke recht zwakker te noemen. Het persoonlijke recht heeft geen zaaksgevolg, dat is waar. Maar in de plaats daarvan heeft het (de symmetrie eischt dat reeds) persoonsgevolg. Het persoonlijke recht kan steeds blijven volgen den persoon van den debiteur. De debiteur kan niet aan het op hem rustende persoonlijke recht ontloopen, evenals (aan den anderen

kant) de zaak niet aan het erop rustende zakelijke recht kan ontloopen.

De debiteur, die zijn goederen wegmaakt, zoodat hij niets meer overhoudt, is daarmee niet van de persoonlijke rechten, die op hem rusten, bevrijd. Hij blijft debiteur, ook al kan hij op 't oogenblik niet praesteeën.

Heb ik tegen een eigenaar een persoonlijk recht tot levering van een bepaalde zaak, en maakt die eigenaar, debiteur, de zaak weg door haar b.v. aan een ander te vervreemden, dan is hij daarmee niet bevrijd van zijn verplichting haar aan mij te leveren. Hij blijft debiteur, ook al kan hij op 't oogenblik zijn verbintenis niet nakomen. Dan moet hij de zaak maar van den ander zien terug te krijgen. Ook kan ik, als hij zijn verbintenis niet nakomt, schadevergoeding in de plaats van nakoming van hem eischen. Maar in de eerste plaats: hij moet zijn verbintenis nakomen. De verbintenis blijft op hem rusten, ook al heeft hij de zaak niet meer.

Het zakelijke recht is een recht op een zaak, het volgt de zaak. Het persoonlijke recht is een recht op de praestatatie van een persoon, het volgt den persoon. Zoo staan de zakelijke en persoonlijke rechten tegenover elkaar.

§ 2. Het meest bekende persoonlijke recht tot levering van een bepaalde zaak is het recht van den kooper.

Uit het koopcontract ontstaan wederzijds verbintenissen.

De verkoper wordt niet dadelijk door de gesloten koopovereenkomst eigenaar van de geldstukken die den koopprijs uitmaken. Eigenaar ervan wordt hij eerst, doordat die geldstukken hem geleverd worden, doordat de koopprijs hem betaald wordt. Vóór dien tijd heeft hij niet anders dan een vorderingsrecht tegen den kooper, tot leve-

ring van de geldstukken, tot betaling van den koopprijs.

Zoo krijgt de koper door de koopovereenkomst niet dadelijk den eigendom van de gekochte zaak. Eigenaar wordt hij pas, doordat de zaak hem geleverd wordt. Voor dien tijd heeft hij niet anders dan een vorderingsrecht, een persoonlijk recht, tegen den verkooper, tot levering der zaak.

Heeft iemand dus van een eigenaar een zaak gekocht (en dus een persoonlijk recht tegen den eigenaar tot levering dier zaak gekregen) en begaat die eigenaar daarna de oneerlijkheid de zaak aan een ander te verkoopen en aan dien ander te leveren, dan is het duidelijk dat die tweede koper de eigenaar der zaak wordt en dat de eerste koper de zaak niet onder hem kan volgen. Het eerste koopcontract blijft wel bestaan, de verkooper blijft wel verplicht de zaak aan den eersten koper te leveren, maar de eerste koper heeft niet het recht met zijn pretenties den tweeden koper, die geen partij in dat eerste contract was, lastig te vallen. De zaak ontgaat den eersten koper, want hij had geen zakelijk recht. Hij houdt wat hij had, een persoonlijk recht tegen den verkooper, en hij kan nu van dien verkooper wegens wanpraestatie schadevergoeding vorderen.

Deze beslissing vinden we uitdrukkelijk in het Romeinsche recht, l. 15 Cod. III, XXXII, de z.g. *lex Quotiens*:

Quotiens duobus in solidum praedium jure distrahitur, manifesti juris est, eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiore.

§ 3. Slaan we nu POTHIER op, waar hij dit onderwerp behandelt (*Traité du Contrat de Vente*, n. 318 en 319), dan vinden we eerst geheel dezelfde beslissing:

318. Lorsque le vendeur est propriétaire de la chose

vendue, et capable de l'aliéner; ou s'il ne l'est pas, lorsqu'il a le consentement du propriétaire, l'effet de la tradition est de faire passer en la personne de l'acheteur la propriété de la chose vendue, pourvu que l'acheteur en ait payé le prix, ou que le vendeur ait suivi sa foi. Le contrat de vente ne peut pas produire par lui-même cet effet. Les contrats ne peuvent que former des engagements personnels entre les contractants: ce n'est que la tradition faite en conséquence du contrat, qui peut transférer la propriété de la chose qui a fait l'objet du contrat, suivant cette règle: *Traditionibus, non nudis conventionibus, dominia transferuntur*; L. 20 Cod. de Pact.

319. De là il suit que, si le propriétaire d'une chose, après l'avoir vendue à un premier acheteur sans la lui livrer, avait la mauvaise foi de la vendre et livrer à un second, ce serait à ce second acheteur que la propriété serait transférée, L. *quoties*, 15 Cod. de *Rei vindic.* Le premier n'aurait qu'une action personnelle contre le vendeur pour ses dommages et intérêts résultant de l'inexécution du contrat;

maar aan het eind neemt zijn betoog een geheel onverwachte keer. POTHIER vervolgt en besluit n.l.:

et il (de eerste koper) ne pourrait la répéter contre le second acheteur qui l'aurait achetée de bonne foi, *in sciis prioris venditionis*.

Er had moeten staan: et il ne pourrait la répéter „contre le second acheteur.” Punt. In de plaats daarvan staat er: „contre le second acheteur qui l'aurait achetée de bonne foi, *in sciis prioris venditionis*.”

De eerste koper zou de zaak dus wel kunnen opvorderen contre le second acheteur qui l'aurait achetée de

mauvaise foi, sciens priorem venditionem? Het persoonlijke recht zou dus voor de helft *wel* zaaksgevolg hebben, n.l. tegen degenen die het kennen, en alleen voor de andere helft geen zaaksgevolg? En dit schrijft POTHIER zonder eenige nadere verklaring neer. We krijgen den indruk dat POTHIER zich hier verschreven heeft, misschien verleid door het begrip van goede trouw, en dat we de plaats moeten lezen zonder de woorden „qui l'aurait achetée de bonne foi, in sciis prioris venditionis.”

§ 4. Zoo eenvoudig is het echter niet. Dezelfde afwijking, en wel veel uitdrukkelijker uitgesproken, vinden we in een wetgeving samengesteld in POTHIER's tijd, het **Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten**. Dit Landrecht bevat n.l. de volgende bepalingen:

I. Theil, XIX. Titel, § 3. Ist die Sache, zu welcher Jemandem ein bloß persönliches Recht zustand, an einen Dritten veräußert worden, und dieser hat die persönliche Pflicht des vorigen Besitzers nicht mit übernommen, so ist der persönlich Berechtigte in der Regel nur von seinem Schuldner Schadloshaltung zu fordern befugt.

§ 4. Wenn also zwei oder mehrere, zu einer und ebenderselben Sache von dem Besitzer derselben ein persönliches Recht erlangt hatten, so schlieszt zwar derjenige, dessen persönliches Recht durch die Einräumung des Besitzes in ein dingliches übergegangen ist, den andern aus.

§ 5. Kann aber der Besitznehmer überführt werden, daz ihm das zu derselben Sache erlangte persönliche Recht des andern zur Zeit der Besitzergreifung schon bekannt gewesen sei, so kann er sich seines

durch die Uebergabe entstandenen dinglichen Rechts gegen denselben nicht bedienen ¹⁾.

Hier wordt, nadat in § 3 de regel is gegeven, in § 5 ondubbelzinnig de uitzondering vastgesteld ten aanzien van den tweeden kooper, die het recht van den eersten kooper kende. Deze tweede kooper „kann sich seines durch die Uebergabe entstandenen dinglichen Rechts (d.i. zijn door de levering verkregen eigendom) gegen denselben (d.i. tegen den eersten kooper) nicht bedienen.” Tegenover den eersten kooper werkt dus het verkregen eigendomsrecht van den tweeden kooper niet, de eerste kooper mag dit recht van den tweeden kooper als nietig beschouwen, de eerste kooper mag zich op het standpunt plaatsen dat de zaak nog tot den boedel van den verkooper behoort. Op deze wijze kan de eerste kooper de zaak nog in beslag nemen en erop zijn recht laten gelden, hoewel zij al aan den tweeden kooper verkocht en geleverd is. En dit bepaalt het Landrecht niet alleen ten behoeve van eerste koopers, maar ten behoeve van ieder die een persoonlijk recht zu einer Sache ²⁾ heeft. Ieder zoodanig persoonlijkgerechtigde mag de verleening van zakelijk recht of de vervreemding door den debiteur aan een derde *die zijn recht kent* (daarop komt het aan) als nietig beschouwen, en dus de zaak onder dien derde

¹⁾ Dezelfde beslissing is te vinden in I. Theil, X. Titel § 25: Auch der, welcher zur Zeit der Eintragung oder Uebergabe den früher entstandenen Titel eines Andern weisz, kann zum Nachtheile desselben die früher erhaltene Eintragung oder Uebergabe nicht vorschützen.

²⁾ Een Recht zu einer Sache (Recht zur Sache, ius ad rem) is een persoonlijk recht, „persönliches Recht,” tot onderwerp hebbende „das Geben oder die Gewährung einer bestimmten Sache”. (Landrecht I, II § 124.)

In zooverre niet te verwarren met Recht auf die Sache, dingliches Recht, ius in re. (Landrecht I, II § 127.)

opvorderen alsof zij nog volop een zaak van den debiteur zelf was. Dit is de in Deutschland vooral veel besproken *leer van het Recht zur Sache* van het Allgemeine Landrecht. Hier is de afwijking, die we bij POTHIER vonden, tot een systeem verheven.

§ 5. Hoe is het Landrecht tot een zoo groote afwijking van het karakter van het persoonlijke recht gekomen? Het ontleende haar aan een reeds oude praktijk, eine verbreitete ältere Praxis ¹⁾. In dien zin spreekt zich ook LEYSER uit ²⁾: *Regula ante memorata, quod inter duos emtores aut donatarios is praefertur, cui prius traditio facta, tunc ex unanimi fere interpretum sententia locum non habet, quum posterior, cui tradita est res, eam jam alteri venditam aut donatam fuisse scit.*

En hoe was men tot die heerschende opvatting gekomen? Het antwoord vindt men, als men de schrijvers uit de daaraan voorafgaande eeuwen opslaat: door een *ruime opvatting der actio Pauliana* ³⁾.

De actio Pauliana is, zooals men weet, het rechtsmiddel van iederen crediteur tegen bepaalde handelingen van den debiteur waardoor de crediteuren zijn benadeeld, de handelingen „in fraudem creditorum.” Wanneer de debiteur n.l. een onverplichte handeling verricht waardoor de crediteuren benadeeld worden, wetende dat de crediteuren erdoor benadeeld worden, met of ten behoeve van

¹⁾ DERNBURG, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts, Band I, § 184.

²⁾ LEYSER, Meditationes ad Pandectas, Vol. VII, specimen 444, num. III (uitgave van 1744).

³⁾ DERNBURG, aangehaald werk § 184 noot 4. Vgl. ook VON BRÜNNECK, Ueber den Ursprung des s.g. ius ad rem, blz. 92. HUGUENY, Responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle, Thèse Dijon 1910, blz. 35.

een derde die dit eveneens weet, dan heeft iedere crediteur de bevoegdheid van deze handeling de nietigheid in te roepen; en dus de activa die bij de handeling uit den boedel van den debiteur zijn gegaan, te behandelen als nog tot den boedel van den debiteur behoorend; en dien-tengevolge zijn vordering te executeeren op die activa als op activa van den debiteur. Dit is de z.g. „actio Pauliana”, die in ongeveer alle wetgevingen voorkomt. De Nederlandsche wetgeving regelt haar in de artt. 1377 B. W. en 42—51 der Faill.wet. Het Romeinsche recht, waaraan zij ontleend is, regelt haar uitvoering in Dig. 42 tit. 8: *Quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur*; Cod. 7 tit. 75: *De revocandis his, quae in fraudem creditorum alienata sunt*; en Inst. 4, 6 § 6: *Item si quis*. Zij wordt ook wel genoemd *actio revocatoria* ¹⁾.

Deze actio Pauliana nu (*actio revocatoria*) achtte men ten tijde van POTHIER en van de samenstelling van het Allgemeine Landrecht, maar vooral in de daaraan voorafgaande eeuwen, toepasselijk op het geval dat een verkooper de daad van kwade trouw beging, de zaak die hij aan den een verkocht had, aan den ander te verkoopen en te leveren. Men oordeelde dat dit een handeling was in *fraudem creditoris*, in *fraudem prioris emptoris*, en kende dan dien eersten kooper de bevoegdheid toe de nietigheid van die vervreemding in te roepen, *alienationem revocare*, mits overigens de vereischten der Pauliana vervuld waren, d.w.z. mits ook de tweede kooper geweten

¹⁾ Naar aanleiding van het opschrift van den genoemden Codextitel (7,75): *De revocandis his quae in fr. cred. alien. sunt*, en vele andere plaatsen. In het tegenwoordige Fransche recht nog gebruikt men door elkaar de uitdrukkingen *action paulienne* en *action révocatoire*, zie PLANIOL, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 2e druk, II, blz. 99.

had dat het een handeling was in *fraudem prioris emptoris*; hetwelk hierop neerkwam, dat men eischte dat de tweede kooper geweten had dat de eerste kooper de zaak al gekocht had. Zoo bereikte men, dat de eerste kooper de zaak onder den tweeden kooper kon opvorderen, indien hij slechts bewees dat die tweede kooper bij het verkrijgen der zaak geweten had dat hij, eerste kooper, haar al gekocht had.

§ 6. Een geheele reeks van schrijvers heeft zich in dezen zin uitgesproken. Hier volgen eenigen van hen.

BRUNNEMANNUS, *Commentarius in Codicem*, Lib. III, Tit. XXXII l. 15 (les Quotiens):

num. 1. Quando quis rem duobus vendit, aut donat, non ille potior est, cui res prius donata, sed cui prius tradita.

Dit is zuiver de *lex Quotiens*. Hierop volgen dan de beperkingen onder num. 2, 3, 4 en 5, en onder num. 6 diegene waar het ons om te doen is:

num. 6. Est et alia Limitatio hujus Regulae, si secundus scivit Jus ad rem, quod priori competebat, nam tunc actionem Revocatoriam priori competere plures tradunt.

Jus ad rem is zooals men begrijpt Recht zur Sache, het persoonlijke recht van den eersten kooper. Actio Revocatoria is, gelijk bekend, de actio Pauliana.

Dat de actio Pauliana bedoeld is, blijkt nog duidelijker uit de schrijvers die BRUNNEMANNUS aanhaalt, b.v. KLOCK, BALTHASAR, COVARRURIAS, die hier volgen.

KLOCK, *Consilia*, Tom II, Cons. XLII, num. 93.

So wird je und alle wege in rei venditae tam possessione quam dominio primus emptor secundo

scienter alteri venditam rem ementi billich vorgezogen: Alldieweil Rechtens, secundum emptorem, cui prius res tradita fuit, primo emptori possessione destituto postponi, si sciens et in mala fide constitutus rem alteri venditam emisset: Et hoc casu potest primus emptor rem et traditionem revocare, actione in factum revocatoria, quae competit ad revocanda ea, quae sunt alienata in fraudem creditorum.

BALTHASAR, Practicarum Resolutionum Pars Prima, Tit. VII, Resol. VI. Si una res duobus in solidum vendatur, uter ex iis praeferatur?

num. 2. At vero in re duobus in solidum vendita, imprimis quidem uni, deinde etiam alteri, ille praeferitur, cui prius res ejusque possessio tradita est. l. quoties f.f. de rei vindic.

num. 4. Verum praedicta resolutio etiam suas patitur limitationes. Etenim secundus emptor priori non praeferitur, etiamsi prius eidem res tradita fuisset, quando secundus emptor est in mala fide, sciens rem alteri jam venditam fuisse; quia hujusmodi alienatio in fraudem prioris emptoris censetur facta. arg. l. 1 f.f. de his, quae in fraud. credit., l. 1. C. de revoc. his, quae in fraud. credit.

COVARRUVIAS, Variarum Resolutionum libri quattuor, Lib. II, Cap. XIX.

Eerst de lex Quotiens, en dan:

num. 5. Quinto, eadem constitutio proculdubio intelligenda est, ubi secundus emptor bonam fidem habet, nam si is mala fide, id est, non ignarus primae venditionis, eandem rem emerit, licet eidem tradita sit, nihilominus per primum emptorem res ab eo revocabitur et evincetur (met een beroep op verschillende schrijvers).

Tenslotte:

illud vero admonendum est, in hac specie fraudem ex eo tantum praesumi, quod secundus emptor sciverit, rem alteri primo venditam fuisse; ut expressim adnotarunt (volgen weer eenige schrijvers).

BRUNNEMANNUS, KLOCK en BALTHASAR zijn Duitschers, COVARRUVIAS is een Spanjaard. Ook de schrijvers uit de Vereenigde Nederlanden ontbreken niet.

VOET, Commentarius ad Pandectas, Tom. I, Lib. VI, tit. I de rei vindicatione, § 20.

Eerst weer een uiteenzetting van het beginsel der lex Quotiens, en dan:

Si tamen emptor secundus, sciens rem priori distractam esse, nihilominus emerit, et possessionem ex traditione fuerit adeptus; priori quidem non ob id vindictio accommodanda est, quippe necdum domino; sed in factum actionem personalem ei contra secundum fraude non carentem dari oportere, quidam censent, ne dolus ei prosit. arg. tit. tot. f.f. quae in fraud. credit. alien. sunt, ut rescind.

Hij haalt aan: ANTONIUS MATTHAEUS, paroemia 7 num. 6, en SIMON VAN LEEUWEN, cens. forens. part. 1, lib. 4, cap. 19, num. 26.

ANTONIUS MATTHAEUS, Paroemiae, paroemia septima (meubelen en hebben geen gevolge) num. 6.

Eerst de lex Quotiens, en dan:

Intelligendum tamen cum temperamento, ut non procedat, quoties posterior emptor scivit, rem anteriori jam venditam esse.

We vinden hier niet veel van de actio Pauliana, maar toch wordt deze plaats, zooals we gezien hebben, door VOET in verband met de Pauliana genoemd.

SIMON VAN LEEUWEN, *Censura Forensis*, Lib. IV, Cap. XIX, num. 26.

Lex Quotiens, en daarna:

Nisi forte is, cui res empta et tradita est, quum sciret, eandem rem alteri prius venditam esse, in fraudem prioris emptoris egerit, ut sibi venderetur et traderetur, nec alter eam consequatur: qui eo non obstante, rem traditam actione in factum revocatoria a secundo emptore revocare potest.

Zeer duidelijk is een Spanjaard, GOMEZ, die hier door verscheidene van deze schrijvers genoemd wordt.

GOMEZ, *Commentariorum Variarumque Resolutionum Tomi tres*, Tom. II, Cap. II, num. 20:

Item quaero, si aliqua res vendatur duobus, vel pluribus, diversis temporibus, quis eorum praeferatur? In quo notabili et utili articulo resolutive dico, quod ille praeferatur, cui prius res fuerit tradita. Tex. est capitalis et expressus in l. Quotiens, C. de rei vind. Cujus verba sunt: Quotiens duob. in solidum praedium jure distrahitur, manifesti juris est, eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiozem.

En dan, eenige kolommen verder (zelfde nummer):

Secundo, principaliter limita, et intellige, ut procedat, quando secundo vendito alteri facta, fuit celebrata bona fide sine dolo malo et fraude. Secus tamen est, quando fieret in fraudem primi emptoris, ut non habeat rem, et secundus emptor participavit de fraude: quia tunc licet secundo emptori sit facta traditio, mediante qua in eum sit translatum dominium, primus emptor poterit rem et traditionem revocare actione in factum revocatoria, quae competit ad revocanda ea, quae sunt alienata in fraudem creditorum.

We hebben nu schrijvers van verschillende nationaliteiten gezien, tusschen 1700 en 1500. Ieder van hen haalt weer andere schrijvers aan. GOMEZ kan dan ook spreken van een communis opinio ¹⁾.

De oudste ²⁾ uitspraak, die ik heb kunnen vinden, waarnaar telkens verwezen wordt, is van BALDUS, † 1400, den grooten meester der Postglossatoren. Zijne opinie wil ik hier tot slot vermelden. Zij is merkwaardig kort en duidelijk geformuleerd.

BALDUS, Super septimo Codicis, Rubr. De revocandis iis, quae in fraudem creditorum alienata sunt, num. 1.

Mirabiles conclusiones videntur inferri in hac materia. Vendidisti mihi rem aliquam, et antequam tradas, vendidisti et tradidisti eam Titio, in fraudem meam. Nam in rei vindicatione et publiciana, potior est Titius. Tamen si in fraudem participavit, revocabo.

Mij nu komt het voor, dat er werkelijk reden is, de Pauliana zoover uit te breiden als deze schrijvers gedaan hebben. Dit zal ik in de volgende hoofdstukken trachten aan te toonen.

¹⁾ „Sed sustinendo primam communem opinionem” (uitgave van 1584, t. a. p., 6de kolom van num. 20).

Schrijvers waarnaar veel verwezen wordt zijn o.a. GAILL, Observ. lib. II, LV, num. 11, en IASON, Lectura super tit. de Action. in Institut. Iustinian., num. 76 en 116.

Ook wordt eenige jurisprudentie genoemd:

Camera Spirensis (genoemd door BRUNNEMANNUS, l. c.), arresten van de Parlementen van Parijs van 24 April 1595, Bordeaux van 1582, Bourgogne van 26 Juli 1564 (opgegeven door HUGUENEY, Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle, Thèse Dijon, 1910, blz. 35).

Verder beroept MATTHAEUS (zie boven) zich nog op het Landrecht van Overijsel, II tit. 8, § 10, en dat van Roermond, III tit. 1, § 2 n. 4.

²⁾ De Glosse ad leg. Quotiens, verbo „iure” bevat de volgende woorden: Iure, id est non dolo. Iure, id est bona fide, vel sine dolo secundum quosdam. Sommige schrijvers verwijzen naar deze Glosse. Uit niets blijkt echter, dat deze Glosse reeds gedacht heeft aan ruime toepassing der actio Pauliana.

HOOFDSTUK II.

VERDEDIGING DER UITGEBREIDE ACTIO PAULIANA.

§ 1. De Pauliana eischt, dat de crediteuren zijn benadeeld. Men weet, wat deze uitdrukking, benadeeling der crediteuren, zeggen wil. Benadeeling der crediteuren is er, wanneer de debiteur zijn boedel zóó vermindert, dat hij dientengevolge insolvent wordt, of ook, wanneer de debiteur, insolvent zijnde, zijn boedel nog minder maakt.

Vermindering van den boedel opzichzelf is niet voldoende. Wanneer een rijk man een deel van zijn vermogen wegmaakt, kunnen we niet zeggen dat de crediteuren daardoor schade lijden. Immers hij houdt nog genoeg over om hen allen volledig te betalen. Benadeeling is er eerst, als de debiteur niet meer genoeg overhoudt om zijn crediteuren volledig te betalen, d. i. wanneer hij insolvent wordt of insolvent is. De crediteuren hebben recht op een uitkeering van 100 %. De debiteur maakt, dat zij minder ontvangen; of, indien zij reeds minder ontvangen zouden hebben, bewerkt hij dat zij nog minder beuren. Eerst als dit het geval is, d. i. als de crediteuren tengevolge van de handeling van den debiteur minder ontvangen, kan men zeggen dat zij door de handeling zijn benadeeld.

Enkele teleurstelling der crediteuren is dus nooit voldoende om van benadeeling te mogen spreken. Als zij b.v. hun vorderingen op een bepaald voorwerp van den debiteur wilden verhalen, en de debiteur vervreemdt dit voorwerp, dan is er geen reden hun daarom de actio Pauliana toe te kennen. Zeer juist. Want de actio Pauliana hebben zij alleen, als zij tengevolge van de handeling minder ontvangen.

De actio Pauliana mogen zij dus niet instellen, wanneer de debiteur zonder meer hun zekerheid vermindert.

Evenmin komt de actio Pauliana hun toe, als de debiteur hen teleurstelt in de een of andere verwachting.

Van de actio Pauliana mogen zij zich alleen bedienen, indien de debiteur hen teleurstelt in datgene wat zij *rechtens* van hem mochten vorderen, de volle uitkeering van wat hij hun verschuldigd is. De actio Pauliana hebben zij dus alleen, wanneer de debiteur hun *recht* schendt. De rechtsschennis bestaat hierin, dat de debiteur door zijn handeling maakt, dat zij datgene waarop zij recht hebben, niet ontvangen. Zij hebben recht op 100 %. De debiteur maakt, dat zij die 100 %, of een gedeelte van die 100 %, niet beuren.

§ 2. Welnu, de kooper heeft recht op levering der gekochte zaak. De verkooper die de zaak desniettegenstaande aan een ander vervreemdt, maakt dat de kooper datgene, waarop hij recht heeft, niet krijgt. Moet de kooper tegen dit onrecht dan geen rechtsmiddel hebben?

De verkooper die den kooper op deze wijze dupeert, pleegt hetzelfde onrecht als de debiteur, die maakt dat de crediteuren een gedeelte van de 100 %, waarop zij recht hebben, niet ontvangen. Het is niet enkele teleur-

stelling in een verwachting. De koper wordt werkelijk in zijn *recht* getroffen, n.l. zijn recht op levering der zaak, evenals de crediteuren getroffen werden in hun recht op volle betaling. De koper heeft nu eenmaal in de eerste plaats niet een recht op betaling van een geldsom, hij heeft recht op levering der gekochte zaak ¹⁾. Is er dan niet reden, bij schending van dit recht op dezelfde wijze op te treden, als bij schending van het recht der crediteuren op 100 %? M.a.w. is er niet reden de Pauliana bij analogie zoover uit te breiden?

§ 3. Het is waar, de koper is niet geheel op dezelfde wijze benadeeld als de crediteuren. Men zou zelfs kunnen meenen dat hij in 't geheel niet benadeeld is, want in de plaats van de zaak ontvangt hij schadevergoeding, en uit den tweeden verkoop op zichzelf blijkt niet dat de verkoper niet meer in staat zou zijn, die schadevergoeding volledig uit te betalen: de verkoper is niet insolvent, de boedel is door de handeling niet in waarde verminderd. Men zou dus kunnen meenen, dat de koper niet benadeeld is.

§ 4. Maar, zou ik willen vragen, vormt het voor den koper niet benadeeling, dat hij de gekochte zaak niet ontvangt en zich als surrogaat met schadevergoeding moet tevreden stellen? Waartoe dient b.v. reële executie? Immers juist om dit nadeel af te weren. De koper heeft er belang bij (een rechtmatig belang), de zaak en niet een geldsom in de plaats der zaak te ontvangen. In dit

¹⁾ Men leze over reële executie het praecadvies van MOLENGRAAFF en het verslag der mondelinge verdediging voor de Ned. Juristen Vereeniging, 1900.

belang wordt hij geschaad, benadeeld, wanneer de verkooper veroorzaakt dat hij hem nog wel een geldsom, maar niet meer de zaak, kan leveren.

§ 5. Hoe komt het dan, dat de Pauliana op deze benadeeling niet toepasselijk is? De oorzaak moeten we m.i. zoeken in de geschiedenis.

De actio Pauliana is een Romeinsche instelling, ingevoerd waarschijnlijk in het jaar 191 vóór Chr. door den praetor LUCIUS AEMILIUS PAULUS. Reële executie bij persoonlijke rechten was toen onbekend ¹⁾. De koper kon bij de executie alleen geld krijgen. Het reële belang (om het eens zoo te noemen) werd niet voldoende verdedigd. Vandaar dat de Pauliana het reële belang niet beschermt.

Pauliana en executie staan met elkaar in nauw verband. De Pauliana mag men beschouwen als het middel tegen de verijdeling der executie. De Romeinen kenden voor de crediteuren alleen geldelijke executie. Vandaar dat het Romeinsche recht alleen een middel geschapen heeft tegen verijdeling van geldelijke tenuitvoerlegging.

Wij tegenwoordig daarentegen kennen bij het persoonlijke recht reële executie. Moeten wij dan toch ons beperken tot de Romeinsche Pauliana? Mogen wij de Pauliana niet uitbreiden, om haar met de gegroeide tenuitvoerlegging in overeenstemming te brengen?

§ 6. Dit nu deden BALDUS en zijn volgelingen, toen zij de Pauliana zoo ruim toepasselijk verklaarden. Zij spreken van „in fraudem prioris emptoris”, zooals men

¹⁾ In het latere Rom. recht komt wel reële executie bij persoonlijke rechten voor (l. 68 Dig. de Rei Vind.), maar ik vermoed dat zij er niet voldoende is ingeburgerd om reeds tot wijziging der Pauliana te voeren.

bij de Pauliana spreekt van „in fraudem creditorum.”

„In fraudem prioris emptoris” duidt op verijdeling van reële executie. „In fraudem creditorum” beteekent dat de geldelijke executie verijdel is.

Dat BALDUS reële executie aan den kooper toekende, moge blijken in § 10.

§ 7. Tegen de uitbreiding der Pauliana kan dan ook niet als bezwaar gelden, dat zij dan reeds toepasselijk zal zijn bij benadeeling van één crediteur. Dit is niet anders dan een noodzakelijk gevolg. Dat de Pauliana alleen spreekt van benadeeling der crediteuren, moet verklaard worden uit het feit dat zij enkel denkt aan geldelijke executie.

Trouwens, ook bij de gewone Pauliana, onuitgebreid, kan zich het geval voordoen dat slechts één crediteur benadeeld is, n.l. als de boedel slechts één crediteur heeft. Dan zal men hem toch niet de Pauliana weigeren op grond dat hij alleen is ¹⁾?

De Pauliana dient de crediteuren niet omdat zij in de meerderheid zijn tegenover hun bedriegers, maar omdat zij bedrogen zijn.

§ 8. Evenmin is het een bezwaar, dat de kooper de Pauliana reeds heeft als gewoon crediteur.

Zeker, de kooper kan de Pauliana reeds inroepen onder dezelfde voorwaarden als de andere crediteuren, n.l. wanneer de crediteuren benadeeld zijn. Maar daarom mag men niet zeggen dat hij al voldoende beschermd is. Dan zou men hem ook de reële executie moeten onthouden,

¹⁾ Vgl. l. 10 §§ 6 en 7 Dig. 42, 8, waar in een dergelijk geval de Pauliana toepasselijk wordt verklaard.

want hij mag, gelijk alle schuldeischers, desgewenscht tot de gewone geldelijke tenuitvoerlegging overgaan.

Die gewone geldelijke executie echter beschermt zijn recht niet voldoende. Daarom heeft men reële executie ingevoerd. Nu pas wordt hij even krachtig beschermd als een gewone crediteur reeds door de gewone executie behoed wordt.

Zoo moet men hem ook een Pauliana geven die zijn werkelijk recht behoedt. Dan pas zal hij evenveel beveiliging genieten als de gewone crediteur reeds door de gewone Pauliana geniet.

§ 9. Het zou interessant zijn, de argumenten te hooren die BALDUS en zijn navolgers zelf voor de uitbreiding der actio Pauliana geven. Rechtstreeksche motiveeringen heb ik echter niet kunnen vinden, wel argumenten in een met ons vraagstuk verband houdende kwestie.

GOMEZ bespreekt n.l. de kwestie, of bij deze nieuwe Pauliana ook voorafgaande uitwinning noodig is.

Ten aanzien van de gewone Pauliana immers is er een plaats in het Romeinsche recht, waar voorgeschreven staat dat zij niet gebruikt mag worden, of de goederen van den debiteur moeten eerst uitgewonnen zijn („bonis ejus excussis" l. 1 Cod. 7,75). Pas als die goederen onvoldoende blijken, mag men zijn toevlucht nemen tot de actio Pauliana.

Nu vraagt GOMEZ zich af: wat zal de eerste kooper (van het ons bekende voorbeeld) aan zijn nieuwe Pauliana hebben, als hij eerst de goederen van den verkooper zal moeten uitwinnen. Die goederen zullen allicht ruimschoots voldoende zijn voor de schadevergoeding en dan komt hij nooit aan zijn Pauliana toe. Hierop antwoordt GOMEZ dan¹⁾:

1) GOMEZ, l. c., *Commentariorum Variarumque Resolutionum*, II, 2, num. 20.

Sed sustinendo primam communem opinionem, potest huic difficultati responderi, quod praedicta excussio requiratur, quando debitum erat in quantitate, et ita procedant et intelligantur iura in contraria adducta: secus tamen est, si debitum consistat in specie certa et determinata, ut in nostro casu: quia tunc fraude utriusque probata, potest agi revocatoria, nulla excussione ¹⁾ facta, quia alias non plane consulitur ipsi creditori, hoc est, emptori primo. Et confirmatur subtili ratione: *quia ex contractu emptionis et venditionis praecise tenetur venditor dare, si habet facultatem tradendi* ²⁾, ut tenet glossa et communis opinio in l. 1 § de action. empt. et dixi suo loco. Unde in nostro casu, ut rem sibi debitam primus emptor consequatur, merito poterit agere revocatoria, et iste fuit sensus BALDI, et Doctorum, ubi supra.

BALDUS had deze onderscheiding van debitum quantitatis en debitum speciei reeds gemaakt, onmiddellijk na de boven geciteerde plaats der uitgebreide Pauliana. Hij zegt n.l. ³⁾:

Et nota quod ista actio ⁴⁾ datur in subsidium, quando est debitum quantitatis, secus si debetur species alienata. Cum hac distinctione intellige, quod non requiritur excussio, quia quod debetur est ipsa species alienata.

§ 10. We wezen op het verband dat er bestaat tusschen uitbreiding der actio Pauliana en reële executie. BALDUS, die de Pauliana heeft uitgebreid, moet reële executie van het koopersrecht gekend hebben. Hier volge de be-

¹⁾ Er staat: successione. Ik vermoed dat excussione bedoeld is.

²⁾ Ziehier het argument der reële executie.

³⁾ BALDUS, Super Septimo Codicis, Rubr. de revoc. iis quae in fraud credit., num. 2.

⁴⁾ actio Pauliana.

wijsplaats dat BALDUS den kooper reëele executie toestond:

BALDUS, Super Septimo codicis, Rubr. de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur, num. 59. Deze plaats begint met aan te halen een Glosse, die de meening verkondigt dat reëele executie niet toegelaten is. Hierop laat BALDUS dan echter volgen de meening van een andere Glosse, aldus:

Sed glossa quae est Insti. de contrahen. empt. § pretium, quae incipit: caute dicit, tenet (sub dubio forte) quod si venditor possidet, et tradere potest, *praecise compellatur*: quod intelligo, si commode potest, id est si res non est subjecta evictioni, et de facili potest tradi: nam aequitas hoc dictat, quia ait Praetor: pacta servabo.

En hieraan voegt BALDUS dan toe:
et est communis opinio.

Naar aanleiding van deze plaats een opmerking. BALDUS onderscheidt, op voorbeeld van de Glosse, of de verkooper *kan* leveren of niet. Hij weigert dan de reëele executie als de verkooper niet kan leveren, en staat haar toe, zooals we zooeven gezien hebben, als de verkooper wel kan leveren. Deze onderscheiding komt mij voor zeer juist te zijn. Reëele executie behoort alleen toegelaten te zijn, voorzoover de zaak deel uitmaakt, of geacht wordt deel uit te maken, van den boedel van den debiteur.

Ditzelfde onderscheid maken ook andere schrijvers als zij over reëele executie spreken, bijv. Covarruvias, op. cit. (Variarum Resolutionum Libri Quattuor), II, 19, num. 1 en 2:

receptum siquidem est frequentiori Doctorum sententia, venditorem absolute nec ad dandum, nec ad tradendum, teneri, sed mixtam esse ejus obligationem, ita quidem ut si dominus sit, dominiumque per rei traditionem transferre

possit, in emptorem, aut rem ipsam tradere, praecise ad ejus traditionem cogendus sit: si vero non habeat rem, nec ipsam tradere possit, ad interesse teneatur.

Uit den aanhef van deze plaats zou men kunnen afleiden, dat COVARRUVIAS reële executie niet toelaatbaar acht; men ziet echter, als men de geheele plaats gelezen heeft, dat hij haar wel toekent. Dat GOMEZ de reële executie toelaat, hebben wij reeds in de vorige § gezien. Ook hij noemt dit communis opinio.

§ 11. Alleen in één opzicht kan ik niet met BALDUS meegaan. Deze zegt n.l.: ¹⁾

„Mirabiles conclusiones videntur inferri in hac materia. Vendidisti mihi rem aliquam, et antequam tradas, vendidisti et tradidisti eam Titio, in fraudem meam. Nam in rei vindicatione et publiciana, potior est Titius. Tamen si in fraudem participavit, revocabo;” zooals reeds in Hoofdstuk I geciteerd is. Hierop volgt dan, wat ik daar weggelaten heb:

„Si autem fuit sibi donata, revocatur, etiam si fraudem non participavit.”

Dit laatste nu lijkt mij te ver te gaan.

Het is wel bij de Pauliana de gewoonte, dat zij tegen dengeen die de zaak gratis ontvangen heeft ingeroepen kan worden ook als hij te goeder trouw ontving, maar het komt mij voor dat deze regel, als een uitzonderingsregel, zoo nauw mogelijk beperkt moet blijven. Want zij strijdt met het beginsel dat de goede trouw van den derde beschermd moet worden, en dit laatste beginsel behoort m.i. voor alles te worden geëerbiedigd.

¹⁾ Super septimo Codicis, Rubr. de revocandis iis, quae in fraudem creditorum alienata sunt, num. 1.

§ 12. Eindelijk mag niet onvermeld blijven, dat ook in den tegenwoordigen tijd bij sommigen het idee der ruime opvatting van de Pauliana wel is opgekomen.

In Frankrijk is het verdedigd door BIVILLE, in zijn geschrift „Les conséquences de la mauvaise foi du second acquéreur d'un immeuble”, 1893. Hij wijst er op, dat „le préjudice qu'il (eerste kooper) allégué c'est la privation de l'immeuble par lui acquis, et non pas seulement la perte d'une somme d'argent” (blz. 22).

Er zijn in Frankrijk eenige rechterlijke beslissingen aan te wijzen, die het denkbeeld der uitgebreide Pauliana huldigen:

Tribunal de Lyon, 20 janvier 1882, bevestigd door Cour de Lyon, 6 juillet 1883 (Dalloz 1885 II, blz. 259).

Tribunal de Montélimar 20 mars 1869, bevestigd door Cour de Grenoble 11 déc. 1869 (Dalloz 1870 II, blz. 152).

In Nederland is het Mr. CAROLI, die zich in de Rechtsgeleerde Bijdragen en Bijblad, 1886—1887, afd. D, blz. 3 vlg., voor een ruime opvatting der Pauliana verklaart.

§ 13. Onze conclusie is dus, dat, als een eigenaar de oneerlijkheid begaat, de zaak, die hij aan den een verkocht heeft, aan een ander te verkoopen en te leveren, de eerste kooper de zaak van den tweeden kooper moet kunnen opvorderen, indien die tweede kooper haar te kwader trouw gekocht en ontvangen heeft.

HOOFDSTUK III.

VERVOLG.

§ 1. De Pauliana eischt dat in de eerste plaats de debiteur, d.i. de verkooper zelf, te kwader trouw geweest is. Hoe nu, wanneer in ons geval de verkooper de zaak zonder kwade trouw ten tweeden male verkocht en aan den tweeden kooper geleverd heeft?

De meeste der genoemde oude schrijvers achten dan toch de Pauliana toepasselijk. Zij stellen zich ermee tevreden, enkel bij den kooper kwade trouw te eischen. Over de kwade trouw van den verkooper spreken zij niet. Als eenige eisch voor de toepasselijkheid der ruime Pauliana stellen zij „dat de tweede kooper geweten heeft, dat de eerste de zaak al gekocht had.”

Zie bijv. BRUNNEMANNUS ¹⁾: *si secundus scivit Jus ad Rem, quod priori competebat.*

BALTHASAR ¹⁾: *quando secundus emptor est in mala fide, sciens rem alteri jam venditam fuisse.*

COVARRUVIAS ¹⁾: *si is (scil. secundus emptor) mala fide, id est, non ignarus primae venditionis, eandem rem emerit.*

VOET ¹⁾: *Si tamen emptor secundus, sciens rem priori distractam esse, nihilominus emerit.*

¹⁾ De volledige plaatsen vindt men afgedrukt in Hoofdstuk I § 6.

Evenzoo het Allgemeine Landrecht ¹⁾, dat op deze schrijvers steunt: Kann der Besitzer überführt werden, dass ihm das zu derselben Sache erlangte persönliche Recht des andern schon bekannt gewesen sei.

En eveneens POTHIER ²⁾, die immers met een paar woorden verraadt, dat hij onder den invloed staat van de leer van het Recht zur Sache, waar hij eischt dat de tweede kooper zij „de bonne foi, inscius prioris venditionis”.

Over de kwade trouw van den verkooper spreekt men niet. Men vergenoegt zich met enkel op de goede of kwade trouw van den tweeden kooper te letten.

Mij nu komt het voor, dat werkelijk bij deze Pauliana het vereischte van kwade trouw van den debiteur mag vervallen. Dit zal ik hier trachten uiteen te zetten.

§ 2. Wanneer de verkooper te kwader trouw, d.w.z. desbewust, de zaak die hij aan den een verkocht heeft an een ander verkoopt en levert, dan schendt hij daarmee het recht van den eersten kooper. Zie hiervoor Hfk. II. De eerste kooper heeft recht op levering der zaak, de verkooper bewerkt dat hij hem de zaak niet meer kan leveren.

Gesteld nu eens, dat de verkooper deze handeling niet desbewust doet. Schendt hij dan *niet* het recht van den eersten kooper? Misschien heeft de verkooper niet eraan gedacht, dat hij de zaak al aan den eersten kooper verkocht had; dan kan men hem toch verwijten: gij hadt eraan *moeten* denken? Wellicht heeft hij den eersten verkoop vergeten; dan treft hem toch het verwijt: gij hadt

¹⁾ De volledige plaats is afgedrukt in Hoofdstuk I § 4.

²⁾ De volledige plaats vindt men in Hoofdstuk I § 3.

haar niet *mogen* vergeten? De verkooper behoort zijn verplichting te kennen, en hij schendt zijn verbintenis evengoed door in onnadenkendheid, achteloosheid, vergeetachtigheid, als door te kwader trouw te handelen.

Hij begaat een ongeoorloofde daad, als hij de zaak die hij aan den een verkocht heeft aan den ander verkoopt en levert, indien tenminste deze verkoop en levering onverplicht is. Van zijn kant heeft hij zich dan zoo gedragen, dat een beroep op de nietigheid zijner handeling gerechtvaardigd is. Wist dan verder de derde met wien hij handelde (de tweede koper), dat de zaak al aan den eersten koper verkocht was, kende dus de derde het ongeoorloofde karakter der handeling, dan is ook aan den kant van den derde voldoende onrecht aanwezig, om het invoeren der nietigheid tegen hem te billijken.

Vgl. MOLENGRAAFF, De Faill. wet verklaard, blz. 191, sprekende over de actio Pauliana:

„De rechtsgrond van de verplichting des derden, het door hem verkregene aan de schuldeischers terug te geven, is geen andere dan zijne medewerking aan eene handeling, of liever zijn verkrijgen krachtens eene handeling, waarvan hem het ten opzichte dier schuldeischers ongeoorloofde karakter bekend was. Kennis van de omstandigheden, waaronder de schuldenaar handelde, bekendheid met de voor de schuldeischers nadeelige gevolgen dier handeling, is daarom voor zooveel den derde betreft de eenige natuurlijke voorwaarde voor de nietigheid.”

§ 3. Het vereischte van kwade trouw van den debiteur mag bij de Pauliana van den koper vervallen, omdat de debiteur zonder kwade trouw reeds ongeoorloofd handelt.

Bij de gewone Pauliana is het eenigszins anders gesteld.

De debiteur die een handeling verricht, waardoor de crediteuren blijken te zijn benadeeld, handelt nog niet per se „ongeoorloofd”. Want of de crediteuren benadeeld zijn blijkt pas achteraf. Op het oogenblik waarop de handeling verricht wordt, is vaak nog niet uit te maken, of de handeling voor den boedel voordeelig of nadeelig zal zijn. De handeling kan wel een offer zijn (men denke aan het schaakspel) waardoor de toestand voor den boedel en voor de crediteuren juist wordt gered.

Bovendien, de werkkraft van den debiteur is een activum voor de crediteuren. De boedel kan, wat de doode bestanddeelen betreft, wel onder peil zijn, terwijl zij inderdaad, door het crediet dat de debiteur nog heeft, en zijn werkkraft medegerekend, er niet slecht voorstaat.

Daarom wordt bij de gewone Pauliana het vereischte van kwade trouw van den debiteur terecht gesteld. De debiteur die te kwader trouw handelt, verricht een ongeoorloofde daad.

Bij de Pauliana van den kooper daarentegen mag het vereischte van kwade trouw van den debiteur weggelaten worden. De verkoper die de zaak, die hij aan den een moet leveren, aan den ander verkoopt en levert, handelt per se ongeoorloofd.

§ 4. De conclusie is dus, dat de eerste kooper zijn rechtsmiddel behoort te hebben, als de tweede kooper geweten heeft dat de eerste de zaak al gekocht had: si secundus scivit Jus ad Rem, quod priori competeat, zooals BRUNNEMANNUS (l. c.) het uitdrukt.

En hiermee meen ik te hebben aangetoond, dat de oude schrijvers gelijk hadden, toen ze de Pauliana zoover uitbreidden.

§ 5. Trachten we nu de vraag te beantwoorden, of dit alles *jus constitutum* of *jus constituendum* is.

M.i. is het werkelijk geldend Nederlandsch recht. Ik beroep mij op art. 1356 B.W.

Dit artikel stelt voor de bestaanbaarheid van overeenkomsten vier voorwaarden. De vierde is: een geoorloofde oorzaak. Een overeenkomst moet een geoorloofde oorzaak hebben, anders is zij onbestaanbaar, nietig.

Welnu, de overeenkomst van verkooper en tweeden kooper heeft geen geoorloofde oorzaak ¹⁾ en daarom is zij nietig.

Art. 1373 zegt nog uitdrukkelijk, welke oorzaken ongeoorloofd zijn: „eene oorzaak is ongeoorloofd, wanneer dezelve bij de wet verboden is, of wanneer dezelve strijdig is met de goede zeden, of met de openbare orde.” Een oorzaak die strijdt met de goede zeden, is dus ongeoorloofd. En het is precies de strijd met de goede zeden, dien we verwijten aan de onderhavige overeenkomst van verkooper en tweeden kooper.

Het is in strijd met de goede zeden, d.w.z. in strijd met de behoorlijkheid en met de regels zooals die algemeen in het verkeer in acht worden genomen, een zaak te koopen als men weet dat een ander die zaak al gekocht heeft. Waarom verlangen wij voor den eersten kooper een rechtsmiddel tegen deze handeling? Omdat die rechtshandeling ons ergert en onrechtmatig voorkomt. Een *rechtstreeksch* beroep op de Pauliana konden we niet doen, omdat de Pauliana zoo eng is, dat er alleen geldelijk onrecht onder valt. Gelukkig bestaat er in onze wetgeving

¹⁾ Wat onder oorzaak (*causa*) eener overeenkomst moet worden verstaan is, naar men weet, betwist. Naar alle waarschijnlijkheid beteekent het woord: de inhoud, de strekking, der overeenkomst.

een bepaling, ruimer dan het artikel der Pauliana, en waarvan het artikel der Pauliana eigenlijk slechts een uitvloeisel is. Dit is de bepaling van art. 1356 sub. 4°. B.W. waarover wij hier spreken, een voorschrift dat zijn nadere uitwerking vindt in art. 1373 waar verwezen wordt naar de goede zeden. Hier vinden we de veiligheidsklep, die de wet voor ons heeft opengelaten.

Want het zijn juist de „goede zeden”, die de gewraakte handeling veroordeelen. De handeling is niet alleen in strijd met ons rechtsgevoel, of met de moraal. Zij is meer. Zij is in strijd met de regels die in de praktijk algemeen in acht worden genomen, met regels die werkelijk objectief onder de menschen gelden, de regels die men empirisch kan waarnemen. Nooit zal iemand een verkochte zaak koopen, als hij weet dat zij al verkocht is. En mocht er soms, in een zeldzaam geval, iemand gevonden worden die dit toch gedaan heeft, dan zal men zien dat deze persoon, als hij betrapt wordt, het zal doen voorkomen alsof hij niet wist dat de verkooper de zaak al verkocht had. Niemand is er, die zonder blikken of blozen open zal durven volhouden, dat hij een zaak mag koopen en ontvangen, terwijl hij weet dat een ander haar al gekocht heeft; niemand — tenzij hij die meent dat de wet tot die opvatting dwingt. Maar hem hoop ik te overtuigen door zijn aandacht te vestigen op de geldende goede zeden, waar de wet zelf naar verwijst.

§ 6. Men neme dus aan, dat de overeenkomst tusschen verkooper en tweeden kooper gesloten, nietig is wegens strijd met de goede zeden. Nu blijft er nog één moeilijkheid. We hebben noodig een *relatieve* nietigheid, die alleen intreedt ten bate van den door de handeling gedupeerden

persoon, analoog met de nietigheid die de Pauliana verschaft; en het art. 1356 schijnt ons te verschaffen een absolute nietigheid, „onbestaanbaarheid”.

Deze moeilijkheid is minder groot dan men zou denken. We hebben noodig een relatieve nietigheid? Niets belet ons, deze relatieve nietigheid in art. 1356 te lezen. Het art. zegt wel, dat de overeenkomst zonder de geoorloofde oorzaak „niet bestaanbaar” is, maar getuigt hetzelfde ten aanzien van de overeenkomst, waarbij een der partijen de bekwaamheid mist om een verbintenis aan te gaan (art. 1356, 2e vereischte). Het ontbreken van deze bekwaamheid blijkt slechts relatieve nietigheid mee te brengen (art. 1367). Waarom zou dan het ontbreken van het 4e vereischte, de geoorloofde oorzaak, ook niet tot relatieve nietigheid kunnen leiden.

Trouwens, zoo is het ook gesteld met het 1e vereischte van art. 1356: toestemming van de zich verbindende partijen. Als er dwang, dwaling of bedrog plaats heeft (wat naar de opvatting van den wetgever beteekent dat de toestemming ontbreekt), is de overeenkomst volgens de woorden van art. 1356 „niet bestaanbaar”; voor 't geval van dwang wordt dit nog uitdrukkelijk gezegd in art. 1361: „geweld maakt eene overeenkomst nietig”. De terminologie *schijnt* dus te duiden op absolute nietigheid. Toch is de nietigheid relatief, zooals iedereen aanneemt.

Daarom meen ik, dat we ook bij art. 1356 sub. 4^o (oorzaak die strijdt met de goede zeden) van relatieve nietigheid mogen spreken. Het is van algemeene bekendheid, dat ons B.W. op het gebied der nietigheid niet vast is in de terminologie. Als de woorden op absolute nietigheid wijzen, mogen we dikwijls toch de nietigheid als relatief opvatten. We mogen hier dan ook, hoewel de wet spreekt van

„onbestaanbaarheid”, de nietigheid aannemen die we noodig hebben, de nietigheid van denzelfden aard als bij de actio Pauliana bestaat.

§ 7. Eén opmerking nog. Men houde in het oog dat nietig is de koopovereenkomst tusschen verkooper en tweeden kooper, en dat daardoor vanzelf met nietigheid wordt getroffen de levering krachtens die overeenkomst, de eigenlijke vervreemding. Zoo is het immers bij de gewone Pauliana ook; kwade trouw wordt vereischt bij den verkoop beneden de waarde, waardoor de crediteuren worden benadeeld, niet bij de levering. Het zou ook niet aangaan, kwade trouw pas bij de levering te vorderen. De levering is een verplichte handeling, en als de verkoop te goeder trouw heeft plaats gehad moet de levering niet verboden zijn.

De verkoop is een onverplichte handeling. De verkoop moet dus door de Pauliana aangetast worden. De vereischten der Pauliana moeten aanwezig zijn op het oogenblik van den verkoop.

Onjuist lijkt mij dan ook de bepaling van het Allgemeine Landrecht (I, XIX, § 5, boven geciteerd Hfk. I § 4) waar kwade trouw, als vereischte voor het rechtsmiddel van het Recht zur Sache, gesteld wordt bij de levering ¹⁾.

Daarentegen zijn wel juist de uitspraken van POTHIER ²⁾: le second acheteur qui l'aurait *achetée* de bonne foi, en van de overige geciteerde oude schrijvers, voorzoover ze er zich over uitlaten ¹⁾, bijvoorbeeld: KLOCK: si sciens et

¹⁾ Evenzoo onjuist de hiermee ongeveer overeenkomende andere plaats in het Allgemeine Landrecht (I, X, § 25) waar gesproken wordt van wetenschap van den derde „zur Zeit der Eintragung oder Uebergabe”.

²⁾ boven geciteerd, Hoofdstuk I, § 3.

in mala fide *emisset*; COVARRUVIAS: si is mala fide, id est, non ignarus primae venditionis, eandem rem *emerit*; VOET: si tamen emptor secundus, sciens rem priori distractam esse, nihilominus *emirit*; GOMEZ: quando secunda *venditio* alteri facta, fuit celebrata bona fide sine dolo malo et fraude.

1) boven geciteerd, Hoofdstuk I § 6.

HOOFDSTUK IV.

HET RECHT VAN REËELE EXECUTIE.

§ 1. Is het recht van den koper nu een persoonlijk of een zakelijk recht?

De koper kan, zooals we aangetoond hebben, de zaak opeischen van iederen derde, die haar van den verkooper verkregen heeft, als hij bewijst, dat die derde geweten heeft, dat hij (eischer) de zaak al gekocht had. Dit lijkt zeer veel op zaaksgevolg.

Vervreemdt die derde de zaak weer aan een volgenden derde, dan kan de koper de zaak ook van hem, als hij te kwader trouw was (zie art. 1377 B.W. al. 2), opvorderen. De gelijkenis op zaaksgevolg wordt hierdoor nog vergroot.

De vraag is dus gewettigd: hebben we, door den koper deze ruime bevoegdheid te geven, aan het recht van den koper niet het karakter van persoonlijk recht tegen den verkooper ontnomen, en is zijn recht niet eenigszins gelijk geworden aan een zakelijk recht?

Deze vraag is een in Duitschland veel besproken kwestie. In Pruisen immers heeft het Allgemeine Landrecht, dat de regeling van het Recht zur Sache bevat ¹⁾, gegolden, en is blijven gelden tot 1 Januari 1900, toen

¹⁾ Opgenomen in Hoofdstuk I § 4.

het Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten vervangen werd door een algemeen Duitsch Burgerlijk Wetboek. Gedurende een groot deel der 19e eeuw heeft men erover geredetwist, of het Recht zur Sache een persoonlijk, een zakelijk, of een gemengd recht was. Tenslotte is men het Recht zur Sache, zooals het in het Allgemeine Landrecht geregeld was, algemeen gaan veroordeelen. In het Bürgerliches Gesetzbuch, dat 1 Januari 1900 ingevoerd is, heeft men het dan ook niet overgenomen.

Scherp afkeurend in zijn oordeel is ook KOHLER, in zijn Lehrbuch, Band II, 1. Theil, blz. 15:

„Ein Recht zur Sache im Sinne des preussischen Landrechts — welches den Satz aufstellte: wenn dieselbe Sache hintereinander zweien verkauft wurde, so musz der zweite Käufer, dem die Sache zuvörderst übergeben wurde, sie dem ersten zurückerstatten, sofern er zur Zeit seines Kaufes ¹⁾ von diesem ersten Kauf wuszte — haben wir nicht ²⁾, weil der Käufer auf solche Weise in eine grundlose Unsicherheit hinein geriete. Es ist nicht seine Aufgabe, sich über den ersten Kauf und über die Schicksale des ersten Kaufes weiter zu verlässigen.”

Onpartijdiger is DERNBURG, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts, Band I, § 184:

„Es ist also das Rechtsmittel aufzufassen als eine eigenthümliche Species der Dolusklage. Und zwar liegt der Dolus des Verklagten darin, dasz er durch den Erwerb der Sache dem Gläubiger das Objekt zu entziehen suchte, welches sich derselbe ohne dieses Dazwischentreten letztlich selbst gegen den Willen des Schuldners im Wege

¹⁾ Dat zegt het Landrecht niet. Zie Hoofdstuk III, § 7.

²⁾ KOHLER schrijft na de invoering van het Bürgerliches Gesetzbuch.

der Realexekution hätte verschaffen können. In diesem Gedankenzusammenhange reiht sich die Klage aus dem Recht zur Sache der sogenannten *actio Pauliana* an, welche gleichfalls Veräuszerungsgeschäfte des Schuldners mit Dritten unschädlich macht ¹⁾, um den klagenden Gläubiger gegen die Entziehung der Mittel seiner Befriedigung zu sichern."

In een noot laat hij volgen: „Mit dieser Beschränkung scheint uns der Gedanke von Ziebarth, dass dies Recht zur Sache in einer innern Verbindung mit dem Recht der Realexekution stehe, das Richtige zu treffen. Die Verschiedenheit der *actio Pauliana* und des Rechts zur Sache ist vorzugsweise in Folgendem zu suchen. Die *actio Pauliana* tritt ein, wenn der Schuldner sich durch dolose Veräuszerungen überhaupt zahlungsunfähig machte oder wenigstens seine Zahlungsunfähigkeit vermehrte. Das Recht zur Sache greift hingegen schon ein, wenn der Schuldner dem Gläubiger durch die Veräuszerung die Exekution in die speciell geschuldete Sache unmöglich macht, ohne Rücksicht darauf, ob dem Schuldner die Mittel zur Leistung des Interesse verbleiben."

Inderdaad, dit is een zeer juist oordeel, daar het de analogie die tusschen Recht zur Sache en *actio Pauliana* bestaat, erkent.

„Es ist nicht seine Aufgabe (de taak van den tweeden kooper), sich über den ersten Kauf und über die Schicksale des ersten Kaufes weiter zu verlässigen", zeide KOHLER, ter boven aangehaalde plaatse. Geheel ten onrechte. Het is wel degelijk de taak van den tweeden kooper, zich te laten gelegen liggen aan het recht van

¹⁾ Welk een juiste uitdrukking om de strekking der nietigheid aan te duiden.

den eersten kooper, evengoed als het de taak van iederen derde is, zich te laten gelegen liggen aan de verbintenissen van den debiteur, met wien hij handelt (actio Pauliana).

De tweede kooper zou „auf solcher Weise in eine grundlose Unsicherheit” geraten, zegt KOHLER daar eveneens. Maar heeft men dit bezwaar ooit tegen de actio Pauliana aangevoerd, ten aanzien van derden die met een debiteur handelen? Immers neen. Het is ongeoorloofd, te verkrijgen, als men *weet* dat daardoor de crediteuren gefraudeerd worden. Evenzoo is het ongeoorloofd, te verkrijgen, als men *weet* dat daardoor de kooper gedupeerd wordt. We leggen den tweeden kooper niet den plicht op, een onderzoek in te stellen. We zeggen alleen: als hij weet dat hij ongeoorloofd verkrijgt, d.i. als hij weet dat een ander de zaak al gekocht heeft en hij koopt en ontvangt haar toch, dan is hij onderworpen aan het rechtsmiddel van dien eersten kooper. Waar is hier de „grundlose Unsicherheit”?

Actio Pauliana en actie uit het Recht zur Sache moeten steeds naast elkaar gesteld worden. De actio Pauliana betreft de geldelijke executie, het rechtsmiddel uit het Recht zur Sache de reële executie, beide executies van een persoonlijk recht. Bij de actio Pauliana twijfelt men niet, of degeen aan wien zij toekomt, is crediteur. Zoo moet men ook niet in twijfel trekken dat degeen, aan wien het rechtsmiddel van het Recht zur Sache toekomt, crediteur is, persoonlijk gerechtigde.

Beantwoorden we dus de, in het begin dezer paragraaf gestelde, vraag, of het Recht zur Sache een persoonlijk of een zakelijk recht is, dan kan ons antwoord niet anders luiden dan: het Recht zur Sache is een persoonlijk recht. Het

is even zuiver persoonlijk als het gewone crediteursrecht, voorzien van de actio Pauliana en andere bevoegdheden, zuiver persoonlijk is.

En nu komt de groote vraag: is het gewone crediteursrecht, voorzien van zijn bevoegdheden, wel zuiver persoonlijk? Deze vraag dient nu beantwoord te worden.¹⁾

§ 2. Als een debiteur hetgeen hij verschuldigd is, niet betaalt, dan kan de crediteur hem voor den rechter dagvaarden, en de rechter veroordeelt den debiteur tot betaling aan den crediteur van datgene, wat hij hem verschuldigd is. Wanneer hij dan nog dit vonnis niet nakomt, mag de crediteur beslag op zijn goederen leggen, de goederen verkoopen en zich uit de opbrengst betalen.

We zijn gewoon, dit te beschouwen als de executie van het persoonlijke recht. We zeggen: het persoonlijke recht is wel een recht tegen een persoon, den debiteur, maar mag geexecuteerd worden op de goederen van dien debiteur.

Is dit echter wel executie van het persoonlijke recht?

Als iemand, die moet betalen en het ook kan, onwillig is, dan behoort hij daartoe gedwongen te worden. Men behoort pressie op hem uit te oefenen, desnoods hem te straffen, om hem te dwingen tot de handeling waartoe

¹⁾ Terwille van de duidelijkheid volge hier de korte inhoud der volgende paragrafen:

§ 2: het recht van geldelijke executie.

§ 3: het recht van reële executie.

§ 4: de Pauliana geeft zaaksgevolg aan het recht van geldelijke executie.

§ 5: de Pauliana van Baldus (uitgebreide Pauliana) geeft zaaksgevolg aan het recht van reële executie.

Ik moet hier bijvoegen, dat de gedachte, in de §§ 2 en 3 ontwikkeld, ontleend is aan ZIEBARTH, die Realexecution und die Obligation, 1866.

hij verplicht is en die hij weigert te verrichten. Dit zou executie van het persoonlijk recht zijn, executie die gericht is op datgene waarop de crediteur recht heeft: nakoming der verbintenis.

Zoo handelt men echter niet. Men laat den debiteur links liggen. Men wendt zich bij de executie dadelijk tot de goederen, om daaruit de voldoening te krijgen. Men houdt zich niet aan den persoon, men houdt zich aan de zaken.

Men executeert dus niet het persoonlijk recht. Men wendt zich tot een zakelijk recht, dat men naast zijn persoonlijk recht blijkt te hebben, *het pandrecht der crediteuren*, en dat zakelijk recht executeert men.

In het zeer oude Romeinsche recht executeerde men nog het persoonlijk recht. Men hield zich zuiver aan den persoon van den debiteur. Men dwong hem te betalen. En als hij niet betaalde, dan verkocht men hem; hem, den persoon, niet zijn zaken. Dit is de zuivere executie van het persoonlijk recht tot in de uiterste consequentie doorgevoerd.

Deze regeling was echter veel te hard, zooals altijd de uiterste doorvoering van een principe te hard is. Daarom matigde men het beginsel bij de *lex Poetelia*, 313 v. Chr.¹⁾, waarbij bepaald werd dat niet de debiteur zelf, maar zijn vermogen, bij niet nakoming zijner verbintenissen verkocht zou worden²⁾. De goederen van den debiteur werden aansprakelijk gesteld voor zijn verbintenissen. Hierdoor schiep men het pandrecht der crediteuren.

¹⁾ LAND, de *actio Pauliana* en hare historische ontwikkeling, prft. Groningen 1893, blz. 3.

²⁾ Naar het voorbeeld van Grieksche wetgevingen; speciaal de Atheensche wetgeving van SOLON.

Dit pandrecht der crediteuren is zich in den loop der tijden gaan ontwikkelen. Eerst verkocht men het geheele vermogen en bloc, waarvoor de kooper als koopprijs procenten aan de schuldeischers betaalde. Daarna is de gewoonte ontstaan, den boedel stuksgewijze, zooals ook wij dat kennen, te gelde te maken ¹⁾. Ook heeft de crediteur de bevoegdheid gekregen zonder faillissement één bepaald goed in beslag te nemen en te gelde te maken.

Dit pandrecht der crediteuren nu executeert men, wanneer men zoogenaamd het persoonlijk recht executeert. Alleen lijfswang is nog over van de persoonlijke executie ²⁾, maar wat dezen lijfswang betreft, is er gelukkig een streven haar zooveel mogelijk te beperken.

Ons tegenwoordig persoonlijk recht is dus geen consequent persoonlijk recht. Het is een combinatie van een persoonlijk recht en een zakelijk recht. Het is een beperkt persoonlijk recht, waaraan verbonden is een beperkte zakelijke bevoegdheid ³⁾.

¹⁾ LAND, aangehaald werk, blz. 4. MODDERMAN, Handboek voor het Romeinsche recht, 3e druk, I, § 117.

²⁾ En de executie van de verbintenis van den schepeling op diens persoon, volgens art. 402 W. v. K.

³⁾ ZIEBARTH, die Realexecution und die Obligation, blz. 176: Eine bloße Realobligation ist die gemeinrechtliche Obligation auf Geld nicht; sie bleibt immer noch auf die Handlung gerichtet, 1) weil die Handlung als sittliche und rechtliche Pflicht vom Schuldner gefordert wird, 2) weil diese Forderung im Prozesz durch die Staatsautorität feierlich ausgesprochen wird, 3) weil die Unterlassung der Handlung zu Schadloshaltung verpflichtet. Aber vollstreckbar ist das Recht nicht; exequirt wird ein ganz anderes Recht, ein zweites danebentretendes Schutzrecht, ein accessorisches dingliches Recht, das Pfandrecht.

Ons persoonlijk recht nadert dus het begrip van een obligatio naturalis, voorzien van een pandrecht. (Zooals men weet, kan aan een obligatio naturalis een pandrecht verbonden zijn, zie WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, I, § 225, noot 8, 5e druk, blz. 721.)

§ 3. Het persoonlijk recht heeft dus een zakelijk element bij zich opgenomen, en zoo komt het dat het Recht zur Sache, dat immers een persoonlijk recht is, zakelijke verschijnselen vertoont.

Het zakelijk element van het persoonlijk recht, in het algemeen, bestaat, zooals we gezien hebben, in het pandrecht der crediteuren; het zakelijk element van het Recht zur Sache, in het bijzonder, bestaat in *de bevoegdheid van reële executie*.

Want als de verkooper de zaak aan den kooper weigert te leveren en de kooper gaat eindelijk tot executie over, dan zien we het volgende. De kooper dwingt den verkooper niet tot levering (dat zou executie van het persoonlijke recht zijn), maar de kooper neemt den verkooper de zaak af. Dit is de reële executie. De kooper executeert zijn vordering niet op den verkooper, maar op de zaak.

De oude schrijvers drukken zich wel eens onnauwkeurig uit ten aanzien der reële executie. Zoo zegt BALDUS b.v., om weer te geven dat hij reële executie toelaatbaar acht ¹⁾: *venditor praecise compellatur*. Evenzoo COVARRUVIAS ²⁾: *venditor praecise ad ejus (scil. rei) traditionem cogendus* sit. Dit is niet de juiste wijze om de reële executie weer te geven. Bij reële executie wordt niet de verkooper gedwongen te leveren; men gaat buiten den persoon van den verkooper om, *men neemt met den sterken arm hem de zaak af*. Dit is de echte reële executie ³⁾ ⁴⁾.

¹⁾ Zie deze plaats boven opgenomen, Hoofdstuk II, § 10.

²⁾ Eveneens Hoofdstuk II, § 10.

³⁾ Wel kan soms bij wijze van uitzondering de debiteur gedwongen worden tot handelen, bijv. als hij de zaak verborgen houdt, maar dit blijve uitzondering. Als de zaak weg te nemen is, dan neme men haar weg. Wan-

De juiste uitdrukking wordt gebruikt door MYNSINGER, *Singularium Observationum Judicii Imperialis Camerae Centuriae Sex* (Helmstadii 1584), Centuria IV, Observ. LXI, waar hij zegt: manu militari *auferri* a venditore et domino potest.

Eveneens drukt zich juist uit: POTHIER, *Traité du contrat de Vente*, n. 68, waar hij niet de vraag stelt of de kooper den verkooper mag dwingen, maar wel: si l'acheteur peut faire *enlever* par force la chose vendue. POTHIER geeft eerst de verschillende meeningen weer, en beantwoordt de laatstgenoemde vraag dan uitdrukkelijk bevestigend.

Onder de argumenten, die POTHIER aanvoert, is merkwaardig het volgende: A l'égard de ce qu'on dit en second lieu que, le vendeur demeurant propriétaire de la chose vendue, il serait incivil de lui ôter de violence ce qui lui appartient, je répons qu'il n'y a pas plus d'incivilité à cela qu'à saisir les biens d'un débiteur qui refuse de payer ce qu'il doit. Dit argument is hierom zoo uitstekend, omdat het de overeenkomst laat zien, die er bestaat tusschen het zakelijk element van het recht van den kooper en het zakelijk element van het crediteursrecht in het algemeen.

neer een debiteur weigert geld te betalen dat hij schuldig is, dwingt men hem immers ook niet tot betalen, maar neemt men ook zijn goederen weg.

4) Men zij erop bedacht, dat de uitdrukking „reële executie” twee beteekenissen heeft, een ruime en een enge. In ruimen zin beteekent het „daadwerkelijke” executie. Zoo spreekt men van de reële executie van de verbintenis van den schepeling ingevolge art. 402 W. v. K., die plaats vindt op diens persoon.

In engen zin beteekent het „zakelijke” executie, executie op de zaak zelf. Deze beteekenis heeft men op 't oog, wanneer men zegt dat de verkooper reël mag executeeren. Hij behoeft zich niet tevreden te stellen met een geldsom, hij mag de zaak zelve wegnemen. Dit is de executie, waarover wij hier spreken.

§ 4. Dit zakelijk element nu wordt versterkt door de Pauliana en de uitgebreide Pauliana: het pandrecht der crediteuren door de Pauliana, het recht van reële executie door de uitgebreide Pauliana.

Laten we eerst over de Pauliana spreken, en in de volgende paragraaf de uitgebreide Pauliana (van BALDUS en zijn navolgers) behandelen.

De Pauliana houdt zich bezig met het executierecht der crediteuren, en wel niet met elk executierecht, niet met lijfswang bijvoorbeeld, maar alleen met het executierecht op de goederen, het pandrecht der crediteuren.

De crediteuren kunnen, als de zaken of in 't algemeen de baten onder bepaalde omstandigheden aan dit executierecht onttrokken worden, de nietigheid van die handeling inroepen. D.w.z. de handeling is geldig, de zaken of baten hebben geldig den boedel verlaten, alleen de crediteuren mogen het beschouwen, dat zij den boedel niet verlaten hebben en mogen hun executierecht er dus nog op uitoefenen.

De zaken zijn werkelijk uit het vermogen van den debiteur gegaan, de debiteur zelf kan ze niet meer terugroepen, de derde is er ten opzichte van iedereen eigenaar van geworden. Toch mogen de crediteuren de zaken in den boedel terugroepen, of liever, ten aanzien van de crediteuren hebben de zaken den boedel niet verlaten, de crediteuren mogen ze nog steeds behandelen als goederen van den debiteur.

De zaken zijn werkelijk niet meer van den debiteur, hij heeft er alle aanspraak op verloren. Niettemin staat het aan de crediteuren vrij, te doen alsof zij wel van den debiteur waren, n.l. alleen ten aanzien van hun executierecht. De crediteuren mogen er hun vorderingen nog op executeeren.

Wat wil de nietigheid der handeling dus eigenlijk zeggen? Dat de crediteuren, niettegenstaande de handeling, hun executierecht nog op die goederen mogen uitoefenen, dat de crediteuren dus met hun executierecht de zaken mogen volgen, als die op bepaalde wijze den boedel verlaten ¹⁾. Het instituut der Pauliana geeft aan het pandrecht der crediteuren in beperkte mate zaaksgevolg ²⁾.

Wat de derde verkregen heeft, is als 't ware belast met het pandrecht der crediteuren. Dit pandrecht der crediteuren drukt als een zakelijke last op de door den derde verkregen goederen en baten. Het inroepen der nietigheid is niet anders dan het geldendmaken van dezen zakelijken last.

1) Vrijwel geheel kan ik mij vereenigen met de opvatting van LIPPMANN in zijn artikel over „Die rechtliche Natur des Anfechtungsrechts”, in JHERINGS Jahrbücher Band 36 blz. 145 vlg., speciaal blz. 147, waar hij zegt:

„Das Anfechtungsrecht ist m. E. nichts Anderes, als eine Klage auf Exekution gegen den dritten Besitzer einer Sache oder eines Werthes, die vorher im Vermögen des Schuldners waren und die durch einen Rechtsakt des letzteren in das Vermögen des ersteren gelangt sind.”

Alleen bedenke men, dat het woord „Klage” (in 't begin) niet geheel juist is. De Pauliana, naar tegenwoordige opvattingen, is niet een Klage.

2) Of de Pauliana in het Romeinsche recht ook reeds deze beteekenis heeft gehad? Er voor pleiten wel de woorden van Inst. IV, VI, § 6, (Item si quis): *permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse*. Vooral wanneer men bedenkt, dat dit blijven van de goederen in den boedel van den debiteur (in bonis debitoris manere), niet geschiedt ten bate van den debiteur, maar enkel ten bate van de crediteuren, om hun executie mogelijk te maken.

LAND, de actio Pauliana en hare historische ontwikkeling, prft. Groningen 1893, blz. 45 vlg., noemt de actio Pauliana een actio in personam, maar erkent toch op blz. 46/47 dat „hare werking veel overeenkomt met die eener actio in rem”; en over de *werking* spreken we hier immers.

J. ACHER, Essai sur la nature de l'action Paulienne, in Revue trimestrielle de droit civil, 1906, blz. 85 vlg., noemt de actio Pauliana een action personnelle. Hij citeert echter eenige oude schrijvers, en niet van de minsten, n.l. den bekenden glossator Azo, en JASON, die haar noemen actio personalis in rem scripta. Bij deze laatste meening sluit ik mij gaarne aan.

Want stel eens dat er, nadat de nietigheid ingeroepen is, en nadat de door den derde verkregen goederen ge-executeerd zijn, een overschot overblijft. Aan wien komt dan dit overschot? Immers aan den derde. Want de bedoeling van het inroepen der nietigheid is niet, den debiteur te verrijken. De derde was werkelijk eigenaar der goederen, en aan den derde komt het overschot toe.

Het inroepen der nietigheid wil dus niets anders zeggen, dan dat de derde de executie op de goederen vanwege de crediteuren moet dulden. Het pandrecht der crediteuren was op de goederen blijven rusten, en dit pandrecht wordt geldend gemaakt.

De term „inroepen der nietigheid” moet vergeleken worden met het „protesteeren” van den scheepshypotheekhouder van art. 316 W. v. K. De scheepshypotheekhouder doet „protest” tegen de vervreemding van het schip. Hij „komt op” tegen de vervreemding van het schip. Dit wil dan niet zeggen, dat die geheele vervreemding nietig moet zijn, het wil alleen zeggen dat hij zijn recht op het schip blijft uitoefenen na de vervreemding. Zoo beduidt ook het inroepen der nietigheid bij de Pauliana niet, dat de handeling van den debiteur absoluut nietig is, maar alleen dat de crediteuren hun executierecht nog op de goederen mogen uitoefenen na de handeling, die meestal een vervreemding is.

De strekking der nietigheid van de Pauliana is geen andere dan de handeling, die schadelijk is, onschadelijk te maken, zooals DERNBURG het zoo juist uitdrukt (zie de hierboven in § 1 opgenomen plaats van DERNBURG). Welnu, onschadelijk is de handeling gemaakt, indien de crediteuren na de handeling nog evengoed hun recht op de goederen mogen uitoefenen als vóór de handeling.

Dit is dus de strekking der nietigheid: de crediteuren mogen het beschouwen dat de handeling niet plaats had, de crediteuren behoeven zich niet door de handeling te laten storen. Met andere woorden (men denke aan het voorbeeld van den scheepshypotheekhouder): de crediteuren mogen *over de handeling heen* hun recht nog uitoefenen, de handeling heeft geen eind gemaakt aan hun recht, de crediteuren mogen hun recht op de zaken nog uitoefenen niettegenstaande die zaken vervreemd zijn, de crediteuren mogen de zaken volgen, hun recht heeft „zaaksgevolg”.

§ 5. Zooals de Pauliana zaaksgevolg geeft aan het recht van geldelijke executie, zoo geeft de uitgebreide Pauliana, de Pauliana van BALDUS, die geleid heeft tot de regeling van het Recht zur Sache, zaaksgevolg aan het recht van reële executie.

Laten we nu over deze uitgebreide Pauliana spreken.

De tweede koper, in het ons bekende voorbeeld, heeft de zaak van den verkoper-eigenaar gekocht en geleverd gekregen, waardoor hij eigenaar der zaak is geworden. Door die vervreemding is het recht van den eersten koper verkort, en de tweede koper heeft dit geweten. Die vervreemding is daarom nietig, relatief nietig, de eerste koper kan de nietigheid ervan inroepen. Dit wil zeggen, dat de eerste koper zich aan die vervreemding niet behoeft te storen, hij kan zijn recht van reële executie nog op de zaak uitoefenen: dit is de beteekenis van het inroepen der nietigheid.

De vervreemding was in alle andere opzichten geldig. De tweede koper is werkelijk en geldig eigenaar der zaak geworden. Alleen in één opzicht valt er iets op dien

eigendom af te dingen, één gebrek slechts kleeft er aan dien eigendom, en dat is: de eerste kooper mag zijn recht van reële executie nog erop uitoefenen. De tweede kooper heeft eigendom gekregen die bezwaard was met den zakelijken last van reële executie. Dat recht van reële executie van den eersten kooper rustte reeds op de zaak toen de verkoper nog eigenaar was, de verkoper heeft aan den eersten kooper dit recht van reële executie zelf verleend, door hem immers de zaak te verkoopen. Toen de verkoper daarna de zaak aan den tweeden kooper vervreemde, is het recht van reële executie op de zaak blijven rusten, omdat die vervreemding ongeoorloofd was. Het recht van reële executie heeft zich aan de zaak vastgeklemd en is nog uit te oefenen na de vervreemding: dit is de geheele beteekenis van het inroepen der nietigheid.

De eerste kooper is aldus op de meest afdoende wijze geholpen. De handeling was hem schadelijk, en wel op een ongeoorloofde wijze schadelijk. Zij moet dus onschadelijk worden gemaakt. Niet moet de handeling geheel vernietigd worden, zij moet enkel onschadelijk gemaakt worden. Dit doel wordt volkomen bereikt, wanneer men den eersten kooper de bevoegdheid geeft de nietigheid der handeling in te roepen, zich aan de handeling niet te storen, zijn recht op de zaak nog te kunnen uitoefenen na de handeling evengoed als vóór de handeling. De handeling blijft dus bestaan en blijft geldig ¹⁾, maar de eerste kooper kan *over de handeling heen* zijn recht nog op de zaak uitoefenen, het executierecht van den eersten kooper blijft als een hypotheek (men denke aan het voor-

¹⁾ De handeling is immers relatief nietig; dit sluit in, dat zij voor de rest geldig is.

beeld van de scheepshypotheek) op de zaak rusten, volgt de zaak.

Wanneer de tweede koper de zaak weer vervreemd heeft aan een verderen persoon, verkrijgt die verdere persoon ook op relatief nietige wijze. Zoo is het bij de gewone Pauliana ook: op de nietigheid kan men zich beroepen tegenover iederen verderen verkrijger, met alleen die beperking dat een verkrijging, die te goeder trouw plaats vindt, ontzien moet worden (art. 1377 al. 2 B.W.); Deze bescherming van goede trouw behoort natuurlijk ook bij de Pauliana van den eersten koper plaats te vinden.

Stellen we ons nu nog eens voor de vraag, waarvan we in het begin van dit Hoofdstuk uitgingen: De koper kan de zaak opvorderen van den tweeden koper, en als die tweede koper de zaak vervreemd heeft, kan de koper de zaak ook weer van dien verkrijger opeischen, enzovoorts; is het recht van den koper hierdoor niet geworden tot een zakelijk recht? dan kunnen we nu op deze vraag een antwoord geven, en dit luidt:

Neen, het recht van den koper is nog steeds een persoonlijk recht, maar dit persoonlijk recht heeft een zakelijk element bij zich opgenomen, de bevoegdheid van reële executie (§ 3) en dit zakelijk element is het dat zich aan de zaak vastklampt en de zaak volgt.

§ 6. Welk soort recht is dit nu, dit recht van reële executie?

In de eerste plaats is ervan te zeggen, dat het wordt uitgeoefend op een zaak (§ 3).

In de tweede plaats kan men opmerken, dat het, tengevolge van de toepasselijkheid der uitgebreide Pauliana, de zaak kan volgen (§ 5).

Wanneer nu een recht eerstens op een zaak wordt uitgeoefend, zooals we gezien hebben, en verder, na vervreemding of allerlei andere lotgevallen der zaak, op haar kan blijven worden uitgeoefend, mogen we het dan niet noemen een zakelijk recht? Mijns inziens wel. Het recht van reële executie is m.i. een zakelijk verhaalsrecht, tot waarborg van een persoonlijke vordering. Het is als 't ware een pandrecht¹⁾. Het wordt verleend, stilzwijgend, door den debiteur der vordering, op zijn eigen zaak. Het ontstaat tegelijk met de vordering.

Weliswaar mag het pas uitgeoefend worden na de wanpraestatie van den debiteur der vordering, maar dat is bij pandrechten altijd zoo. Altijd moet eerst afgewacht worden de niet-nakoming; dat wil niet zeggen, dat het vóór de wanpraestatie nog niet bestaat.

De rechter kent bij vonnis den kooper de bevoegdheid toe, de zaak desnoods met den sterken arm aan den verkooper af te nemen. Dit beteekent niet, dat pas uit dit vonnis het recht van reële executie ontstaat. Het recht van reële executie bestaat al vóór het vonnis. De rechter doet niets anders dan in zijn vonnis dit recht erkennen, verifieeren.

Dat het recht van reële executie vóór het vonnis, en vóór de beslaglegging, en vóór het in gebreke zijn van den debiteur al bestaat, blijkt juist hieruit dat het vóór die genoemde feiten al beschermd wordt door de uitgebreide Pauliana. Als een verkooper zijn kooper bedriegt door de zaak aan een ander te verkoopen en te leveren, dan vragen we niet: had die eerste kooper al beslag

¹⁾ Een pandrecht behoeft niet altijd tot doel te hebben den verkoop der zaak, zie WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, I, § 224.

gelegd? had die eerste kooper al een vonnis verkregen? We vragen alleen: was hij kooper? Als hij kooper is, als hij de zaak gekocht heeft, dan heeft hij het recht, beschermd te worden.

Hoe kan men zaaksgevolg verleenen aan een recht dat nog niet bestaat? Hieruit ziet men, dat, toen de verkooper de zaak aan den tweeden kooper verkocht, het recht van reële executie al aanwezig was. Het was nog niet uit te oefenen (dat is waar), maar dat komt doordat het een pandrecht is.

We mogen dus, naar mijn zeer bescheiden meening, wel aannemen dat het recht van reële executie dadelijk aanwezig is tegelijk met het persoonlijk recht ¹⁾.

¹⁾ Hoe, wanneer iemand zich verbonden heeft een zaak te leveren, die hij zelf nog niet heeft? Het zakelijk recht van reële executie ontstaat dan, zoodra de debiteur de zaak verkrijgt.

HOOFDSTUK V.

JUS CONSTITUENDUM. DE KOOPER EIGENAAR.

§ 1. In het voorafgaande hebben we eraan vastgehouden, dat de kooper crediteur is. We zijn ervan uitgegaan, dat uit de overeenkomst slechts verbintenissen ontstaan; een regel, die in het Romeinsche recht, zij het met uitzonderingen, geldt, en die ook aan de Nederlandsche wetgeving ten grondslag ligt.

Nu hebben we echter in het vorige hoofdstuk gezien, dat iedere kooper naast zijn persoonlijk recht een zakelijk recht bezit, die beide tegelijkertijd ontstaan uit het koopcontract. Nu wij ons hiervan overtuigd hebben, staan wij, dunkt mij, geheel anders tegenover het recht van den kooper. De regel, dat uit contracten slechts persoonlijke rechten ontstaan, geldt niet meer. De kooper heeft uit zijn contract ook een zakelijk recht. Het is nu de vraag: als we een nieuw burgerlijk wetboek moesten samenstellen, welken naam zouden we dan aan zijn zakelijk recht geven? welk systeem zouden we kiezen?

Zouden we blijven vasthouden aan den regel dat de kooper in de eerste plaats crediteur is, en dus zijn zakelijk recht beschouwen als bijkomstig, accessoir aan zijn persoonlijk recht? Of zullen we niet liever zijn zakelijk recht als hoofdzaak beschouwen en zijn persoonlijk recht

en verdere bevoegdheden als accessoir? En dan geloof ik, dat dit laatste de voorkeur verdient. Het voornaamste recht van den kooper is zijn zakelijk recht. Zijn persoonlijk recht is bijkomstig.

En als dan het zakelijk recht zijn hoofdrecht is geworden, hoe moet het dan heeten? „Pandrecht” kan zijn naam niet zijn, want het is niet accessoir meer. Het is een zelfstandig recht, een hoofdrecht. Is de beste naam hiervoor dan niet „eigendom”?

Het komt mij voor, dat het in jure constituendo het beste is, den kooper uit de koopovereenkomst eigendom te doen verkrijgen.

§ 2. Bij ons allen bestaat de neiging, den kooper met den naam „eigenaar” te betitelen. Die neiging is zoo sterk, dat sommigen zelfs volhouden dat de kooper in ons tegenwoordig geldend Nederlandsch recht reeds door het contract eigenaar is ¹⁾. Dit laatste gaat, naar mijn bescheiden meening, te ver, want de wet zegt uitdrukkelijk in de artt. 639 en 1495 B.W. dat de eigendom pas door de levering (bij onroerend goed door overschrijving in de registers, art. 671 B.W.) wordt verkregen. Maar uit het streven, de wet in dien geest uit te leggen blijkt wel de diepe overtuiging, dat de regel van eigendomsverkrijging door koop in de wet *behoorde* te zijn opgenomen.

Onwillekeurig is ieder van ons geneigd, als hij er niet om denkt, den kooper eigenaar te noemen. Men moet eerst zijn juridisch verstand gebruiken en zich bedenken

¹⁾ Aldus: SCHOLTEN, in zijn bewerking van ASSER's Handleiding Nederlandsch Burgerlijk Recht, 2e deel, 4e druk, blz. 107; HAMAKER, Het negatieve en positieve stelsel omtrent eigendom van den grond, in Rechtsgeleerd Magazijn 1893, blz. 463 vlg., Verspr. Geschr. II, blz. 72 vlg.

dat levering noodig is, anders zou men zich vergissen. Hieruit blijkt, naar 't mij voorkomt, dat in ons rechtsbewustzijn het zakelijk recht van den kooper voornamer plaats inneemt dan zijn persoonlijk recht.

De Fransche wetgeving erkent dan ook werkelijk, dat eigendom door de koopovereenkomst wordt verkregen (Code civil, artt. 711, 1138 en 1583).

Ook de Engelsche wetgeving gaat zoo ver. Eigendom op onroerend goed wordt verkregen door de koopovereenkomst, geconstateerd in een „deed” ¹⁾, eigendom op roerend goed wordt verworven door de koop ²⁾.

§ 3. Letten we speciaal op den kooper van *roerend goed*.

De kooper van een roerende zaak is volgens het systeem der Nederlandsche wet niet eigenaar, voordat de zaak hem geleverd is.

Wanneer echter een eigenaar van roerend goed zijn (zijn eigen) zaak aan een ander toevertrouwt (bijv. verhuurt, in bruikleen geeft, of in bewaring toevertrouwt),

¹⁾ Een „deed” is een onderhandsche schriftelijke akte, met authentieke kracht. Zij wordt door partijen van hun zegel voorzien, en „delivered”. Dit laatste bestaat hierin, dat de partij plechtig in het bijzijn der andere partij en der getuigen verklaart: „I deliver this as my act and deed.” Deze *delivery* is dus niet een levering van het verkochte goed, maar eenvoudig een formaliteit, noodig voor elke „deed”, onverschillig of daarbij een koopovereenkomst of een geheel andere handeling geconstateerd wordt. — LEHR, *Eléments de droit civil anglais*, 1885, blz. 249 vlg. Een eenzijdige „deed” heet „deed poll”; een tweezijdige, zooals die waar we hier over spreken, wordt genoemd „indenture”.

²⁾ LEHR, *Eléments de droit civil anglais*, 1885, blz. 257 (onroerend goed), blz. 435 (roerend goed). Men behoeft er LEHR niet van te verdenken, dat hij partijdig is voor het stelsel van eigendomsverkrijging door overeenkomst (het Fransche stelsel); want in zijn werk *Eléments de droit civil russe*, 1887, deel I, blz. 253 verklaart hij zich van dergelijke stelsels juist een tegenstander en geeft hij te kennen een voorstander te zijn van eigendomsverkrijging door levering.

dan kan hij volgens de Nederlandsche wet wel eigenaar blijven, hoewel hijzelf, door de zaak uit handen te geven, toch eigenlijk het effect der levering (publicatie, het naar buiten blijken, van zijn recht) ongedaan maakt.

Vergelijken we nu deze twee rechthebbenden: aan den eenen kant den kooper aan wien nog niet geleverd is, aan den anderen kant den eigenaar die de hem toebehoorende zaak aan een ander heeft toevertrouwd. Geen van beiden bezit. De kooper bezit niet. De eigenaar, waarover we hier spreken bezit ook niet.

Hoe is het dan te verklaren, dat de één eigenaar kan heeten en de ander niet? De eigenaar, die de zaak uit handen heeft gegeven, heeft zich toch eigenlijk precies in dezelfde positie geplaatst als toen hij nog kooper was en de zaak hem nog niet geleverd was. Toen mocht hij geen eigenaar heeten, nu wel. Dat is vreemd.

De verklaring van dit verschijnsel moeten we m.i. zoeken in het Romeinsche recht.

In het Romeinsche recht was er tusschen dien kooper en dien eigenaar een groot verschil. De eigenaar mocht, indien de huurder, bruikleener, bewaarnemer weigerde de toevertrouwde zaak weer aan hem uit te leveren, reële executie toepassen. De kooper mocht daarentegen tegen den verkoper, die weigerde hem de zaak te leveren, dit middel niet aanwenden. — Dit verschil bestaat tegenwoordig niet meer: de eigenaar, zoowel als de kooper aan wien nog niet geleverd is, hebben de bevoegdheid van reële executie.

Verder was er in het Romeinsche recht nog een tweede groot verschilpunt. De eigenaar, die de zaak aan een ander heeft toevertrouwd, kon de zaak van iederen houder opvorderen bij wien hij haar aantrof. De kooper kon de

gekochte zaak alleen van den verkooper eischen. — Ook dit verschil is vervallen, althans zeer verzacht. Want wat betreft den eigenaar, die de zaak aan een ander heeft toevertrouwd, kennen wij den regel van art. 2014 B.W. (niet bestaande in het Romeinsche recht), volgens welken de genoemde eigenaar de zaak alleen van den derde, die zijn recht kende, mag opvorderen. En wat betreft den kooper, aan wien nog niet geleverd is: hij mag ook (als men in de uitbreiding der Pauliana met mij meegaat) de zaak opvorderen van den derde, die zijn recht kende (althans indien die derde zijn recht ontleende aan den verkooper).

In twee opzichten is dus de positie van den kooper tot die van den eigenaar genaderd. Vooreerst in de wijze waarop zij de zaak mogen opvorderen: beide hebben reële executie. Vervolgens in de personen van wie zij de zaak mogen opeischen: beide mogen de zaak van derden opvorderen, en beide moeten bij die opvordering de goede trouw van derden ontzien.

Waarom zou men dan nu nog zich laten leiden door het Romeinsche recht, nu we van dit recht reeds zóó belangrijk (en nog al in de hoofdbeginselen) zijn afgeweken?

In het Romeinsche recht was er werkelijk een reden, waarom de kooper, aan wien nog niet geleverd was, niet eigenaar mocht heeten: hij had nog geen macht over de zaak; macht over de zaak kreeg hij eerst als de zaak hem geleverd werd. Maar dit is juist bij ons anders. Bij ons heeft hij al macht over de zaak, voordat deze hem geleverd is, want hij heeft reële executie ¹⁾.

¹⁾ Ook bij *onroerend goed* lijkt het mij, dat de wet behoort te bepalen, dat eigendom wordt verkregen door het koopcontract. Het zou echter buiten het kader van mijn proefschrift vallen, dit hier aan te toonen.

§ 4. Wat voor den kooper geldt, geldt *mutatis mutandis* ook voor eenige andere crediteuren, die reële executie hebben.

Dit betreft in de eerste plaats dengeen aan wien een zaak in ruil gegeven, en dengeen aan wien een zaak geschonken is. De Code civil behandelt hen evenals den kooper: de eigendom wordt verkregen door het contract.

Verder betreft dit den huurder. Ook hij behoort, zoodra hij de zaak gehuurd heeft, als zakelijk gerechtigde erkend te worden. In het Romeinsche recht had hij een persoonlijk recht, maar tegenwoordig is zijn verhouding tot de zaak, naar 't mij voorkomt, zoo geheel anders dan bij de Romeinen (hetgeen voornamelijk blijkt uit de reële executie en uit den regel „koop breekt geen huur”), dat er alle reden is, hem in ons recht tot zakelijk gerechtigde te maken ¹⁾. In Engeland behoort huur dan ook onder de zakelijke rechten ²⁾.

§ 5. Over de verhouding tot de zaak, die bij ons zoo geheel anders is dan bij de Romeinen, meen ik het volgende te kunnen opmerken. Het Romeinsche recht kende aan de bovengenoemde rechthebbenden geen reële executie toe. Licht zijn wij geneigd, dit te beschouwen als een gebrek aan doortastendheid van het Romeinsche recht. Dit is het echter niet. De Romeinen voelden die rechten zuiver als persoonlijke rechten, en dat is de reden, waarom zij reële executie weigerden.

Van dezelfde strekking is ook het betoog van ZIEBARTH in zijn buitengewoon origineel boek: „die Realexecution und die Obligation” ³⁾.

¹⁾ ZIEBARTH, *die Realexecution und die Obligation*, blz. 1 vlg. Dit werk houdt zich in 't bijzonder bezig met de huur.

²⁾ LEHR, *op. cit.*, blz. 126 vlg., ook blz. 613—615.

³⁾ Blz. 40 vlg., speciaal blz. 41 onder aan de bladzijde.

Ik moge eindigen met de volgende opmerking: dat wij reële executie op de zaak toekennen, komt niet doordat wij doortastender van aard zijn dan de Romeinen, maar doordat wij de genoemde rechten niet meer voelen als persoonlijke rechten.

CONCLUSIES.

I. Er bestaat een groep rechthebbenden, die naar ons rechtsbewustzijn veel meer in bijzondere verhouding tot de zaak staan, dan naar het rechtsbewustzijn der Romeinen. Dit uit zich hierin, dat wij die rechthebbenden reële executie op de zaak toekennen, terwijl de Romeinen dat niet deden.

II. Het Pruisische Landrecht heeft deze rechthebbenden tegen kwade trouw trachten te beschermen door de leer van het Recht zur Sache.

III. Deze leer ontleende het aan uitbreiding der actio Pauliana. (Hoofdstuk I).

IV. Deze uitbreiding der actio Pauliana is werkelijk te verdedigen, en daarmee is ook de houdbaarheid van de leer van het Recht zur Sache aangetoond. (Hoofdstukken II en III).

V. Ook naar onze bestaande wetgeving is die leer te verdedigen, door een beroep op art. 1356 B.W. (Hoofdstuk III, §§ 5 en 6).

VI. Deze rechthebbenden bezitten dan een persoonlijk recht, en hun recht van reële executie moet beschouwd worden als een soort pandrecht, accessoir aan hun persoonlijk recht. (Hoofdstuk IV).

VII. Beter is het echter (immers meer in overeenstemming met ons rechtsgevoel) in jure constituendo hun zakelijk recht als hoofdrecht te beschouwen, ronduit te breken met de Romeinsche opvatting, en hen op te nemen onder de zakelijk gerechtigden. (Hoofdstuk V).

ARTICLE VI

1. The first and principal consideration in the construction of the Constitution is the preservation of the Union. The framers of the Constitution were well aware of the dangers to the Union from the jealousies and rivalries of the States. They therefore provided for a strong central government, which should be able to maintain the Union in the face of all opposition.

2. The second consideration is the protection of the rights of the individual. The framers of the Constitution were well aware of the dangers to the rights of the individual from the tyranny of the majority. They therefore provided for a system of checks and balances, which should be able to protect the rights of the individual from the tyranny of the majority.

3. The third consideration is the promotion of the general welfare. The framers of the Constitution were well aware of the dangers to the general welfare from the selfishness and narrowness of the States. They therefore provided for a system of federalism, which should be able to promote the general welfare of the Union.

4. The fourth consideration is the preservation of the peace. The framers of the Constitution were well aware of the dangers to the peace from the wars and conflicts of the States. They therefore provided for a system of arbitration, which should be able to preserve the peace of the Union.

5. The fifth consideration is the promotion of the progress of the Union. The framers of the Constitution were well aware of the dangers to the progress of the Union from the stagnation and backwardness of the States. They therefore provided for a system of reform, which should be able to promote the progress of the Union.

STELLINGEN.

I.

De invoering van het stelsel van afzonderlijke kinder-rechters is wenschelijk.

II.

Ter berechting van lichte overtredingen is een korte procedure gewenscht.

III.

Nu het geld in waarde is verminderd, dienen de maxima der bedreigde geldboeten te worden verhoogd.

IV.

De wijze, waarop het stelsel van evenredige vertegenwoordiging voor de verkiezing van leden der Tweede Kamer der Staten-Generaal wettelijk is uitgewerkt, verdient afkeuring.

V.

Een wet op ruilverkaveling van gronden is uit economisch oogpunt aan te bevelen.

VI.

Wanneer Van Leeuwen in zijn *Censura Forensis*, IV, XIX, num. 26 zegt:

Sed quid si quis merces aut rem suam pluribus diverso tempore pro indiviso vendiderit, nec cuiquam eorum tradiderit? In empti actione is potior est, cui prius res fuit vendita, reservata alteri actione ejus quod interest.

wijkt hij af van het Romeinsche recht.

VII.

Dat in Frankrijk vóór den Code Civil de uitbreiding der actio Pauliana weinig opgang heeft gemaakt, is verklaarbaar.

VIII.

Onder de ontvreemding, waarvan in art. 2014 al. 2 B.W. gesproken wordt, behoort niet het misdrijf van verduistering.

IX.

Het is wenschelijk, de reële executie in het burgerlijk recht bij de wet te regelen.

X.

Het woord „verkoop” in art. 1612 B.W. past niet in het systeem der Nederlandsche wet.

XI.

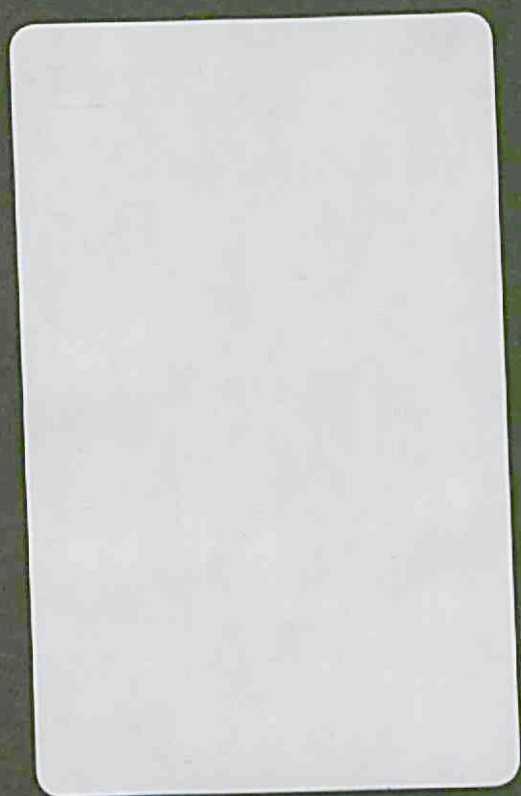
Art. 1612 B.W. past niet in een systeem, volgens hetwelk huur een persoonlijk recht is.

XII.

Het Fransche stelsel van eigendomsverkrijging door koop, is te verkiezen boven het Nederlandsche van eigendomsverkrijging door levering.

XII.

Het Recht zur Sache van het Pruisische Landrecht is een persoonlijk recht.



A