



Het karakter der "Pauliana" naar Nederlandsch recht


<https://hdl.handle.net/1874/258944>

Utrecht
23 Dec. '10.

- Het karakter der „Pauliana”
naar Nederlandsch Recht -

G. A. E. B. MEIJER

recht



A. qu.
192



HET KARAKTER DER „PAULIANA” NAAR
NEDERLANDSCH RECHT.

THE UNIVERSITY OF
UTRECHT LIBRARY

RIJSUNIVERSITEIT TE UTRECHT



1894 4987

:: :: HET KARAKTER
DER „PAULIANA” NAAR
NEDERLANDSCH RECHT

PROEFSCHRIFT TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD
VAN DOCTOR IN DE RECHTSWETENSCHAP AAN
DE RIJKSUNIVERSITEIT TE UTRECHT, OP GEZAG
VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS MR. D. SIMONS,
HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER RECHTS-
GELEERDHEID, VOLGENS BESLUIT VAN DEN SENAA
DER UNIVERSITEIT, TEGEN DE BEDENKINGEN VAN
DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID TE VER-
DEDIGEN OP VRIJDAG 23 DECEMBER 1910 DES
NAMIDDAGS TEN 3 URE DOOR GODFRIED
AUGUST ERNST BENJAMIN MEIJER,
GEBOREN TE ZEVENAAR :: :: ::



:: :: GEDRUKT BIJ J. DE JONG, ROTTERDAM :: ::



-:- AAN MIJN MOEDER EN
MIJN AANSTAANDE VROUW.

Bij het beëindigen van dit proefschrift wensch ik door een woord van dank uiting te geven aan mijn waardeering van het onderwijs, dat ik van U, Hoogleeraren der Juridische Faculteit, mocht ontvangen. Gij hebt de overtuiging bij mij gevestigd, dat, wie Uw voorlichting bij zijn studie vraagt, op Uw belangstelling kan rekenen.

Allereerst geldt deze erkentelijkheid U, hooggeachte Promotor, Professor MOLENGRAAFF, voor den steun, dien Gij op zoo welwillende wijze mij bij mijn arbeid hebt verleend. Onvermoeid hebt Gij bij onze gedachtenwisseling mijn meeningen aan-gehoord, mij met Uw frissche critiek tot hernieuwd onderzoek geprikkeld, opgewekt tot nieuwe inspanning!

Maar ook aan U, hooggeachte Professor SIMONS, mijn

bizonderen dank bij de herinnering aan Uw bij uitstek leerszaam, tot nadenken wekkend Privatissimum.

Met dankbaarheid gedenk ik ook U vooral, hooggewaardeerde Professor HAMAKER. Wanneer het mij gelukt mocht blijken, eenige juiste gedachten omtrent de ongeldigheidsleer te hebben gegeven, dan zou ik dit voor een niet gering deel danken aan Uw tot eigen, oorspronkelijk denken opwekkend college.

Ik mag deze regelen van erkentelijkheid niet eindigen, zonder óók een woord van dank te richten tot Professor Dr. J. W. MULLER voor zijn, mij vriendelijk verstrekt, taalkundig advies.

Bovenal echter mag ik niet vergeten al diegenen te gedenken — en ik doe dit met warme sympathie — die mij den steun van hun vriendschap en genegenheid gaven, in de vaak moeilijke jaren, die achter mij liggen.

INHOUD.

Inleiding	Bladz. 1
---------------------	----------

HOOFDSTUK I.

De opvatting van den wetgever en daartegenover staande meeningen. Nadere bepaling van het doel, in dit proefschrift beoogd.	3
---	---

HOOFDSTUK II.

Korte beschouwingen over de ongeldigheidsleer:

Nederlandsch recht	16
Fransch recht.	56
Duitsch recht.	61
Zwitsersch recht.	65

HOOFDSTUK III.

De nietigheid in de Artikelen 42 F. en 1377 B.W.	68
--	----

HOOFDSTUK IV.

Korte opmerkingen over buitenlandsch recht. — De mogelijkheid van andere wegen. — Besluit	97
---	----

„L'action Paulienne nous offre ainsi un exemple remarquable de conservation dans les institutions juridiques, et de toutes celles qui fonctionnent de nos jours c'est peut-être celle qui s'est le mieux maintenue à travers les siècles”.

PLANIOL-Traité, II, 5e éd. p. 108.

INLEIDING.

Vóór de invoering van de Faillissementswet werd de „actio Pauliana” herhaaldelijk tot onderwerp van afzonderlijke verhandelingen gekozen, die vooral met behulp der historie antwoord trachtten te geven op de verschillende, gewichtige strijdvragen, met betrekking tot dit rechtsmiddel gerezen.

De meeste dezer vragen heeft de wetgever door de artikelen 42 v. der Faillissementswet en de nieuwe redactie van art. 1377 B. W. voor goed opgelost. Toch is ook bij de nieuwe regeling verschil van meening blijven bestaan omtrent den aard van het rechtsmiddel, den benadeelden crediteuren door de wet gegeven.

Dit verschil nu kwam mij belangrijk genoeg voor, om een nadere beschouwing der genoemde bepalingen te rechtvaardigen, vooral omdat het onmiddellijk verband houdt met het leerstuk der *nietigheid van rechtshandelingen*. Als doel stelde ik mij, de opvatting van den wetgever te onderzoeken, deze — met de tegenovergestelde meeningen — te toetsen aan onze algemeene rechtsbeginselen, daarbij vooral ook lettend op de behoeften van het rechtsverkeer en ten slotte, zij het ook zeer in het kort de hoofdbeginselen na te gaan, die in het Fransche, Duitsche en Zwitsersche recht dezelfde materie beheerschen.

Wilde ik dit doel bereiken, dan was zelfbeperving geboden. Zoo heb ik gemeend mij van historische beschouwingen omtrent het karakter van het rechtsmiddel bij de Romeinen, in het Oud-Fransche en het Oud-Vaderlandsche recht te moeten

onthouden. Deze zijn trouwens ruimschoots gegeven in de verschillende dissertaties, waarop ik hierboven reeds duidde.

Moeilijker was het, waar ik mij op de doolwegen van het ongeldigheidsvraagstuk moest begeven, mijn doel in het oog te houden en mij niet op belangwekkende zijpaden te laten lokken.

„De leer der nietigheid van rechtshandelingen — aldus schreef Prof. HAMAKER in het Rechtsgeleerd Magazijn van 1902 (blz. 215) — verkeert bij ons in doctrine en jurisprudentie in een toestand van verwarring, die naar een wetenschappelijk onderzoek daarvan reikhalzend doet uitzien”. Wel verre daarvan, dat ik zou meenen aan dezen wensch ook maar eenigermate tegemoet te zijn gekomen — in navolging o.a. van Mr. J. A. VAN HAMEL — heb ik slechts getracht, in een afzonderlijk hoofdstuk, als resultaat van critisch overdenken der verschillende meeningen, eenige *ontwarring* te brengen in de m.i. noodeloos ingewikkelde juridische constructies van verschillende schrijvers.

De volgende bladzijden — ik herhaal het — willen slechts een beschouwing geven over het *karakter* der Pauliana. Men zal er dus slechts een klein onderdeel vinden uit het geheel van belangrijke vragen, dat langzamerhand, ook na de invoering der Faillissementswet, met betrekking tot dit rechtsmiddel is ontstaan. Het gebruik van den naam „*actio Pauliana*”¹⁾ — of kortweg „de Pauliana” — heb ik niet angstvallig vermeden. Wel is waar is er heel weinig van het *Romeinsche* rechtsmiddel overgebleven in onze hedendaagsche, analoge regeling, maar de naam heeft nu eenmaal burgerrecht in onze rechtstaal verkregen en moge — in piëteit voor zulk een ouden titel — dankbaar nog gebruikt worden ter vervanging van een lastige omschrijving!

1) Deze naam is ontleend aan: Dig. XXII, 1, l. 38, § 4, „In Fabiana quoque *actione* et *Pauliana*, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus quoque *restituuntur*” etc.

De actie is ingevoerd door een praetor PAULUS en schijnt reeds ten tijde van CICERO bestaan te hebben (Ad Att. l. 1. 3. Vg. GIRARD. Manuel él. de dr. rom, 3e éd. p. 425, noot 1).

HOOFDSTUK I.

DE OPVATTING VAN DEN WETGEVER EN DAARTEGENOVER
STAANDE MEENINGEN. NADERE BEPALING VAN HET
DOEL, IN DIT PROEFSCHRIFT BEOOGD.

De rechtsmiddelen ter bescherming van de crediteuren tegen benadeeling door handelingen van den debiteur waren vóór de invoering der Faillissementswet geregeld in de artt. 773—777 W. v. K. Deze artikelen — en we mogen erbij voegen art. 1377 B. W. (oud), dat buiten faillissement gold — hadden „reeds geruimen tijd ten gevolge hunner min nauwkeurige en weinig logische redactie tot tal van controversen en een zeer verschillende jurisprudentie aanleiding gegeven, terwijl de onderzinking bovendien geleerd (had), dat zij in strijd (waren) met de dringende eischen en de behoeften van het verkeer”.¹⁾

Deze verouderde regeling werd vervangen door die van de artikelen 42—51 der Faillissementswet en van art. 1377 B.W. (nieuw). Zijn opvatting omtrent den aard der „Pauliana”²⁾ naar de nieuwe regeling heeft de wetgever vooral willen

1) M. v. T., uitgave BELINFANTE, blz. 80.

2) Hier en in mijn verdere verhandeling is deze naam gebruikt ter aanduiding van het rechtsmiddel of — beter wellicht — de groep van rechtsmiddelen der crediteuren tegen, hen benadeelende, handelingen van den debiteur.

neerleggen in artikel 42 F. en alinea 1 van art. 1377 B.W. ¹⁾ Om deze opvatting te leeren kennen, is raadpleging van de Memorie van Toelichting tot het Ontwerp van wet op het Faillissement en de Surséance van betaling — die ook omtrent deze materie zeer belangwekkende beschouwingen geeft — het aangewezen middel.

1) Gemakshalve geef ik hier den tekst van de artikelen 777 W. v. K. (oud) en artikel 42 F, benevens van het oude en het nieuwe artikel 1377 B. W.

Art. 777 W. v. K.: Alle akten waarbij de schuldenaar den eigendom van roerende of onroerende goederen onder eenen bezwarenden titel heeft overgedragen, en in het algemeen alle handelingen, hoe ook genaamd, op welken tijd ook gedaan, kunnen op de vordering der schuldeischers worden vernietigd, indien zij bewijzen dat dezelve van beide zijden ter bedriegelijke verkorting van de regten der schuldeischers hebben plaats gehad.

Art. 42 F.: Onverminderd de bijzondere bepalingen in de artikelen 44—46 omtrent schenkingen gemaakt, kan ten behoeve van den boedel de nietigheid ingeroepen worden van alle vóór de faillietverklaring door den schuldenaar onverplicht verrichte handelingen, hoe ook genaamd, waardoor de schuldeischers benadeeld zijn, mits bewezen worde, dat bij het verrichten der handeling zoowel de schuldenaar als degene met wien of te wiens behoeve hij handelde, de wetenschap bezat, dat daarvan benadeeling der schuldeischers het gevolg zoude zijn.

Art. 1377 B. W. (oud): Niettemin kunnen de schuldeischers in hun eigen naam opkomen tegen de handelingen, welke door den schuldenaar ter bedriegelijke verkorting hunner regten gedaan zijn, mits zij zich overigens gedragen naar de voorschriften der wet, overeenkomstig den aard der handelingen, waartegen zij willen opkomen.

Indien de handeling onder eenen bezwarenden titel is aangegaan, moeten de schuldeischers bewijzen, dat er, van den kant der beide partijen, bedrog heeft plaats gehad.

Indien de handeling om niet heeft plaats gehad, is het voldoende, dat er bedrog aanwezig zij van den kant van den schuldenaar alleen.

Art. 1377 B. W. (nieuw): Niettemin kan door ieder schuldeischer de

Op bladzijde 85 van deze Memorie lezen wij dan met betrekking tot artikel 42:

„De redactie van dit artikel wijkt in vele opzichten af van artikel 777 Wetboek van Koophandel. Die afwijkingen steunen alle op hetgeen de ervaring, bij de toepassing van dat artikel opgedaan, als wenschelijk deed erkennen.

„In de eerste plaats wordt bepaald, dat de in artikel 42 nader omschreven handelingen *nietig* zijn, niet, zooals het in artikel 777 Wetboek van Koophandel heet, dat zij *vernietigbaar* zijn. De curator zal dus niet meer behoeven te beginnen met de vernietiging der handeling, waarvan hij de gevolgen voor den boedel wil wegnemen, van den rechter te vragen, maar de nietigheid reeds dadelijk tot grondslag zijner actie of verdediging kunnen nemen.

„Het praktische belang ligt hierin, dat hij voortaan rauwelijks het uit den boedel in handen van een derde overgegene terug zal kunnen vorderen, zich daarbij op de nietigheid der verichte handeling grondende, en dat hij zijn verweer tegen een ingestelde vordering, ook al heeft hij niet vooraf een geding tot nietigverklaring aangelegd, toch op die nietigheid zal

Verklaring in de
Memorie van Toe-
lichting.

nietigheid worden ingeroepen van alle door den schuldenaar onverplicht verrigte handelingen, hoe ook genaamd, waardoor de schuldeischers zijn benadeeld, mits bewezen worde, dat bij het verrigten der handeling, zoowel de schuldenaar als degene met wien of te wiens behoeve hij handelde, de wetenschap bezat, dat daarvan benadeeling van de schuldeischers het gevolg zoude zijn.

Regten, door derden te goeder trouw verkregen op de goederen, die het voorwerp waren van de nietige handeling, worden geëerbiedigd.

Om de nietigheid van door den schuldenaar gedane handelingen om niet in te roepen, kan de schuldenaar volstaan met aan te toonen, dat de schuldenaar op het oogenblik der handeling wist, dat hij daardoor zijne schuldeischers benadeelde, onverschillig of de begiftigde die wetenschap al dan niet deelde.

kunnen doen steunen, zonder verplicht te wezen een reconventioneele actie in te stellen.

„Zoo zal hem in 't vervolg ook het revindicatoir beslag ten dienste staan, zal hij i. e. w. van al die rechtsmiddelen gebruik kunnen maken, die anders het voorafgaan eener nietigverklaring voor hunne toepassing zouden eischen.

„Anderzijds wordt door de woorden „ten behoeve van den boedel” duidelijk aangewezen, dat deze nietigheid slechts eene relatieve is, eene, die alleen bestaat ten opzichte van den boedel en mitsdien alleen en uitsluitend door den curator kan worden ingeroepen, niet ook door dengene, met wien de schuldenaar handelde, of door den schuldenaar zelf, nadat deze door akkoord als anderzins zijne bevoegdheid tot beschikking teruggekregen heeft. De reden hiervoor is duidelijk: het geldt hier eene nietigheid in het uitsluitend belang der schuldeischers, waaraan dus ook niemand anders dan zij eenig recht mogen ontleenen.”

In deze woorden is kort en krachtig de opvatting van den wetgever omtrent het recht der schuldeischers ten opzichte van hen benadeelende handelingen des debiteurs — ook buiten faillissement, blijkens de Memorie van Toelichting op art. 3 van het Ontwerp der Invoeringswet, — uitgedrukt. Het staat er zoo eenvoudig: „De curator zal dus niet meer behoeven te beginnen met de vernietiging der handeling” — zóó eenvoudig, dat bij het lezen ervan elke gedachte aan een andere opvatting schijnt buitengesloten. Intusschen is de verwachting van den wetgever, den rechter en commentatoren een vaste lijn getrokken te hebben, niet verwezenlijkt.

Een vonnis in tegen-
gesteld zin.

Immers besliste de rechtbank te Almelo in haar vonnis van 29 Juni 1904 (W. 8104), dat art. 777 W. v. K. (oud) en

art. 42 F. geheel dezelfde eischen stellen en dat een vordering tot nietigverklaring behoort te worden gedaan.

Naar aanleiding van een arrest van het Gerechtshof Den Haag (27 Nov. '99), waarbij op de actio Pauliana, gericht tegen een contract, dat onder vigueur van het oude artikel 1377 B.W. gesloten werd, dit oude artikel toepasselijk werd verklaard, schreef Prof. HAMAKER in het W. v. Pr., N. en R. (no. 1587) een opstel, waarin hij o.a. als zijn meening uitsprak, dat „de vordering van 1377 (*oud en nieuw gelijkelijk*) strekt tot vernietiging, opheffing van een tot zoolang geldig bestaande rechtsbetrekking, en de omschrijving, die het oude artikel haar gaf, daarom wel zoo juist is als die van het nieuwe artikel”.

Meening van
Prof. Hamaker

„De schuldeischers komen op tegen de handeling van den schuldenaar en haar gevolg: *dat zij een bestaande nietigheid inroepen, kan van hen eigenlijk niet gezegd worden.* Hun bewering is niet, dat er aan de handeling een gebrek kleeft, 't welk haar ongeldigheid ten gevolge heeft; zij beroepen zich op het nadeel dat zij lijden. De wetenschap van het te ontstane nadeel, die bij de partijen moet aanwezig geweest zijn, is niet de grond der actie, maar een bijkomstige voorwaarde van haar toewijzing. De grond, het doel der vordering is benadeelde crediteuren te hulp te komen *door opheffing van de benadeelende handeling en haar gevolg*, doch de wet zegt hun hare tusschenkomst alleen toe voor het geval van bedrog van partijen, of, zooals het nieuwe artikel het beter uitdrukt, van haar wetenschap van het te ontstane nadeel blijkt. En zij eischt deze wetenschap, niet omdat naar haar meening daardoor aan de handeling een gebrek kleeft, dat haar nietigheid ten gevolge behoort te hebben, maar omdat zij nu eenmaal goedvindt *dit buitengewone rechtsmiddel, strekkende tot vernietiging van een handeling, waartegen, indien men haar op zich zelf beschouwt, niets is in te brengen*, aan deze voorwaarde te binden”.

Nog andere te-
gengestelde mee-
ningen bij Prof.
Land, Van Leyden,
Belinfante.

In Prof. LAND's Verklaring van het Burgerlijk Wetboek (Deel IV, bewerkt door Mr. DE SAVORNIN LOHMAN) lezen we bij art. 1377: „De schuldeischer kan de nietigheid der handeling inroepen, d.i. hij kan een rechtsvordering instellen, *waarbij de vernietiging der handeling wordt gevraagd*”. In een noot wordt echter gezegd, dat de artt. 42 v. F. „eenigszins andere regelen stellen”, dat daar de curator b.v. „dadelijk het vervreemde goed voor den boedel (kan) opvorderen, en als de tegenpartij zich op de vervreemding beroept, de nietigheid daarvan inroepen”.

Mr. A. F. VAN LEYDEN (in zijn proefschrift: Aard en strekking der actio Pauliana — Amsterdam 1887)¹⁾ vindt het wel een praktische verbetering (in het Ontwerp der Faillissementswet), dat de crediteuren „onmiddellijk tegen den derde kunnen ageeren uit hoofde der nietigheid der aangegane handelingen”, doch acht het *dogmatisch onverdedigbaar*.

In zijn dissertatie: Ongeldigheid van rechtshandelingen (Leiden 1901)²⁾ bestrijdt Mr. E. BELINFANTE de opvatting der wet en van de commentatoren MOLENGRAAFF en VEEGENS:

„Wij vinden hier een voorbeeld van de moeilijkheid, om nieuwe, jonge regelingen te brengen onder oude benamingen; men heeft de actio Pauliana in het faillissement geheel herzien, haar herschapen naar de eischen van een steeds toenemend verkeer. Daarbij heeft men allerlei praktische bepalingen gemaakt, er terecht³⁾ niet op lettende of dit wel overeenkwam met de eischen, gesteld door den technischen naam (relatieve nietigheid), dien men hier aanhoudend gebruikte en toegepast wilde zien.” Voornamelijk op grond van drie — nog nader door mij te bespreken — bezwaren meent BELINFANTE, dat

1) Blz. 88.

2) Blz. 51 v.

3) (?)

in de artt. 1377 B.W. en 42 F. het woord nietigheid weer als vernietigbaarheid zal moeten worden gelezen en een curator, die rauwelijks zijn actie instelt zonder voorafgaande vernietiging, in zijn vordering niet ontvankelijk zal moeten worden verklaard.

Ook Mr. J. A. VAN HAMEL (in zijn proefschrift: De leer der nulliteiten in het Burgerlijk Recht, Amsterdam 1902) blijkt de opvatting van den wetgever niet te deelen. Deze schrijver geeft aan het algemeen begrip „nietigheid”, „nulliteit”, de beteekenis van *onregelmatigheid*. Alle nietigheid is voor hem vernietigbaarheid; altijd èn bij nietigheid èn bij vernietigbaarheid is volgens hem een vonnis noodig, waarin de nietigheid der handeling wordt uitgesproken. Geen ingrijpen in den feitelijken toestand zonder declarator der nietigheid.

Bizondere opvatting van Mr. Van Hamel.

„Den rechter moet uitdrukkelijk te kennen worden gegeven, dat hem erkenning der nietigheid gevraagd wordt — een voorlegging der feiten zonder expresse conclusie in dien zin kan geen declarator der nietigheid en daaropvolgend ingrijpen teweeg brengen: de eischer is dan niet ontvankelijk in zijn verlangen om hersteld te worden tegen de gevolgen der onregelmatige handeling.”¹⁾

Naast de bijzonder geregelde acties (als van art. 1490 B.W.) neemt VAN HAMEL voor alle nulliteitsgevallen een algemeene actie tot nietigverklaring aan, „een rechtsmiddel, waardoor men den rechter de rechtsonregelmatigheden in een handeling voorlegt en hem correctie vraagt van wat er ten gevolge van die onregelmatige handeling is gebeurd. Het is het rechtsmiddel, waarbij *de nietigheid wordt ingeroepen*, volgens het laatste snuifje van terminologie”.

Waar VAN HAMEL (op blz. 60) den wetgever prijst om de uitdrukking: „de nietigheid inroepen” als een juistere terminologie,

1) Blz. 112.

is dus deze lof geheel onverdiend, ja, kan den samenstellers der Faillissementswet wel ironie lijken, waar zij meenden, zoo duidelijk en eenvoudig, in volkomen tegengestelden zin, zich te hebben uitgedrukt.

Korte samenvatting der, van de Memorie van Toelichting afwijkende, meeningen.

Wanneer wij de meening van Mr. v. LEYDEN voorloopig uitzonderen, dan zien wij, dat de door ons aangehaalde schrijvers zich bij hun bestrijding niet tot de theorie van den wetgever bepalen, maar *ook in de toepassing* van art. 42 F. (en 1377 B. W.) een volkomen negatie der eenvoudige woorden van de Memorie van Toelichting niet schromen. Prof. HAMAKER stoort zich allerminst aan de redactie van de wet en vindt zelfs de omschrijving, die het oude artikel van de actie gaf, nog wel zoo juist. VAN HAMEL vindt alle nietigheid vernietigbaarheid, blijft ook hier consequent en meent den wetgever zelfs aan zijn zijde te vinden!

BELINFANTE wil ook nietigheid in de art. 42 F. en 1377 B. W. als vernietigbaarheid lezen; hij meent dat de wetgever hier niet van relatieve nietigheid had mogen spreken.

Uit dit alles blijkt, dat eenerzijds de bedoeling van den wetgever buiten rekening werd gelaten, anderzijds niet werd begrepen.

Des wetgevers bedoeling te leeren kennen kan intusschen niet moeilijk zijn, terwijl de geschiedenis der bedoelde artikelen zoo eenvoudig en duidelijk spreekt.

De bedoeling van den Wetgever blijkt uit de geschiedenis der Faillissementswet.

De Memorie van Toelichting wijst uitdrukkelijk op de *opzettelijke* afwijking van het oude artikel 777 W. v. K. 1) Gewezen wordt nog op een vonnis der rechtbank te Amsterdam van 10 Juli 1877, waarbij beslist werd, dat *niet* rauwelijks tot teruggave van goederen kan worden gedagvaard, maar eerst

1) Vg. den tekst, hierboven op blz. 4 afgedrukt.

de vernietiging der in fraudem creditorum aangegane overeenkomst in rechte moet worden gevraagd.

In het Verslag der Commissie van Voorbereiding lezen wij met betrekking tot art. 49 (dat in het Ontwerp aldus luidde:

De rechtsvordering tot nietigverklaring wordt ingesteld door den Curator. Niettemin kunnen de schuldeischers op gronden, aan de bepalingen der artt. 42—48 ontleend, de toelating eener vordering bestrijden):

„Volgens de Memorie van Toelichting op art. 42 is daar aangenomen, dat de in dat artikel nader omschreven handelingen nietig, niet, zooals het in art. 777 Wetboek van Koophandel heet, dat zij vernietigbaar zijn. Men wees er op, hoe het eerste lid van dit artikel spreekt van het geval, dat toch vernietiging gevraagd wordt, terwijl het tweede lid het oog heeft juist op het beroep op nietigheid tegen een ingestelde vordering. Komt, vroegen enkelen, dit verschil in het artikel genoeg uit? Doet de aanhef van het tweede lid „niettemin” niet te veel aan een tegenstelling denken?”

Het antwoord van den Minister luidde: „Het artikel worde gelezen: Rechtsvorderingen, gegrond op de bepalingen der artt. 42—48 worden ingesteld door den Curator. In verband daarmee is het tweede lid: aan de bepalingen der artt. 42—48 ontleend, vervangen door „aan die bepalingen ontleend.” „Niettemin” wijst op de tegenstelling tusschen *instelling* door den Curator en *verdediging* met beroep op deze artikelen, ook door de schuldeischers”.

Uit deze gedachtenwisseling blijkt, dat men zich wel degelijk rekenschap gaf van de opzettelijke vervanging van den term *vernietigbaar* door het woord *nietig*.

Zoo werd ook in art. 51 van het oorspronkelijk ontwerp de uitdrukking „vernietigde” rechtshandeling door de woorden „nietige” handeling vervangen. Zoo kwam in de plaats van

den aanhef van het oorspronkelijk voorgestelde artikel 47: „Betalingen van opeisbare schulden, door den gefailleerde gedaan, kunnen alleen dan vernietigd worden . . .” de tegenwoordige redactie. 1)

De Tweede Kamer keurde zonder beraadslaging en zonder hoofdelijke stemming de artt. 42 v. goed. In de Eerste Kamer werd evenmin over deze artikelen gedachtenwisseling gevoerd.

Geschiedenis
der wijziging van
art. 1377 B.W.

Wat nu de geschiedenis der wijziging van art. 1377 B. W. betreft, zij hier aan het volgende herinnerd.

In de Memorie van Toelichting tot de Invoeringswet schreef Minister SMIDT bij art. 3 der wet:

„De omschrijving, die art. 1377 Burgerlijk Wetboek geeft van de Pauliana buiten faillissement, kan niet blijven bestaan nevens de omschrijving van de Pauliana bij faillissement, in art. 42 der nieuwe wet voorkomende. De nu voorgestelde redactie sluit zich woordelijk aan de artikelen 42, 44, 46 en 51 der nieuwe wet aan. De bestaande onzekerheid omtrent de werking der Pauliana maakt het noodig ook de eerste drie leden van artikel 51 over te nemen, teneinde te voorkomen, dat de jurisprudentie aan de Pauliana buiten faillissement andere rechtsgevolgen toekent dan aan hetzelfde rechtsmiddel in faillissement.”

In het Gewijzigd Ontwerp (met Memorie van Toelichting des heeren VAN DER KAAIJ) werd deze redactie onveranderd gelaten. Art. 3 van dit wetsontwerp gaf aanleiding tot uitvoerige gedachtenwisseling bij het onderzoek in de afdelingen en door de Commissie van Voorbereiding. Vooral was de aandacht op dit artikel gevestigd door de bezwaren, die de hoogleeraar Mr. C. ASSER in het Weekblad van het Recht

1) „De nietigheid van de voldoening door een schuldenaar aan een opeisbare schuld kan alleen dan worden ingeroepen, wanneer wordt aangetoond”, enz.

van 24 Sept. 1894 (no. 6544) tegen de voorgestelde wijziging had ter sprake gebracht. Intusschen over de hier behandelde vraag liepen deze debatten niet. Wel verdienen ook hier de aandacht de woorden, waarmede de minister in zijn M. v. T. de verhouding aanwees tusschen art. 1377 B. W. en de artt. 42 v. F:

„Wilde men in het Burgerlijk Wetboek het stelsel, dat in de Faillissementswet is neergelegd, voor alle gevallen volledig uitwerken, dan zou een reeks bepalingen vereischt worden, omvangrijker en omslachtiger dan met de beperkte strekking dezer wets-voordracht is overeen te brengen. De oplossing van de vragen, die te dezen opzichte kunnen rijzen, kan aan de jurisprudentie worden overgelaten.” En elders:

„De voorgestelde wijziging strekt, en moet strekken niet om een *gelijke* regeling der Pauliana in en buiten faillissement te verkrijgen, een gelijkheid, die niet mogelijk ware en naar de thans geldende wet ook niet bestaat, maar om het verband, dat thans tusschen beide acties bestaat, na de wijziging in de Pauliana in faillissement bij de nieuwe wet gebracht, zooveel mogelijk te handhaven. Waar de strekking dezer wetsvoordracht is de bestaande wetgeving met de nieuwe regeling van het faillissement en de surséance van betaling zooveel mogelijk in overeenstemming te brengen, zou, door onveranderd behoud van art. 1377, ten opzichte van die bepaling, de strekking miskend worden.”

Bij die overeenstemming zal, naar mijn meening, wel allereerst gedacht moeten worden aan den *aard der nietigheid*, in beide artikelen genoemd. En zoo zullen ook voor de uitdrukking: „de nietigheid inroepen” in al. 1 van art. 1377 de woorden der M. v. T. tot de Faillissementswet mogen gelden. De twijfel, of de toelichting van eenige artikelen eener speciale wet invloed kan hebben op de verklaring van een algemeene

Gelijke regeling
der Pauliana in en
buiten faillissement.

als het Burgerlijk Wetboek 1) mag toch hier niet rijzen. „Bij de bestaande onzekerheid omtrent de werking der Pauliana” zal de wetgever wel allereerst ook hier de *vernietigbaarheid* hebben willen uitsluiten; ware hier niet overeenstemming met art. 42 F. bedoeld, de bedoelde onzekerheid ware stellig niet geringer geworden ten aanzien van dit vraagstuk.

Art. 3 der Invoeringswet werd in de Tweede en Eerste Kamer zonder beraadslaging en zonder hoofdelijke stemming goedgekeurd. De bedenkingen tegen gemeld artikel in het Verslag der C. v. R. van de Eerste Kamer betroffen niet de door ons behandelde vraag.

Tot zoover de geschiedenis. Aangenomen mag, dunkt mij, worden, dat in de op blz. 5 en 6 aangehaalde woorden der M. v. T. de bedoeling van den wetgever ligt besloten, *bedoeling* in den dubbelen zin, door OPZOOMER in zijn aantekening op art. 11 A. B. 2) genoemd.

Hoe de afwijkende opvattingen te verklaren?

Dat nu toch een andere opvatting mogelijk bleek, kan aldus worden verklaard. Het kan zijn, dat men zich de beteekenis niet volkomen bewust maakte, die de wetgever uit de woorden van zijn artikelen wilde doen spreken. En waar men dit wel deed, daar heeft men waarschijnlijk de opvatting van den wetgever, neergelegd in de Memorie van Toelichting, zoo geheel in strijd gevonden met onze rechtsbeginselen omtrent de nietigheid of omtrent de rechten der crediteuren, dat men zich niet aan de woorden van de wet, terwijl zij toch, naar men meende, een andere verklaring toelieten, gebonden achtte. Wellicht de woorden indachtig, door OPZOOMER in zijn bovengenoemde aantekening 3) neergeschreven, heeft men

1) Verslag van de C. v. V. blz. 30, uitgave BELINFANTE.

2) Aant. op de Wet h. A. B., 4e druk, blz. 211.

3) t. a. p. blz. 210 v.

zich niet gestoord aan het oogmerk, dat de wetgever zocht te bereiken, maar zich aan de oude, historische opvattingen gehouden.

De taak, die ik mij nu voorstel, is deze: te onderzoeken, *in hoever de opvatting van den wetgever in ons rechtsstelsel past, en welke toepassing aan zijn bepalingen dient gegeven. Heeft de wetgever, om zijn oogmerk te bereiken, wellicht een — in dogmatischen zin — verkeerden weg gekozen? Had hij zich niet van een andere, dogmatisch zuiverder, constructie kunnen bedienen? Heeft hij zich wel voldoende duidelijk uitgedrukt? Welke toepassing geeft de jurisprudentie aan de bepalingen?* Ziedaar de voornaamste vragen, die ik zal trachten te beantwoorden. Ten slotte hoop ik, ook door een, zij het ook zeer beknopte, vergelijking met buitenlandsch recht, tot een oordeel te kunnen geraken omtrent de *practische* bruikbaarheid van den weg, door onzen wetgever gekozen.

Het eerste onderzoek brengt mij al dadelijk in het labyrinth der nietigheidsleer. Beproeven wij den weg te vinden.

Doel van dit
proefschrift, nader
aangegeven.

HOOFDSTUK II.

KORTE BESCHOUWINGEN OVER DE ONGELDIGHEIDSLEER.

NEDERLANDSCH RECHT.

De leer der ongeldigheid. Beter ware het wellicht, van het *vraagstuk* der ongeldigheid van rechtshandelingen te spreken, want stellig zal het laatste woord in dezen voorloopig nog wel niet gezegd zijn.

Verwarring in de terminologie in onze wet en commentaren.

Het groot verschil van meeningen, het elkander misverstaan op dit gebied acht ik voor een groot deel het gevolg van de verwarring, die hier gaandeweg is gaan heerschen in de terminologie.

Men stuit hier op zulk een verscheidenheid van uitdrukkingen — waarvan sommige nog in meer dan één beteekenis voorkomen — dat de behoefte aan een zuiverder, eenvoudiger aanduiding der begrippen zich krachtig doet gevoelen.

Nietigheid, vernietigbaarheid, nietigverklaring, nietigverklaarbaarheid, vernietiging, tenietdoening, absolute nietigheid, relatieve nietigheid, nietigheid van rechtswege, onbestaanbaarheid, krachteleoosheid, inexistence, de nietigheid inroepen, zich beroepen op de nietigheid eener handeling, opkomen tegen een handeling . . . ziedaar een reeks van uitdrukkingen in onze wet en commentaren voorkomend. Sommige daarvan gebruikt de wetgever in één artikel ter aanduiding van éézelfde geval (zooals bijv. in art. 1482 B. W.); aan andere geeft hij soms een beteekenis, die geheel buiten de ongeldigheid valt (zooals in art. 1553 B. W. waar vernietiging voorkomt in den zin van ontbinding).

De verschillende schrijvers, hoewel eenstemmig in hun af-

keuring over de verwarring, die in de woorden onzer wet heerscht, geven zich helaas zelf te weinig rekenschap van de beteekenis der woorden en zijn daardoor niet scherp genoeg in hun formuleering. Een enkel voorbeeld:

In ASSER's Handleiding ¹⁾ lees ik bij art. 171 B.W.: „Wanneer de vrouw heeft gehandeld zonder de vereischte machtiging van den man of den rechter, is de handeling *voor vernietiging vatbaar*”. „De wet spreekt minder juist van *nietigheid* of zelfs van het *van rechtswege nietig zijn* dier handelingen of overeenkomsten. Men denke hier slechts aan een *betrekkelijke nietigheid*. Alleen de vrouw, de man of hunne erfgenamen kunnen *de nietigheid* der handelingen *inroepen*”.

Iets verder wordt gesproken over „dit *beroep op nietigheid*” en op de volgende bladzijde van de *vordering tot nietigverklaring* en van *vernietigbaarheid*.

DIEPHUIS ²⁾ gebruikt hier naast elkander de uitdrukkingen: „*de nietigheid inroepen* en *nietigverklaring vorderen*”. OPZOOMER zegt, dat de handeling hier „nietig is” of liever *vernietigbaar*. „Die nietigheid is echter een *relatieve*”.

Mr. VEEGENS zegt in zijn schets, dat bedoelde handelingen *vatbaar* zijn *voor nietigverklaring*, verder, dat zij kunnen worden *aangetast*; hij spreekt ook van *vernietiging*, van een *zich beroepen op* de onbekwaamheid der vrouw, van een *opkomen tegen* haar handelingen.

Inderdaad, de wensch naar meer zuiverheid en vastheid van uitdrukking kan niet overbodig heeten.

Dat de „ongeldigheid der rechtshandelingen” bij uitstek thuis behoort in een *Algemeen Deel*, zal wel door niemand

Voorbeeld van verwarring bij de behandeling van art. 171 B.W.

Behoefte aan een Algemeen Deel.

¹⁾ Mr. C. ASSER, Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht. Deel I, 4e druk (1909) blz. 224 (bewerkt door Prof. SCHOLTEN).

²⁾ Het Nederlandsch Burgerlijk Recht. Deel IV, 2e druk, blz. 209.

worden ontkend. Het gemis daarvan doet zich, ook ten dezen opzichte, in de commentaren van OPZOOMER, LAND en ASSER duidelijk gevoelen, die nu van dit onderwerp een verspreide behandeling moeten geven. DIEPHUIS wijdt in zijn „algemeen deel” een afzonderlijke paragraaf aan de „gebrekigheid der rechtshandelingen”. 1) Overigens moeten wij onze voorlichting trachten te vinden in verschillende monographieën. Van deze laatste vermeld ik hier als de nieuwste de reeds hierboven genoemde proefschriften van Mr. BELINFANTE en Mr. VAN HAMEL, waarin twee geheel tegenovergestelde opvattingen (de oude en een nieuwe) zijn uiteengezet.

De begrippen
rechtshandeling en
ongeldigheid.

Als voorwaarde voor een juiste beschouwing in deze materie mag verder wel gesteld worden, dat men zich goed rekenschap geeft van de begrippen *rechtshandeling* en *ongeldigheid*. Immers de systemen, die men in de nietigheidsleer heeft ontwikkeld, staan in zeer nauw verband met de voorstelling, die men zich bij deze woorden maakt.

Bij GOUDSMIT 2) en DIEPHUIS 3) vinden wij de oude definitie van rechtshandeling, waarbij te uitsluitend de wil als op een rechtsgevolg gericht wordt voorgesteld. Zuiverder bepaling, rekening houdend met de werkelijkheid, geven Prof. DRUCKER 4) en Prof. HAMAKER 5).

„Een rechtshandeling is een handeling, waarmee economische gevolgen beoogd worden, die het recht in 't algemeen als rechtsgevolgen erkent,” zegt Prof. DRUCKER. Volgens Prof. HAMAKER is het een handeling, gericht op een feitelijk gevolg, dat door medewerking der wet tot rechtsgevolg wordt gemaakt.

1) Deel II, blz. 188 v.

2) Pandekten-systeem, blz. 108.

3) N. B. R. II, blz. 45.

4) Rg. M. I, blz. 62.

5) W. v. Pr., N. en R. Jg. 1900 blz. 134.

Feitelijke gevolgen, die het recht als rechtsgevolgen erkent. . . Erkent de wet ze niet als zoodanig, dan zijn het in 't geheel geen *rechtshandelingen*. Erkent de wet ze *niet volkomen*, dan zijn het gebrekkige, *onvolkomen rechtshandelingen*. Zoo komen we dus tot de onderscheiding in *volkomen geldige, onvolkomen geldige* (in betrekkelijken zin ongeldige) en *ongeldige rechtshandelingen*.

Gewoonlijk wordt onder het begrip „ongeldigheid” samengevat zoowel het rechtens in 't geheel niet als het onvolkomen erkend zijn der gevolgen, zoowel het naar het recht in 't geheel niet gelden der gevolgen, als het in betrekkelijken zin niet gelden.

Identiek met *ongeldigheid* wordt vaak het woord *nietigheid* gebezigd.

De traditioneele onderscheiding, die men bij de verschillende schrijvers (niet bij VAN HAMEL) kan vinden, is aldus weer te geven: 1)

Traditioneele
onderscheiding.

Ongeldigheid (gebrekkigheid, onregelmatigheid, nietigheid in ruimeren zin)

onderscheiden in

<i>Nietigheid</i>	<i>Vernietigbaarheid</i>
weer onderscheiden	bij verschillende schrijvers 2)
in	nog onderscheiden in
absolute en relatieve	absolute en relatieve

„*Nietig* is een handeling — aldus DIEPHUIS — wanneer zij wel feitelijk heeft plaats gehad en tot stand is gekomen, maar rechtens niet wordt erkend en dus als niet geschied is”.

1) Bij VAN LEYDEN vind ik een nog ingewikkelder systeem. Zie zijn proefschrift blz. 11.

2) Ook bij BELINFANTE.

Verschillende beteekenissen van vernietigbaarheid en nietigverklaring.

De *vernietigbare* handeling wordt gewoonlijk aldus omschreven: De handeling bestaat zoowel feitelijk als rechtens, maar zij heeft een gebrek, op grond waarvan, door de wet aangewezen, belanghebbenden van den rechter kunnen vragen dat hij haar vernietigt; door dit vonnis wordt haar werking niet alleen voor de toekomst, maar zooveel mogelijk ook voor het verleden opgeheven.¹⁾ De vernietigbare handeling heet ook wel *vatbaar voor nietigverklaring*, „in den zin eener verklaring, die nietig maakt, op gelijke wijze als er ook sprake is van meerderjarigverklaring enz., in gelijken zin als waarin van vernietiging en van tenietdoening gesproken wordt”.²⁾

Ook onze wet gebruikt deze termen door elkander zonder onderscheid in de artt. 1482 v. B. W.

Intusschen kan *nietigverklaring* ook beteekenen: Constateering der nietigheid, die reeds zonder opzettelijke uitspraak bestond.³⁾ Immers bij nietigheid in de beteekenis, hierboven met de woorden van DIEPHUIS aangegeven, kan men zich het geval denken, dat strijd ontstaat over de vraag of een handeling al of niet nietig is en men 's rechters beslissing daarover inroept. Men zij dus voorzichtig bij het gebruik van dezen term.

Echter komt ook het woord *vernietigbaarheid* nog in een tweede beteekenis voor, n.l. als: mogelijkheid van opheffing der rechtskracht eener handeling, die ab initio volkomen rechts-geldig was (waaraan dus geen gebrek kleefde). De handeling is geldig ontstaan, maar wordt naderhand door rechterlijk vonnis alleen van haar *verdere* werking beroofd. (Dit vonnis heeft dus geen terugwerkende kracht). Aldus vat Professor HAMAKER het karakter der Pauliana op in zijn hierboven aan-

1) Vg. DIEPHUIS II, blz. 190 v.

2) DIEPHUIS II, blz. 191.

3) Vg. BELINFANTE, blz. 15.

gehaald artikel. ¹⁾ Zoowel dus bij het gebruik van het woord nietigverklaring als van den term vernietigbaarheid past omzichtigheid.

VAN LEYDEN, ²⁾ de ongeldigheid onderscheidend in nietigheid en vernietigbaarheid, onderscheidt bovendien de nietigheid in *nietigheid van rechtswege* en *nietigverklaarbaarheid* (en elk geval weer in een absoluut en een relatief!) Nietigheid van rechtswege moet de rechter ambtshalve toepassen, bij nietigverklaarbaarheid constateert hij de nietigheid alleen bij beroep van hem, ten bate van wien zij bestaat. Bij vernietigbaarheid moet de rechter iets volkomen rechtsgeldigs verbreken; de ongeldigheid treedt in met terugwerkende kracht. Theoretisch moge deze indeeling mogelijk zijn, practisch dunkt ze mij van geen waarde, omdat — de toepassingen der verschillende gevallen ontbreken. Aan dezelfde fout lijdt naar mijn meening de onderscheiding der *vernietigbaarheid* in een *absolute* en een *relatieve*. ³⁾

BELINFANTE zegt, dat de vernietigbaarheid „zich gewoonlijk als relatieve voordoet,” waaruit dan zou moeten volgen het bestaan van uitzonderingen. Intusschen is het mij niet mogen

Het ingewikkelde systeem bij Van Leyden van geen practische waarde.

Critiek op de onderscheiding tusschen absolute en relatieve vernietigbaarheid.

1) *Deze vernietigbaarheid is — ook volgens Prof. HAMAKER — geen geval van nietigheid, evenmin als het feit, dat een overeenkomst haar bindende kracht verliest door de vervulling van een ontbindende voorwaarde of het intreden van een eindtermijn. Evenmin mag onder nietigheid gebracht worden de inkorting van schenkingen ten behoeve van legitimarissen. Onjuist moet genoemd worden de opvatting van GOUDSMIT (t. a. p. blz. 159), dat er ook dan nietigheid is, als de handeling „geen wettig bestaan” heeft „tengevolge van een latere omstandigheid, waardoor hetgeen oorspronkelijk geldig was, van rechtswege wordt opgeheven of te niet gedaan”. Als voorbeeld noemt G. o.a. het ongeldig worden van een testament door capitis diminutio van den testator.*

2) Blz. 12 en 13.

3) DIEPHUIS maakt deze laatste onderscheiding niet.

gelukken een geval van absolute vernietigbaarheid te vinden. Het zou een vernietigbaarheid moeten zijn, *op grond waarvan een ieder van den rechter vernietiging mocht vragen*. Alleen de gevallen, dat een huwelijk óók vernietigd kan worden op vordering van het Openbaar Ministerie, komt dit geval nabij.

Ik meen dus, dat in elk geval bovenstaande onderscheiding vereenvoudigd dient te worden tot deze:

ongeldigheid
te onderscheiden in

nietigheid *vernietigbaarheid*
te onderscheiden in

absolute en *relatieve*

De relatieve nietigheid komt dan hierin met de vernietigbaarheid overeen, dat zij alleen in het belang van bepaalde personen strekt en ook alleen door deze kan worden aangevoerd. (Vg. DIEPHUIS II blz. 200.) Op de absolute nietigheid kan ieder belanghebbende zich beroepen; zij behoort door den rechter ambtshalve te worden toegepast.

Gaan we nu echter de verschillen na, die gewoonlijk als bestaande tusschen vernietigbaarheid eenerzijds en nietigheid, zoowel absolute als relatieve, anderzijds worden genoemd, dan zijn deze m. i. moeilijk vol te houden met betrekking tot de relatieve nietigheid.

Bedoelde verschillen komen hierop neer:

1. De nietige handeling bestaat niet rechtens, slechts feitelijk.

De vernietigbare handeling bestaat èn rechtens èn feitelijk, totdat de ongeldigheid door rechterlijk vonnis wordt verkregen.

2. Aan een beroep op de nietigheid behoeft geen vonnis tot vernietiging vooraf te gaan; deze actie is onnoodig, ja, onmogelijk.

Critiek op
de onderscheiding
tusschen relatieve
nietigheid en ver-
nietigbaarheid.

Op de ongeldigheid van een vernietigbare handeling kan men zich niet beroepen zonder voorafgaande vernietiging, uitdrukkelijk van den rechter gevraagd.

3. Het beroep op nietigheid zal ten allen tijde mogelijk zijn.

Door het laten voorbijgaan van den termijn der actie, door het niet opwerpen der exceptie, door bekrachtiging vervalt het recht op vernietiging der vernietigbare handeling. ¹⁾

Beschouwen we nu het eerste verschilpunt nader. Wat is het gevolg van de vernietiging der vernietigbare handeling? Volgens DIEPHUIS is deze handeling na het vonnis *nietig en als niet bestaande* en niet alleen kan zij „daarna niet meer werken, maar ook de werking, die zij reeds had, wordt zooveel mogelijk opgeheven.” Bij BELINFANTE ²⁾ lezen we: „de handeling heeft een bestaan tot op het oogenblik harer vernietiging, maar *dan wordt aangenomen, dat zij nooit heeft bestaan.*” De rechter ontzegt dus rechtsgevolgen aan de handeling.

„De vernietigbare handelingen zijn geldig,” zegt nu wel DIEPHUIS, „tenzij hare nietigverklaring door hem, die daartoe de bevoegdheid heeft, is uitgelokt en door den rechter is uitgesproken, terwijl de andere partij die nietigverklaring gedoogen moet, maar zelve haar niet kan uitlokken; de *betrekkelijk nietige zijn nietig, tenzij* hij, die zich op die nietigheid beroepen kan, haar als geldig wil laten beschouwen, terwijl de andere partij dit moet gedoogen en niet beletten kan, maar ook zelve geen macht heeft, om haar eenige werking te verzekeren.”

¹⁾ Zie o. a. BELINFANTE blz. 13v.

²⁾ Blz. 27.

De tegenstelling,
door Diephuis ge-
maakt, gaat niet op.

Waaruit blijkt echter deze wil, om de handeling als geldig te laten beschouwen? Eenvoudig *uit het niet doen van een beroep* op de nietigheid. Doet hij een beroep, dan wil hij, wat hij tot dusver als geldig liet beschouwen, ongeldig doen worden. Waar blijft dan het verschil met de vernietigbare handeling? Het lijkt mij *dezelfde rechtstoestand*, in het eene geval door een positieve, in het andere geval door een negatieve zinswending omschreven. Een woordenspel, geen theorie, die in de praktijk haar waarde vindt. Het voorbeeld van relatieve nietigheid, door DIEPHUIS bij zijn voorstelling gegeven, kan mijn meening niet verzwakken. Wanneer ik, zonder lasthebber te zijn, op naam van een ander diens huis verkoop, zou de koop en verkoop betrekkelijk nietig zijn, in dezen zin, dat de derde in wiens naam gehandeld werd, zijnerzijds niet is gebonden als hij niet wil, maar de handeling uitdrukkelijk of stilzwijgend kan bekrachtigen, „terwijl de koper dit niet beletten of verijdelen kan, en zich tegen den wil van genen niet met vrucht op de nietigheid kan beroepen.” Op welken grond besluit DIEPHUIS, dat de koper zich niet op de ongeldigheid zou kunnen beroepen? Absolute nietigheid hier aan te nemen, lijkt mij evengoed verdedigbaar. 1)

Onhoudbaarheid
der tegenstelling
bij Belinfante.

Ook BELINFANTE kan het bedoelde verschil niet volhouden. Op bladzijde 34 van zijn proefschrift zegt hij: „Onder een *relatief nietige* handeling verstaan wij een handeling, *waardoor de eene partij verbonden is*, tot zoolang de andere partij zich op de nietigheid, te haren gunste voorgeschreven, heeft beroepen. Is dit beroep eenmaal gedaan, dan zal de handeling voor iedereen nietig zijn, het zal zijn, alsof zij nooit is tot stand gekomen.” Op blz. 36 lezen we: „In 't algemeen is

1) Zoo stelt BELINFANTE, blz. 47, bedoeld geval gelijk met verkoop van eens anders zaak, die door DIEPHUIS als voorbeeld van absolute nietigheid wordt genoemd.

de handeling nietig, voor iedereen (sic) nietig, maar eerst dan, wanneer die partij, in wier belang de handeling nietig is, zich daarop beroept, begint zij elke werking te missen; *tot dien tijd heeft zij gevolgen* met de bedreiging der nietigheid als een Damocleszwaard boven het hoofd." Maar iets verder stemt de schrijver in met de tegenstelling, door DIEPHUIS gemaakt, en keurt hij de uitspraak van GREGORY af: „omnino valet actus ab utraque parte donec hae certae personae eum nullum esse voluerunt."

Mr. GREGORY noemt als eenig verschil tusschen beide begrippen, dat bij relatieve nietigheid „actione non opus est", wel bij de vernietigbaarheid ¹⁾.

Slechts dit verschil lijkt mij dan ook nadere overweging waard.

Wat de vatbaarheid voor bekrachtiging betreft, stelt DIEPHUIS ²⁾ — in tegenstelling met GOUDSMIT ³⁾ — relatieve nietigheid met vernietigbaarheid op één lijn. Waar het in aanmerking komen der ongeldigheid afhankelijk is gesteld van den wil van bepaalde personen, daar zal toch ook, welke dan ook de weg moge zijn, hun voor hun beroep op die ongeldigheid voorgeschreven, de mogelijkheid van bevestiging der handeling moeten worden erkend. Met het oog op het doel van mijn uiteenzetting, laat ik de vraag omtrent de vatbaarheid van absoluut nietige handelingen voor bekrachtiging hier onbesproken. ⁴⁾

De vraag blijft dus over: *Bestaat er verschil tusschen*

1) De ratihabitione. blz. 41.

2) N. B. R., II blz. 215.

3) t. a. p. I, blz. 162.

4) Zie hiervoor o.a. DIEPHUIS II, blz. 205v.; BELINFANTE, Hoofdstuk II. Ook VAN HAMEL, Hoofdstuk V, waarbij diens eigenaardige opvatting der nietigheid in aanmerking dient genomen.

relatieve nietigheid en vernietigbaarheid in dezen zin, dat in het laatste geval een eenvoudig beroep niet voldoende is, om den rechter de ongeldigheid in aanmerking te doen nemen, maar een uitdrukkelijke eisch tot vernietiging noodzakelijk is?

Er bestaat geen verschil tusschen relatieve nietigheid en vernietigbaarheid.

Naar mijn meening is ook dit verschil niet te handhaven, althans niet naar Nederlandsch recht. Relatieve nietigheid en vernietigbaarheid lijken mij *éénzelfde begrip*, alleen van *verschillende zijde beschouwd*. Denkt men uitsluitend aan het feit, dat op de nietigheid der handeling slechts bepaalde personen zich kunnen beroepen, dan kan men van relatieve nietigheid spreken; denkt men meer aan de mogelijkheid, een vonnis van den rechter uit te lokken, waarbij uitdrukkelijk de nietigheid door deze wordt uitgesproken, dan kan men de handeling vernietigbaar noemen. *Dit vonnis acht ik echter niet noodzakelijk.*

Door deze opvatting plaats ik mij tegenover hen (d. z. verreweg de meeste Nederlandsche schrijvers over dit onderwerp), die in de bedoelde termen een aanduiding van twee begrippen zien, met bovengenoemd verschil — tegenover hen, die het bestaan van relatieve nietigheid ontkennen — en vooral ook tegenover Mr. VAN HAMEL, die de zeer bijzondere meening verkondigt ¹⁾, *dat alle nietigheid* (d. i. onregelmatigheid eener rechtshandeling) *enkel en alleen vernietigbaarheid is* en dat alle ongeldigheidsbepalingen (te zamen vormende het „nulliteitenrecht”) strekken om verbetering te brengen in, te reageeren tegen de door een rechtshandeling gevestigde gevolgen.

Laat ik trachten mijn opvatting te verdedigen en wel allereerst tegenover die van laatstgemelden schrijver. De groote verdienste van Mr. VAN HAMEL's proefschrift schijnt mij hierin te bestaan, dat daarin de aandacht wordt gevestigd op het

1) Zie ook hierboven blz. 9.

éénzijdige der traditioneele theorieën, die met de werkelijkheid al te vaak geen rekening houden. Maar de schrijver wendde in het vuur van zijn bestrijding te veel kracht aan en verviel daardoor m. i. in een ander uiterste.

Bestrijding van
de bijzondere leer
van Mr. Van Hamel.

Mr. VAN HAMEL begint niet met een definitie van het begrip „rechtshandeling” en het gemis daarvan wordt al dadelijk gevoeld, waar hij de leer van het juridisch niet-bestaan der nietige rechtshandelingen aantast.

Waar de oude theorie der rechtshandeling te zeer het feitelijke van het door partijen gewilde verwaarloosde, let VAN HAMEL in zijn „nulliteitenleer” al te zeer op dit feitelijke alleen. Zoo komt hij tot uitspraken als deze: „*De meest nietige handeling heeft een regelmatig gevolg*, indien niet een vonnis gevraagd en gegeven wordt, waarbij de onregelmatigheid wordt erkend en een andere dan de bestaande toestand als regel- en rechtmatig vastgesteld” (blz. 35). „*Het niet-bestaan is een vooropgezette rechtsfictie*” (blz. 24). „De logica der feiten zegt, dat ook de meest onzedelijke en van rechtswege verbodene rechtshandeling met haar gevolgen, wel degelijk bestaat, tot dat de rechter haar miskend heeft”. (blz. 70.) „De gevolgen worden eerst *normaal* teweeggebracht en pas door den rechter voor van rechtswege niet-erkend verklaard”. (blz. 138.)

Nu moge het waar zijn, dat het gemis van de erkenning door het recht van de feitelijke gevolgen lang niet altijd in het maatschappelijk leven terstond blijkt of in acht genomen wordt, en dientengevolge belangrijke nieuwe transacties plaats grijpen — dit neemt niet weg, dat *in beginsel* het recht hier niet ter zijde mag gesteld en, wanneer het gemis van erkenning aan het licht komt, — wat volstrekt niet altijd door rechterlijke uitspraak behoeft te gebeuren — de „disqualificatie” van het recht — in beginsel — zijn invloed nog behoort te doen gelden.

Werkelijke beteekenis der nietigheid.

Dat een handeling, hoewel ongeldig, toch feitelijke gevolgen kan hebben, doet aan de noodzakelijkheid van het vooropgesteld rechtsbeginsel der nietigheid niets af.

Wanneer het recht een handeling nietig verklaart, wil het de feitelijke gevolgen, die allereerst door partijen bedoeld zijn, niet als rechtsgevolgen erkennen. Het weigert zijn steun aan hem, die zich op de handeling beroepen wil of zegt zijn steun toe aan hem, die de nietigheid wil aanvoeren. Nu kan echter het recht niet beletten, dat een afgekeurde handeling toch dikwijls haar feitelijke gevolgen heeft, hetzij de gewilde, hetzij subsidiaire. Ja, zelfs is het mogelijk, dat op utiliteits- of billijkheidsgronden het recht ten slotte nog zijn steun geeft aan de indirecte gevolgen der handeling. Men denke aan verjaring en aan de bescherming van derden, die te goeder trouw waren. Verandert dit echter iets aan de noodzakelijkheid van een behoorlijk *rechtsbeginsel*, dat zijn eischen stelt voor de erkenning van de gevolgen eener handeling? Zou een strafbepaling — toch ook een afkeuring door het recht — haar beteekenis als beginsel verliezen, omdat zij vaak niet preventief en zelfs niet repressief werkt?

Het beginsel, dat een nietige handeling *naar het recht* niet bestaat, *kan*, naar mijn meening, ook zeer goed als uitgangspunt behouden blijven, indien men maar het oog open houdt voor de werkelijkheid. De rechtsgeleerde, die bij zijn dogmatische studiën de groote wereld buiten zijn studeerkamer blijft gadeslaan, zal de aanraking van het levende, met het verkeer mede-groeiende rechtsbewustzijn niet ontberen en bij het vormen zijner rechtsconstructies rekening houden met de eischen, door dat verkeer gesteld. Voor hem bestaat niet het gevaar, dat hij bij het gebruik van den term „niet-bestaan” gaat „generaliseeren” „dat het doorpraten te abstract wordt en (hij) de moeilijkheden niet meer aan de werkelijkheid toetst”.

Het juridisch niet-bestaan is geen gevaarlijke rechtsfictie.

Het aannemen van een *juridisch* niet-bestaan der nietige handeling acht ik volstrekt *geen gevaarlijke rechtsfictie*. Het is zelfs geen fictie — de weigering van sanctie door het recht

is een zeer belangrijke *werkelijkheid* — het is een noodzakelijk uitgangspunt voor een juiste verklaring der nietigheidsbeginselen, ook voor hun toepassing. ¹⁾

Wat overigens den term „*non-existence*” betreft, deze zou, naar ik meen, zeer goed gemist kunnen worden, vooral waar hij gebruikt wordt ter aanduiding van feiten, die *ook zonder bemoeienis van den wetgever* geen rechtshandelingen zijn, omdat de allereerste bestaansvoorwaarden ontbreken, zooals: overdracht zonder voldoende aanwijzing van de zaak of den persoon aan wien wordt overgedragen (voorbeelden, gegeven in de Memorie van Toelichting tot het Ontwerp van een nieuw Burgerlijk Wetboek, II, op art. 101). Nu zijn wel is waar gevallen denkbaar, waarin twijfel tusschen het aannemen van deze *non-existence* en van absolute nietigheid redelijk is, maar verschil in practische gevolgen dier onderscheiden opvatting bestaat er niet. Alleen bij het *huwelijk* is de onderscheiding — in verband met de al of niet-toepasselijkheid van art. 140 B. W. — nog wel van beteekenis. Men denke bijv. aan huwelijken ten overstaan van een onbevoegd ambtenaar gesloten. ²⁾

De meest nietige handeling heeft volgens VAN HAMEL een regelmatig gevolg, *indien niet een vonnis gevraagd en gegeven wordt, waarbij de onregelmatigheid wordt erkend*. „Er kan nooit sprake zijn van een nietigheid, die reeds door de rechts-

De term *non-existence* kan worden gemist.

Critiek der opvatting, dat altijd een vonnis noodzakelijk is, om de nietigheid invloed te doen hebben.

1) Waar blijft het rechtsbeginsel bij een uitspraak als deze: „Van nature is de handeling er altijd heel gewoon”. — „Rechtsorden zijn denkbaar, waar, ook bij gebrek aan wil, de handeling niet onregelmatig wordt geacht?” — Als voorbeeld van zoo'n *rechtsorde* wordt door VAN HAMEL dan ook slechts het primitieve Germaansche recht genoemd.

2) BELINFANTE bespreekt dit en andere gevallen uitvoerig, blz. 180 v.

bepaling zelve zich opdoet, zoodat geen rechterlijk vonnis meer noodig zou zijn". 1) „Alleen de rechter en nooit een particulier kan de gevolgen doen intreden, die de wet aan een nulliteit verbindt. 2)

Onjuistheid der stelling, dat het recht eerst werkt door rechterlijke tusschenkomst.

De meening, door al deze uitspraken weergegeven, is een uitvloeisel van de algemeene opvatting, door VAN HAMEL voorgestaan, dat alle objectief recht eerst door de bemoeienis van den rechter werkt. Hier te trachten, in een uitvoerig onderzoek van de verhouding tusschen materieel en formeel privaatrecht te treden, — wat wel niet kan geschieden zonder een wijsgeerig onderzoek naar het wezen van het recht — zou mij zeer ver van mijn weg voeren. Ik moet volstaan met de verklaring, dat ik de vermelde opvatting niet kan deelen, omdat ik daarin zie een miskennis van het recht als heerschende (d. i. heerschappij voerende) idee, die de handelingen der menschen in hun onderling verkeer richting geeft. Het zou een droeve maatschappij worden, waarin het recht dermate zijn richtende kracht, zijn heerschappij, *die zijn wezen is*, verloor! Dat tóch de maatschappij — in tegenstelling met haar verhouding tot de moraal — een bijzondere macht moest aanwijzen om overtredingen van de rechtsnorm tegen te gaan, levert een bewijs te meer voor de menschelijke onvolkomenheid en vindt zijn verklaring tevens in de noodzakelijkheid, dat de gemeenschap — wilde zij haar bestaan waarborgen — hier geen afwijking kon gedoogen. En al ligt het nu voor de hand, dat het vooruitzicht op de zekerheid van bescherming, het recht krachtigen steun verleent, zooals twijfel aan die bescherming het rechtsbewustzijn verzwakt, toch bestaat de

1) Blz. 35.

2) Blz. 32.

waarde van het recht allereerst in zijn zelfstandige kracht: *het recht werkt reeds door zich zelf, gesteund* door dat vooruitzicht.

Voortredeneerend langs de eenmaal aangevangen lijn komt VAN HAMEL dan tot de stelling, dat alle nietigheid vernietigbaarheid is, in dezen zin, dat altijd een vonnis geëischt wordt voor het doorwerken der nietigheid, *van welken aard deze ook is*, een uitdrukkelijke erkenning door den rechter van de onregelmatigheid, uitdrukkelijk gevraagd in aanval of verdediging.

Dit lijkt mij een *onnoodige, kostbare, formalistische eisch*, die ook geen steun vindt in onze wet. VAN HAMEL blijft dan ook in gebreke, uit onze wet behoorlijke gronden aan te voeren voor de krasse uitspraak, dat alleen de rechter, nooit een particulier de ongeldigheid kan doen werken.

Hoe noodeloos moeilijk wil VAN HAMEL het den menschen maken: Nooit een revindicatie zonder uitdrukkelijk uitgelokt declaratoor der nietigheid! Afstand door een meerderjarige van zijn vordering tegen een minderjarige onbestaanbaar! Een eenvoudig beroep bij wijze van exceptie zonder uitdrukkelijk verzoek om nietigverklaring niet toegelaten! ¹⁾

Zelfs als des schrijvers door mij bestreden opvatting omtrent de werking van het recht de juiste ware, dan nog zou deze niet de formalistische consequentie medebrengen, dat steeds „*expressis verbis*” moet worden gevraagd des rechters declaratoor der nietigheid.

Onnoodig formalisme.

Nemen wij eens een oogenblik aan, dat de qualificatie van nietigheid (ook absolute) alleen door den rechter kan worden toegekend, waarom zou deze dan in uitdrukkelijken eisch moeten worden gevraagd? Wordt dan, waar men nakoming eischt van een verbintenis, *expressis verbis* het constateeren

1) VAN HAMEL, t. a. p. blz. 115.

van het contract gevraagd? Immers neen. Het vragen om een declarator ligt, als motiveering van den eisch tot nakoming, in dezen eisch besloten. Ik acht dan ook voorlegging der feiten, zonder expresse conclusie van erkenning der nietigheid wel degelijk voldoende om ingrijpen, herstel te verkrijgen en vind — in tegenstelling met VAN HAMEL — de door hem op blz. 113 aangehaalde vonnissen op de artt. 251 K. en 451 B. W. onjuist.

En waar nu gewezen wordt op het reageerend karakter van het „nulliteitenrecht”, dat deze strenge vormen zou eischen, daar zou ik willen opmerken, dat toch bijv. ook elke revindicatie een reactie bedoelt. VAN HAMEL stelt overigens de feitelijke gevolgen der ongeldige rechtshandelingen te zeer als normaal voor, terwijl hij 's rechters ingrijpen in die gevolgen abnormaal noemt. Ik acht echter dit ingrijpen, door het recht geboden, niet abnormaal — terwijl de handelingen — als niet door het recht erkend — dit wel waren. 1)

1) VAN HAMEL legt, m. i., ook te veel den nadruk op de *subsidaire* gevolgen. Bij een beschouwing als de zijne wordt het onderscheid tusschen feitelijke en rechtsgevolgen, tusschen gewilde en indirecte werking, geheel uit het oog verloren en het begrip „rechtshandeling”, in de hierboven op blz. 18 aangegeven betoekenis, geheel losgelaten. Zie dan ook VAN HAMEL, t. a. p., blz. 140. De bijzondere conclusies van den schrijver zijn consequenties van zijn ruime — m. i. veel te ruime — opvatting van het begrip rechtshandeling. Van deze opvatting gaat hij — al zegt hij het niet uitdrukkelijk in den aanvang van zijn proefschrift — blijkbaar uit.

Mr. C. C. TIELEMAN (in zijn zooeven verschenen proefschrift: De bewijskracht van akten, blz. 36) — die alleen nietigheid en vernietigbaarheid onderscheidt en bij de laatste wel een uitdrukkelijk vragen van 's rechters tusschenkomst, zelfs bij verdediging, noodzakelijk acht — meent de fout, dat ook bij nietigheid de hulp van den rechter noodig is, te moeten toeschrijven aan deze vergissing, dat men „de rechtsgevolgen van de feiten, die het gevolg van een nietige handeling kunnen zijn, voor de rechtsgevolgen der nietige handelingen zelve aanzag”. Zie zijn voorbeeld op blz. 36v.

Intusschen zal ook, bij *eenvoudig beroep* op de nietigheid en vóór zijn ambtshalve ingrijpen een verstandig rechter wel behoorlijk overwegen, of „zijn inmenging het belang raakt, dat bedoeld is, en niet daarbuiten gaat”.¹⁾

Natuurlijk kan het voorkomen — zooals ik reeds boven aangaf — dat iemand het uitdrukkelijk door den rechter constateeren eener nietigheid gewenscht acht, of wel dat er strijd is over het al of niet nietige der handeling. Dan is de conclusie een uitdrukkelijk vragen van erkenning der nietigheid, en onderwerp en middelen van den eisch zijn dan de feiten en regels, waarop het vragen van die erkenning is gebaseerd. Bij teruggave op grond van nietigheid is deze nietigheid zelf met het feit der praestatie de basis der vordering.²⁾

Door hen, die het recht op het verkrijgen van een „sententia mere declaratoria” ontkennen, zal ook de mogelijkheid, om een vonnis van eenvoudige erkenning der nietigheid te erlangen, niet worden erkend. Maar ligt in deze meening niet een onderschatting van het declaratoor, door de kracht van het vonnis uitsluitend te zoeken in het executoor? Ook hier moet ik het doel van dit proefschrift in het oog houden en kan ik niet nader op de strijdvraag omtrent beteekenis en karakter der vonnissen ingaan. Ik acht echter het declaratoor juist *de kern* van 's rechters vonnis en de taak van den rechter bij zijn rechtspraak in hoofdzaak: het vaststellen van wat recht is. Wijst de titel van Boek II van het W. v. B. R. V. niet op

Sententia mere
declaratoria van
nietigheid.

1) Vg. VAN HAMEL t. a. p. blz. 75.

2) In beide gevallen zal de rechter hebben te onderzoeken of de handeling al dan niet als door het recht erkend moet gelden; in het eerste geval echter is zijn vonnis slechts een constateeren van het niet of wel nietig zijn; in het tweede geval een veroordeeling tot teruggave op grond van door hem geconstateerde nietigheid of afwijzing van den eisch op grond van geconstateerde geldigheid.

gelijkstelling van het vonnis met authentieke acten, wat deze verifiërende kracht betreft? Het recht eischt krachtens zijn wezen eerbiediging; constateert nu de rechter het bestaan ervan, dan sluit dat in zich, dat partijen zich daarnaar hebben te gedragen. 1)

Bizondere regeling bij het huwelijk. Hier altijd een vonnis noodig.

Ik sprak als mijn meening uit, dat het ingrijpen van den rechter niet in uitdrukkelijken eisch behoeft te worden gevraagd. Dit geldt niet — het spreekt wel vanzelf — waar de wetgever aan de particuliere personen niet de vrije beschikking heeft overgelaten. Daar toch kan de nietigheid niet anders worden verkregen dan door een ingrijpend rechterlijk vonnis. Ik denk hierbij aan de *vernietigbaarheid* van het *huwelijk*. Van oudsher is hier een rechterlijke uitspraak noodzakelijk geacht wegens de voor het gemeenschapsleven hoogst gewichtige gevolgen, die hier op het spel staan. En juist in het feit, dat de wetgever hier (bij ons in art. 140 B. W.) zoo uitdrukkelijk een vonnis van vernietiging eischt, ligt een stilzwijgende erkenning van de autonomie der personen in de andere gevallen van nietigheid, waarin die eisch niet is uitgedrukt.

Zelfs in de artikelen 1482 en 1485 B. W. — de gevallen van de oude *in integrum restitutio* — is de noodzakelijkheid van een uitdrukkelijken eisch van 's rechters tusschenkomst niet te lezen, terwijl art. 1490 (laatste alinea) eenvoudig spreekt van een „voordragen der nietigheid bij wijze van exceptie”.

De speciale regeling der acties van 1482 en 1485 B.W. heeft een historischen grond.

De historische grond voor de bizondere regeling der acties in de gevallen van de genoemde artikelen 1482 en 1485 is reeds te dikwijls uiteengezet, dan dat ik in een herhaling hiervan zou wenschen te treden. Toen de eenheid van rechts-

1) Vg. o.a. de bespreking door Prof. MOLENGRAAFF van het proefschrift: „Het declaratoor vonnis”, door Mr. PARSEER. R. G. Mag. 1905, blz. 216—226, speciaal blz. 226.

macht in de plaats kwam van het dualisme, dat in het Romeinsche, het Oud-Fransche en het Oud-Vaderlandsche recht geheerscht had, was er eigenlijk geen reden meer voor de speciale regeling van bedoelde nietigheids-gevallen ¹⁾ — en in elk geval verviel de noodzakelijkheid, uitsluitend langs dezen weg erkenning der ongeldigheid te verkrijgen.

Dat in het oude recht ook in de andere gevallen van nietigheid de noodzakelijkheid van een rechterlijke uitspraak erkend werd, daarvan heeft mij het historisch betoog van Mr. VAN HAMEL niet kunnen overtuigen. In de door hem (op blz. 57) aangehaalde woorden: „Voorts staat te letten: dat men *tot meerdere cautele* heden ten dage *gemeenlijk* relief vraagt teegens contracten en handelingen, welke anderzins voor ipso iure nul worden gehouden” ²⁾ kan ik die *noodzakelijkheid* niet lezen, wel de *mogelijkheid*, om een afzonderlijk declaratoor der nietigheid te verkrijgen.

Evenmin vind ik in art. 3494 van het Ontwerp 1820 een bevestiging van zijn leer. Genoemd artikel luidt:

„Behalve de bijzondere gevallen, waarin de wet aan alle belanghebbenden het vermogen toekent, om de vernietiging eener bestaande handeling te vorderen, of verdedigenderwijze een nietigheid, als van rechtswege aanwezig, in te roepen, kunnen daarenboven benadeelde minderjarige, gedwongene of misleide personen van den rechter, hetzij bij afzonderlijke

Ontwerp 1820,
Nietigheid, Vernietigbaarheid, Relief.

1) Vg. o.a. CONINCK LIEFSTING Alg. Beg. van de leer der rechtsgeldigheid voor overeenkomsten, blz. 300—302, of LAND's Verklaring, Deel IV, blz. 492, noot 1.

2) De geciteerde woorden zijn die van Mr. C. W. DECKER, uit zijn uitgave van het 2e deel van het Rooms-Hollands-Regt door SIMON VAN LEEUWEN, dus niet die van SIMON VAN LEEUWEN zelf. Vg. bedoelde uitgave (in 1783 verschenen): Boek IV, deel XLII, § 3, noot 3 i. f. Ik dank deze nadere aanwijzing aan vriendelijke inlichting van Prof. RENGERS HORA SICCAMI.

actie, hetzij bij wijze van verdediging, verzoeken, dat hij den staat der zaken geheel herstelle; de verleening van dit herstel wordt relief genoemd.”

In dit artikel worden naar mijn meening, drie soorten van ongeldigheid uiteengehouden:

1. Bizardere gevallen, door het ontwerp elders genoemd, van vernietigbaarheid (d.i. vatbaarheid voor vernietiging).
2. Nietigheid, die, zonder uitdrukkelijken eisch tot erkenning daarvan, verdedigenderwijs kan worden ingeroepen.
3. Gevallen van dwang, bedrog en benadeeling van minderjarigen, waarin vernietiging en herstel bij actie of bij verdediging kan worden gevraagd.

Tot de gevallen onder 1° reken ik die van art. 189, 2° (vernietigbaarheid van een huwelijk op vordering van een bevoegd eischer); tot die, onder 2° de gevallen, in art. 189, 1° aangeduid (volstreckte nietigheid van een huwelijk.)

Bovendien is het opmerkelijk, dat volgens art. 194 de getrouwde personen zich alleen dan van de volstreckte nietigheid des huwelijks mogen bedienen, als dit „alvorens bij uiterlijk gewijsde van den regter op een daartoe opzettelijk ingerigte vordering volstreckt nietig verklaard is”, terwijl dan verder art. 196 zegt:

„In alle andere gevallen is bij volstreckt nietige huwelijken *geene opzettelijke nietigverklaring door den regter noodzakelijk*; deze kan echter desniettemin door den belanghebbende of door den Officier bij de arrondissementsrechtbank gevorderd worden, wanneer zij dit noodig oordeelen, zelfs zijn de laatsten daartoe verplicht, wanneer hunne tusschenkomst tot betere handhaving der wet nuttig of noodig is”.

Ook hier dus wordt slechts de *mogelijkheid*, een uitdrukkelijk declaratoor te vragen, erkend. Hoe nu VAN HAMEL ¹⁾ in

1) T. a. p. blz. 58.

genoemd artikel een „uitstekende verkondiging” van zijn leer kan lezen, is mij onbegrijpelijk.

Door het voorafgaande moge het eenigszins duidelijk zijn geworden, waarom ik *voor geen enkel geval* van ongeldigheid buiten die van het huwelijk een uitdrukkelijke *rechterlijke uitspraak noodig* acht. Ik heb het eerst bestreden de opvatting van Mr. VAN HAMEL, die lijnrecht tegenover de mijne stond, maar daarbij tevens de gelegenheid gevonden, de meening VAN DIEPHUIS en de andere schrijvers te bestrijden, die nietigheid en vernietigbaarheid tegenover elkander stellen.¹⁾ Bij Mr. VAN HAMEL vond ik een zeer uitgewerkte verdediging van zijn opvatting, bij DIEPHUIS en BELINFANTE zag ik eenvoudig bedoelde onderscheiding vermeld als iets, wat volkomen onomstootelijk vaststaat.

Bij mijn conclusie vervalt natuurlijk voor mij de vraag, gesteld o. a. door DIEPHUIS²⁾, *welke handelingen nietig en welke slechts voor nietigverklaring vatbaar zijn.*

De eenige onderscheiding, die ik ten slotte theoretisch en practisch houdbaar vind, is die in

absolute en relatieve nietigheid.

Ook over deze onderscheiding ware een afzonderlijk proefschrift te schrijven. Vooral in Duitschland is daarover een rijke literatuur verschenen, bij onze schrijvers zijn echter weinig opzettelijke verhandelingen te vinden. DIEPHUIS³⁾ is hier zeer kort in zijn beschouwing; uitvoeriger bespreking vindt men bij BELINFANTE⁴⁾, vooral echter bij VAN HAMEL⁵⁾.

Eenig houdbare onderscheiding: absolute en relatieve nietigheid.

1) Zie ook Mr. TIELLMAN, t. a. p. blz. 40 v., die ook voor de verdediging van den gedaagde een *actie* noodzakelijk acht.

2) N. B. R. II, blz. 193.

3) t. a. p. blz. 200—201.

4) Blz. 33 v.

5) Blz. 68 v.

Hier mogen eenige opmerkingen over de tegenstelling volgen.

Absoluut nietig ¹⁾ is die handeling, waaraan het recht (juridisch) bestaan ontzegt, omdat het algemeen belang dit rechtstreeks eischt; ieder belanghebbende kan zich derhalve op deze nietigheid beroepen, mits dit beroep zelf niet in strijd komt met de openbare orde en goede zeden. Aan de *relatief nietige* handeling wordt de rechtserkenning slechts ter wille van bepaalde personen ontzegt; hierbij is niet onmiddellijk het algemeen belang betrokken.

De rechter zal, als handhaver van het openbaar belang, de absolute nietigheid *ambtshalve* moeten toepassen, ²⁾ de relatieve nietigheid *op beroep* van hen, ten bate van wie zij geldt. Intusschen laten zich gevallen denken, dat een handeling nietig is ter wille van bepaalde personen, maar de wetgever hun bescherming zoozêér noodig acht, dat ook *ambtshalve* de rechter de nietigheid moet uitspreken. DIEPHUIS ³⁾ wijst hierop; BELINFANTE noemt als voorbeelden de gevallen, bedoeld in de artt. 1503 en 1715 B. W.

Verskil tusschen
absolute en relatieve
nietigheid.

Het verschil tusschen absolute en relatieve nietigheid zou ik ook aldus kunnen uitdrukken: de *absoluut nietige handeling behoeft, ja behoort in 't algemeen door niemand te worden geëerbiedigd*; door de *relatief nietige handeling behoeven bepaalde personen zich niet gebonden te rekenen*.

De naam *relatieve nietigheid* duidt niet volkomen het begrip

1) In de *Mem. v. Toel.* tot de F. wet komt de term *absolute nietigheid* ook voor in den zin van *onvoorwaardelijke nietigheid* tegenover nietigheid eener handeling onder bepaalde omstandigheden. Zie blz. 84.

2) Dat dit niet in strijd is met het lijdelijkheidsbeginsel, merkt VAN HAMEL zeer terecht op. Zie bladz. 69 van zijn proefschrift, vg. VAN LEYDEN blz. 12.

3) N. B. R. II Blz. 201.

aan; immers hij zegt niet, *in welken zin* het betrekkelijke gaat. Intusschen lijkt het mij niet gemakkelijk, een term van nauwkeuriger aanduiding te vinden. Bij het denken aan andere private rechten, die aan zekere personen toekomen — het recht om zich op de (relatieve) nietigheid te beroepen, is toch ook een subjectief recht te noemen — kwam mij de tegenstelling „persoonlijk en onpersoonlijk” voor den geest. Zou wellicht de term *persoonlijke nietigheid* dienst kunnen doen? Fraai is de uitdrukking wel niet — ik geef ze dan ook gaarne voor een betere — maar de tegenstelling met volkomen nietigheid, die voor een ieder belanghebbende bestaat, wordt duidelijker erdoor weergegeven. Men spreekt toch ook wel van „persoonlijke excepties” in den zin, als bijv. in de artt. 1323 en 1884 B.W. wordt aangegeven.

Relatieve = persoonlijkelijke nietigheid.

Hoe het zij, de relatieve of persoonlijke nietigheid lijkt mij wel een eigenaardige, maar geen onlogische rechtsconstructie — volstrekt niet van dien aard, dat zij aanleiding behoeft te geven tot gewrongen uitlogging, of tot de meening, dat zij onbestaanbaar is.¹⁾ Wat kan er toch voor onlogisch in schuilen, dat een handeling in 't algemeen wel geldig wordt beschouwd, maar ten opzichte van bepaalde personen niet. Hun belang wil

Relatieve nietigheid een logisch begrip.

1) Vg. o. a. de uitspraak van BRANDIS, door BELINFANTE (op blz. 35) aangehaald:

„Dasein und nicht-dasein eines Gegenstandes sind so schlechthin widerstreitende Begriffe, dass sie auch in Rücksicht verschiedener bei ihm beteiligter Personen unmöglich neben einander bestehen können”. (Z. f. C. und Pr. VII. blz. 121 v.)

Vg. ook TIELEMAN, t. a. p. blz. 46: „Dat een vervreemding ten aanzien van den een wel, ten aanzien van den ander niet nietig zou kunnen zijn, is een onmogelijkheid”.

In deze en dergelijke uitspraken kan ik niet anders zien dan uitingen eener starre voorstelling van het absolute (objectieve) der begrippen, een volkomen negatie van het betrekkelijke (subjectieve) daarvan.

de wetgever beschermen, echter slechts tot dezen grens, dat hij het aan hen zelf overlaat, of zij al dan niet van dit recht gebruik willen maken, of zij dus al of niet aan de handeling haar regelmatige werking willen laten. Men denke ook aan de gevallen, dat derden, die „niet partij waren bij een rechtshandeling”, met deze alléén rekening behoeven te houden, „indien, voorzoover en zooals die hun kenbaar is.” Voor hen geldt de schijn, voor partijen het wezen. Zoo behoeft zich bijv. aan een herroeping van de lastgeving de derde, die daarvan onkundig is, niet te storen (Art. 1852 B.W.). Als de huwelijksche voorwaarden niet zijn gepubliceerd op de door de wet voorgeschreven wijze, dan gelden deze alleen tusschen de echtgenooten; voor derden bestaat er wettelijke gemeenschap. In deze gevallen is een gedachte te vinden, analoog aan die bij relatieve nietigheid: de handeling, die voor den een geldt, bindt den ander niet. 1)

VAN HAMEL 2) geeft verschillende ook naar zijn meening verkeerde opvattingen omtrent deze rechtsconstructie in het kort weer, en meent ze te moeten toeschrijven aan het, z. i. verkeerd, vooropstellen van het (juridisch) niet-bestaan der handeling. Dat ik hierin van hem verschil, moge uit het voorafgaande duidelijk gebleken zijn; ook bij de opvatting, dat dit juridisch niet-bestaan het leidend beginsel in de leer der ongeldigheid moet blijven, vindt de relatieve nietigheid een zeer goede verklaring.

Na mijn bovengegeven bestrijding der opvatting, als zou steeds een uitdrukkelijke erkenning der nietigheid van den rechter uitdrukkelijk moeten worden gevraagd, behoeft het ook verder geen betoog, dat ik ook afkeur het verschil, door

1) Vg. MOLENGRAAFF'S Leiddraad, 2e druk, blz. 204 v.

2) Blz. 77.

Mr. VAN HAMEL tusschen relatieve nietigheid en vernietigbaarheid (in traditioneelen zin) aldus aangegeven „dat de relatieve nietigheid meer door het normale rechtsmiddel, de aanvoering in rechte, wordt geldend gemaakt, terwijl voor de vernietigbaarheid allerlei bijzondere rechtsmiddelen zijn voorgeschreven.”¹⁾ Voor mij gelden die rechtsmiddelen, noch de algemeene, noch de bijzondere, als noodzakelijk.

Dikwijls zal het moeilijk zijn, bij de onvolkomen taal onzer wet, uit te maken, of men met absolute dan wel met relatieve nietigheid te doen heeft. De rechter zal dan, vooral ook op historische gronden, moeten overwegen, of de bepaling in het algemeen belang dan wel in dat van enkelen is gemaakt. Dat de plicht der handhaving van de openbare orde en de goede zeden den rechter verbiedt een handeling ambtshalve nietig te verklaren ten bate van dengene, tegen wien de beschermende nietigheidsbepaling is gericht, of van dengene, die handelde met de wetenschap van het onzedelijk oogmerk zijner tegenpartij, spreekt, dunkt mij, van zelf. VAN HAMEL kent echter — in zijn belangwekkende, uitvoerige (ook historische) uiteenzetting over absolute en relatieve nietigheid²⁾ — een bijzondere plaats aan dit uitzonderingsgeval toe en zou zelfs ter wille daarvan liever de besproken onderscheiding door die in „absolute” en „niet-absolute” nietigheid willen vervangen.

Als voorbeeld van relatieve nietigheid vind ik bij DIEPHUIS het geval genoemd, dat ik hierboven, (blz. 24) als twijfel gevend aanduidde: verkoop zonder machtiging. BELINFANTE noemt de artt. 1508 al. 1 en 1000 B. W.³⁾ Buiten de gevallen, die gewoonlijk als vernietigbaar worden aangeduid,

Wanneer is er absolute, wanneer relatieve nietigheid?

Voorbeelden van relatieve nietigheid.

1) t. a. p. blz. 79.

2) Hoofdstuk III, blz. 68 v.

3) VAN HAMEL geeft een overzicht — met proeve van oplossing — omtrent verschillende twijfelachtige gevallen. Zie blz. 90—94.

maar, bij de door mij verdedigde opvatting, relatief nietig moeten heeten, wijs ik nog op art. 23 en 24 der Faillissementswet. Wat de M. v. T. omtrent de handelingen van den failliet zegt, komt volkomen overeen met de door mij hierboven gegeven verklaring van relatieve nietigheid: 1)

Artt. 23 en 24 F.
Beschikkingen van
den failliet.

„Absoluut nietig behoeft niet een handeling van den schuldenaar te wezen, zelfs niet overeenkomsten en beschikkingen over het in beslag genomen vermogen. Het is voldoende, dat dergelijke handelingen *den boedel niet binden*, tegenover den boedel niet werkzaam zijn. Relatieve nietigheid is noodig, geen absolute. Indien dus het Ontwerp, gelijk ook thans rechtens is, den schuldenaar het beheer en de beschikking over den boedel ontnemt, wil dit niet zeggen, dat alle overeenkomsten, welke de schuldenaar over bestanddeelen van den boedel mocht sluiten, absoluut nietig zijn, nietig in dien zin, dat ook de medecontractant zich daarop zou kunnen beroepen, maar alleen dit, dat de schuldenaar over den boedel niet op eene den boedel, zoolang het beslag er op rust, verbindende wijze kan beschikken, en dat de curator tegen een ieder de nietigheid dier handelingen met betrekking tot den boedel kan inroepen”. 2) En in MOLENGRAAFF'S commentaar der Faillissementswet lezen we: 3)

„Een nietigverklaring van door den gefailleerde verrichte handelingen op vordering van den curator komt niet te pas, daar zij geheel overbodig zou wezen. De betrekkelijke nietigheid brengt mede, dat aan de handeling tegenover den curator geen enkel recht kan worden ontleend, dat op die handeling tegenover hem geen beroep kan worden gedaan, en wat hem

1) M. v. T. blz. 42 en 43.

2) BELINFANTE blz. 42 en 43.

3) De F. verklaard, blz. 51.

zelf betreft, dat hij optreedt, alsof de handeling niet ware verricht”.

Deze opvatting werd bestreden door Mr. M. L. VAN GOUDOEVER in een artikel van het W. v. N. en R. ¹⁾ getiteld: „Absolute of relatieve nietigheid?” en geschreven naar aanleiding van een critiek door den Heer J. BOER HZN. op het hypotheekstelsel naar het Ontwerp voor een Burgerlijk Wetboek (2e boek).

Bestrijding
der meening van
Mr. Van Goudoever.

De verklaring van het feit, „dat de vervreemding, door den failliet gedaan, geen effect sorteert”, moet — aldus Mr. VAN GOUDOEVER — buiten volstrekte en absolute nietigheid gezocht worden. „De curator kan geen nietigheid inroepen, maar beschikt „over het goed alsof de failliet geen overeenkomst daaromtrent „had aangegaan. Ook zonder dat beroep moet de mede- „contractant zijn handen van den boedel afhouden evenals „ieder ander, die zich rechten op eenig deel van den boedel „zou willen aanmatigen, zonder die rechten aan den curator „te ontleenen. Evenzoo zal de curator niets anders hebben „aan te toonen, dan dat de zaak tot den faillieten boedel behoort, „wanneer die zaak, buiten zijn toestemming om, door den „failliet aan een ander mocht zijn overgedragen, om die zaak „in den boedel terug te brengen, zonder weer met een enkel „woord over de nietigheid van de handeling van den failliet „te reppen”.

Dit is alles volkomen juist, komt volkomen overeen met de bedoeling van den wetgever, in de Memorie van Toelichting neergelegd — op dit ééne na, dat Mr. VAN GOUDOEVER *het beroep op de nietigheid onnoodig acht*. Maar stel nu, dat de medecontractant den curator tot nakoming der overeenkomst in rechte aanspreekt, waarin zal dan de verdediging van den curator bestaan? Hij zal zich moeten beroepen op

1) No. 1676, 8 Febr. 1902.

de onbevoegdheid van den failliet. Wat doet nu de curator anders dan zich op de nietigheid ten opzichte van den boedel beroepen, zelfs, als hij dit woord niet gebruikt? Hij voert toch eigenlijk aan, dat de overeenkomst door de wet niet als den boedel bindende erkend wordt. Of meent Mr. VAN GOUDOEVER, dat de rechter ambtshalve den eisch moet afwijzen? Dit kan de bedoeling van den wetgever niet zijn; immers dient aan den curator te worden overgelaten, of hij al dan niet de verbintenis wil nakomen. Zou bijv. in het geval eener wederkeerige overeenkomst de door den boedel genoten bate van grooter waarde zijn, dan de nog aan den medecontractant te praesteeën zaak, dan zal de curator, middelerwijl tot ander inzicht gekomen, den eisch kunnen toegeven. Een tegengestelde opvatting zou in strijd zijn met de rechtspositie, den curator toegekend; hem, als vereffenaar, dient ook in dezen het inzicht gelaten te worden, wat als het goede belang van den boedel moet gelden.

Stelt de curator een revindicatie in, dan zal hij ook aan zijn eisch ten grondslag moeten leggen datgene, wat ik als den inhoud van zijn exceptie aangaf.

Mr. VAN GOUDOEVER ziet een hemelsbreed verschil tusschen de onbevoegdheid van den minderjarige, den curandus, de gehuwde vrouw en den debiteur (volgens art. 1377 B.W.). Hier ontmoet ik weer dezelfde, door mij reeds hierboven afgekeurde beschouwing als bij de meeste onzer schrijvers. Ook hier heet het weer, dat de overeenkomsten van genoemde personen volkomen geldig zijn, „maar op een gegeven oogenblik haar geldigheid kunnen verliezen, indien bepaalde personen zich op die nietigheid beroepen”. Bedoelde men nu, dat die geldigheid slechts ten opzichte van de andere dan de bepaalde personen bestaat en het beroep op de nietigheid geen tusschenkomst van den rechter eischt, dan zou er zeker geen

bezwaar zijn tegen de aangehaalde woorden, maar die bedoeling heeft men niet.

Verder zegt dan Mr. VAN GOUDOEVER, dat de handelingen van den failliet onaantastbaar zijn, „maar, waar ginds de overeenkomst ook kon worden ten uitvoer gelegd op het vermogen van den schuldenaar, en waar ginds de overdracht werkelijk den eigendom kan overdragen, is dit bij de overeenkomst, door den failliet aangegaan (zoolang het faillissement duurt) niet het geval”. „Zijn overeenkomst is volmaakt geldig, maar kan eerst na het faillissement worden ten uitvoer gelegd”.

Ik kan het hemelsbreede verschil niet ontdekken, zie zelfs in 't geheel geen verschil, (behalve in de wijze waarop de mogelijkheid van het beroep op de nietigheid een einde neemt). Immers de verbintenis van den minderjarige kan evenmin op zijn vermogen worden verhaald, indien hij een beroep doet op de nietigheid, als de verbintenis van den failliet op den boedel, indien de curator zich hiertegen verzet.

Maar Mr. VAN GOUDOEVER beschouwt klaarblijkelijk de handelingen van den minderjarige enz. als vernietigbaar in den traditioneelen zin van „vatbaar voor vernietiging” en hij noemt ze „relatief nietig”. Hij hecht dus aan den term „relatieve nietigheid” een geheel andere beteekenis dan de Memorie van Toelichting. Daarin ligt de verklaring van zijn misverstaan der woorden van den wetgever.

Dat Mr. VAN GOUDOEVER ook de handelingen, in strijd met art. 505 al. 4 R. V. verricht, niet relatief-nietig noemt, past volkomen in zijn beschouwing. Tegenover deze meening wijs ik echter op de heldere voorstelling door Mr. VAN ROSSUM in zijn commentaar gegeven. ¹⁾ Art. 505 R.V.

¹⁾ Het Ned. W. v. B. Rv. door Mr. W. VAN ROSSUM BZN., blz. 525; vg. ook MOLENGRAAFF'S Leiddraad blz. 409.

Mr. TIELEMAN, t. a. p., blz. 46 v., acht de bepaling dubbelzinnig.

Er blijft mij nog een vraag ter beantwoording over met betrekking tot de relatieve nietigheid.

Hierboven werd ook naar aanleiding van het beweerde verschil tusschen vernietigbaarheid en relatieve nietigheid — die voor mij één begrip bleken — herhaaldelijk gesproken over actie tot nietigverklaring, tot vernietiging, tot het doen erkennen der nietigheid, tot het doen uitspreken, tot het doen constateeren ervan. Dit zijn geen uitdrukkingen van éénzelfde strekking. Immers het woord „vernietiging” wijst (de term nietigverklaring *kan* wijzen) op „het nietig *maken*”. Wat is nu de juiste term, passend bij het begrip relatieve nietigheid, naar de door mij voorgestane opvatting? Stellen wij de vraag pertinentier: Wanneer de minderjarige, de bedrogene enz., een „nietigheidsactie” instellen, vragen zij dan van den rechter een vonnis tot *erkenning* der reeds ten hunnen opzichte aanwezige nietigheid of tot het vernietigen, tot het nietig maken der handeling?

Het nietigheidsvonnis *constateert* de nietigheid.

Hoezeer ook mijn opvatting in de meeste opzichten verschilt van de leer, door Mr. VAN HAMEL ontwikkeld, ga ik gaarne met hem mede, waar hij in het nietigheidsvonnis een „*constateering* der nietigheid” ziet, ook voor de gevallen der zogenaamde vernietigbaarheid.¹⁾ In de gevallen van het Oud-Vaderlandsche relief moge men met juistheid van vernietiging hebben kunnen spreken, die als een bijzondere bevoegdheid van een hogere rechtsprekende autoriteit gold, voor de tegenwoordige regeling in de artt. 1482 v. B.W. past deze term m.i. niet meer. *De rechter constateert de ongeldigheid der handeling*, het niet-voldoen aan de eischen tot erkenning door het recht, of, zooals VAN HAMEL het uitdrukt: hij „erkent de onregelmatigheid”. Zijn vonnis vertoont ook hier het nor-

1) Bij de leer van Mr. VAN HAMEL zou dan ook veel consequenter zijn de uitspraak, dat alle nietigheid nietigverklarbaarheid is.

male karakter: een feit wordt getoetst aan de eischen van het recht, wat dan leidt tot al of niet verifiëring van des eischers subjectieve bevoegdheid. Alleen: hier hoopt de eischer allereerst, dat het recht van de tegenpartij of van hem, tegenover wien hij zich eventueel op het vonnis denkt te kunnen beroepen, niet zal worden erkend, terwijl anders de eischer allereerst hoopt op verifiëring van eigen recht. Wil men echter het zich mogen beroepen op de nietigheid eener handeling toch ook een subjectief recht noemen, dan wordt naar deze opvatting het nietigheidsvonnis zelfs door niets bijzonders gekenmerkt.

Het vonnis herinnert ons dus aan de actie tot ontkenning der wettigheid van een kind, draagt echter een geheel ander karakter dan bijv. de uitspraak bij echtscheiding.¹⁾

Alleen bij de actie tot *nietigverklaring van een huwelijk* zou men kunnen twijfelen. In het Ontwerp 1820 wordt hierbij scherp onderscheiden tusschen nietigverklaring (bij de volstreckte nietigheid) en vernietiging. Zie hierboven blz. 35. Deze onderscheiding is in onze wet niet gegeven, en, omdat nu altijd een uitdrukkelijk vonnis noodig is, zou men geneigd zijn, hier inderdaad aan een nietig *maken* te denken. Wat kan er echter tegen zijn, om ook hier een *constateeren der nietigheid* aan te nemen? Alleen is er deze bijzonderheid bij deze regeling, dat niet aan partijen kan worden overgelaten, te beslissen of de handeling ongeldig is.

Noch bij DIEPHUIS,²⁾ noch bij OPZOOMER vind ik over-

1) Vg. ook de opvatting van den H. R. omtrent de beteekenis van het vonnis van ontbinding eener wederkeerige overeenkomst op grond van art. 1302 B. W. (ASSER's Commentaar III, blz. 172).

2) D. II, blz. 191.

Vg. OPZOOMER VII, bij art. 1482, blz. 308 v., waar hij de onderscheiding van nietigverklaring (bij minderjarigheid en curateel) en

tuigende gronden voor het gebruik van den term „vernietiging”. Geen der beide schrijvers (het allerminst DIEPHUIS) gaat op het wezen van het nietigheidsvonnis nader in, terwijl DIEPHUIS ten onrechte de nietigverklaring met meerderjarigverklaring op één lijn stelt. Tusschen deze beide laatste begrippen is toch een groot verschil. De meerderjarigverklaring doet het meerderjarig zijn ontstaan, doet meerderjarig worden van de uitspraak af.

Wat de woorden van onze wet, vooral in de artt. 1482 v. B.W., betreft, deze zijn slechts geschikt om, ook in dezen, verwarring te stichten.

Vernietiging met terugwerkende kracht — een verkeerde voorstelling.

Vernietiging met zoogenaamde „terugwerkende kracht” (werking *ex tunc*) vind ik een gedwongen rechtsfiguur. In het constateeren der *ab initio* bestaan hebbende ongeldigheid ligt die werking *ex tunc* als iets „wezenlijks” besloten. Alleen bij vernietigbaarheid in den zin van „mogelijkheid van opheffing der verdere werking”,¹⁾ waar het vonnis *das in* beginsel *ex tunc* werkt, zou men kunnen zeggen, dat de rechter werkelijk de handeling vernietigt, nietig, krachteloos maakt, een nietigheid schept.

Ik trachtte hierboven aan te toonen, dat het begrip relatieve nietigheid zich heel goed laat denken en critiseerde de schrijvers, die dit begrip onlogisch, ja zelfs onbestaanbaar vinden. Wat echter wel dient erkend, is dit, dat *de strenge toepassing van*

vernietiging (bij geweld, dwaling of bedrog) bestrijdt. Dat ook ik die onderscheiding verwerp, maar in beide gevallen nietigverklaring = constateering der nietigheid wensch te lezen, hoop ik te hebben aangetoond. Vg. ook CONINCK LIEFSTING t. a. p. blz. 303.

1) Zie hierboven blz. 20.

deze ongeldigheid aanleiding kan geven tot strijd met de billijkheidseischen van het verkeer. Wordt relatieve nietigheid ingeroepen, dan kan de rechter ten bate van dengene, die zich er op beroept, constateeren, dat aan de handeling ab initio de rechtserkenning heeft ontbroken. Behoudens de werking van artikel 2014 B. W. vervallen dus ook de rechten van derden, die na de handeling ontstonden. Dat dit tot groote onbillijkheid kan leiden tegenover hen, die te goeder trouw partij waren bij de verschillende transacties, welke na de nietige handeling plaats hadden, zal wel niemand ontkennen. En niet te verwonderen is het dan ook, dat de belangen van het verkeer, die steeds meer zich doen gelden, inbreuk op het bedoelde beginsel der relatieve nietigheid, ook buiten de gevallen door art. 2014 B. W. beschreven, hebben geëischt.

„Als regel is te stellen” — zegt Prof. MOLENGRAAFF op blz. 204 van zijn Leiddraad ¹⁾ — „dat derden mogen afgaan op hetgeen zij kunnen waarnemen, kunnen kennen, dat hun niet kan worden tegengeworpen, wat niet voor hen kenbaar is, dat daarop tegenover hen een beroep niet kan worden gedaan. Voor zooveel betreft rechtshandelingen, die bestemd zijn wijzigingen te brengen in de rechtspositie van een of meer der daarbij betrokken personen, hebben derden, die daarbij niet partij zijn geweest, daarmee alleen rekening te houden, indien, voor zooverre en zooals die hun kenbaar zijn; zij mogen afgaan op den schijn, op hetgeen naar buiten blijkt”.

Als nu de wetgever op grond van dit beginsel, door het rechtsverkeer ontstaan, maar nog niet in een *algemeen* artikel ten onzent erkend, een afwijking toestaat van de werking der nietigheid, dan behoeft dit volstrekt niet te beteekenen, dat het beginsel der ongeldigheid werd prijs gegeven. Het eene

Het verkeer
eischt bescherming
van de goede trouw
bij derden.

¹⁾ 2e druk, 2e stuk. Onder de literatuur vermeldt Prof. MOLENGRAAFF: J. H. THIEL, De goede trouw van derden, enz. Prschr. 1903.

beginsel verzacht eenvoudig de werking van het andere; anders gezegd: *twee beginselen worden hier met elkander verzoend.*

Ik kan het dan ook niet eens zijn met Mr. VAN HAMEL, waar hij — in verband met zijn opvatting der ongeldigheid — *ex tunc* zoowel als *ex nunc* „slechts gekozen momenten” noemt¹⁾, niet samenhangend met den aard van het gebrek der handeling. Dit acht ik slechts waar voor den termijn „*ex nunc*”.

In onze wet wordt slechts op enkele plaatsen bedoeld billijkheidsbeginsel uitdrukkelijk erkend. Ik noem hier met betrekking tot de nietigheid de artt. 1377 en 2014 B. W., 237, 248 W. v. K. en art. 51 F.²⁾

Voorbeelden van
bescherming der
goede trouw van
derden.

Daar ik de vernietigbaarheid van het huwelijk afzonderlijk wensch te stellen, als zijnde geen relatieve nietigheid, bepaal ik mij slechts, wat de werking *ex nunc* in dit geval betreft, tot verwijzing naar de artt. 151—153 B.W.

De artikelen
101—103 Ontwerp
Boek II B.W.

Liever vestig ik nog de aandacht op de artikelen 101 en 102 van het Ontwerp tot herziening van het B.W. (2e boek). Hierin is nadrukkelijk de werking *ex tunc* uitgesproken voor overdracht, die lijdt aan volstreckte nietigheid en voor overdracht door een minderjarige of onder curateele gestelde (niet voor een overdracht door een gehuwde vrouw, omdat men meende, de belangen van den heerschappij uitoefenenden echtgenoot niet bij die van derden te moeten laten voorgaan). Daarentegen wordt in art. 103 gezegd, dat in alle andere gevallen, waarin de nietigheid slechts door bepaalde personen kan

1) Blz 145.

2) Vg. GOUDSMIT, Pandekten-systeem, blz. 165, noot 5, waar hij de meening uitspreekt, dat men ook in *ons* recht het beginsel zal moeten volgen, dat „inmiddels door derden wettig verworven rechten in geen deele kunnen worden aangerand of verkort”.

worden ingeroepen, zij in 't algemeen *ex nunc* is. De opneming van de beide eerste artikelen acht ik minder gelukkig: in beginsel toch is er werking *ex tunc* en dus hadden art. 101 en 102 kunnen worden gemist, terwijl dan slechts de afwijkingen van het beginsel hadden behooren genoemd. Bovendien acht ik de redactie van art. 103 verre van duidelijk, omdat er van vernietigbaarheid en vernietiging wordt gesproken — wat aan de noodzakelijkheid van een uitdrukkelijk vonnis tot vernietiging doet denken, terwijl de term nietigheid die noodzakelijkheid schijnt buiten te sluiten. In de M. v. T. op art. 102 en 103 wordt echter alleen de nietigheid van artikel 102 betrekkelijk genoemd, niet die van art. 103. Als voorbeelden van de vernietigbaarheid, bedoeld in art. 103 worden o.a. genoemd: de vervreemding van goederen door een gehuwde vrouw zonder bijstand van haar man, de handelingen, geschied onder invloed van dwang, bedrog of dwaling. —

De belangen van het rechtsverkeer kunnen dus eischen, dat de invloed der relatieve nietigheid wordt getemperd door zoogenaamde werking *ex nunc* ter wille van derden-verkrijgers te goeder trouw, beter gezegd, door *instandhouding der feitelijke gevolgen, erkenning van deze als rechtsgevolgen, ten behoeve van derden te goeder trouw*. Ter wille van die belangen is ook een andere constructie denkbaar, hierboven ¹⁾ reeds omschreven en die wellicht den makers van het Ontwerp IIe boek B.W. bij het opstellen van art. 103 voor de oogen zweefde: de wetgever kan bepalen, dat op verzoek van bepaalde personen de rechter een handeling van haar *verdere* kracht berooft. Intusschen zal dan m.i. terugwerkende kracht moeten worden toegekend tegenover derden te kwader trouw. Deze weg komt mij echter zeer bezwaarlijk voor, daar dan

Andere weg dien
de wetgever zou
kunnen kiezen.

1) blz. 20.

altijd 's rechters tusschenkomst uitdrukkelijk moet gevraagd worden. Ook lijkt het mij onjuist om van „opheffing der (verdere) gevolgen” te spreken, van het ontnemen der verdere werking, als de handeling reeds haar werking heeft uitgeoefend. En heeft zij nog geen werking gehad, dan lijkt mij het toestaan van een eenvoudig beroep op nietigheid bij wege van exceptie een vrij wat gemakkelijker regeling.

Onze wet geeft overigens m. i. geen voorbeelden van het genoemde rechtsmiddel.

Derde weg.
Herstel van ge-
leden nadeel.

Een derde regeling, waartoe de erkenning der verkeerseischen kan aanleiding geven, is het *herstel van het economisch nadeel*, dat iemand door een *rechtshandeling* heeft geleden. Deze regeling houdt met het nietigheidsprincipe geen verband; de rechter tornt niet aan de geldigheid der handeling, maar kent den eischer, die zich benadeeld acht, restitutie of schadevergoeding toe, onder zekere voorwaarden, door de wet aangegeven.¹⁾ Als voorbeeld hiervan zou ik willen noemen de *condictio indibiti*; men eischt daarmee niet teruggave op grond van nietigheid der praestatie, maar eenvoudig, op grond van het *onverplichte* der praestatie, restitutie of schadevergoeding, echter alleen van dengene, aan wien men betaalde.²⁾

Niet altijd zal het duidelijk zijn, waarom de wetgever aan deze of aan gene regeling de voorkeur gaf. Hoogstwaarschijnlijk zullen in het eene geval meer dan in het andere de belangen van het verkeer zich hebben doen gevoelen.

1) Terecht waarschuwt Mr. VAN LEYDEN in zijn proefschrift (bldz. 13—15) tegen het verwarren van dit begrip met ongeldigheid.

2) Geheel afwijkend van deze opvatting is die van Mr. VAN HAMEL, die alle rechtsmiddelen, welke dienen om verbetering aan te brengen in de door een onregelmatige rechtshandeling gevestigde gevolgen, onder de nietigheidsbepalingen brengt. Vg. blz. 146.

Wanneer ik ten slotte den inhoud mijner beschouwingen in dit hoofdstuk wil samenvatten, kom ik tot de volgende *conclusiën*:

De leer van de ongeldigheid der rechtshandelingen heeft dringend behoefte aan *vereenvoudiging*, waarmede samen moet gaan het gebruik eener *zuiverder, standvastiger terminologie*. Conclusiën.

De eenige onderscheiding van de ongeldigheidsgevallen, welke houdbaar is, is die in *absolute* en *relatieve nietigheid*, waarvan de laatste wellicht duidelijker ware aan te duiden door den term „*persoonlijke nietigheid*”.

Als *afzonderlijk* geval van ongeldigheid dient die van het *huwelijk* gesteld.

Geen bijzondere aandacht verdienen die handelingen, waarvan de onvolkomenheid zoo klaarblijkelijk is, dat ze, ook zonder eenige wettelijke bepaling, buiten het kader van eenige rechtshandeling vallen. In twijfelachtige gevallen behandelde men ze als gevallen van absolute nietigheid, uitgezonderd bij het huwelijk, waar algemeene toepassing van art. 140 B. W. dan wellicht aanbeveling verdient. ¹⁾

Alleen voor het uitspreken der nietigheid van een huwelijk is rechterlijke uitspraak noodig. In alle andere gevallen van ongeldigheid, hetzij van relatieve of van absolute nietigheid, is *nimmer een uitdrukkelijk vonnis van den rechter noodzakelijk, ten einde het beroep op de ongeldigheid mogelijk te maken*. Ook bij onderlinge afspraak kan nietigheid worden erkend.

Wel *kan* zulk een vonnis gevraagd worden. Dat vonnis vernietigt dan niet, maar *constateert*, dat ab initio nietigheid, hetzij in het openbaar belang (bij absolute nietigheid), hetzij ten bate van bepaalde personen (bij relatieve nietigheid), bestond.

1) Vg. hieromtrent BELINFANTE, blz. 177 v.

Deze *actie tot erkenning der nietigheid* is aan den gewonen *verjaringstermijn* van art. 2004 B. W. gebonden, tenzij een kortere fatale-termijn door de wet is aangewezen, wat vooral geschiedt in geval van relatieve nietigheid.

Een praestatie, die als gevolg eener (absoluut of relatief) nietige rechtsbehandeling plaats vond, kan men *rechtstreeks terugeischen met een beroep op de nietigheid*. Het afzonderlijk, uitdrukkelijk vragen van een *declarator* der nietigheid is *niet noodzakelijk*.

Deze actie tot terugvordering is aan dezelfde verjaring of denzelfden termijn gebonden als de actie tot erkenning der nietigheid van de handeling, waaraan door de praestatie uitvoering werd gegeven. 1)

Ook kan *onmiddellijk revindicatoor beslag* plaats vinden.

Wordt nakoming van een (absoluut of relatief) nietige handeling geëischt, dan kan de gedaagde zich (naar het beginsel van art. 1490 B. W. ten allen tijde) bij wege van *eenvoudige exceptie* op de nietigheid beroepen.

De rechter dient uit te maken — bij de onvolkomenheid onzer wettelijke bepalingen — welk belang (het algemeene of dat van bepaalde personen) de wetgever wilde beschermen en daarnaar te beslissen, of hij *ambtshalve* de (absolute) nietigheid in aanmerking moet nemen.

Het *beginsel van de bescherming der verkeersbelangen* kan het *nietigheidsbeginsel* doen verzachten in dezen zin, dat de wetgever het beroep op de nietigheid niet doet werken tegen derden-verkrijgers te goeder trouw. De belangen van deze worden daardoor met die van hen, die door de nietigheidsbepaling beschermd worden, in evenwicht gebracht.

1) Bijv. een minderjarige zal de revindicatie op grond van nietigheid binnen 5 jaar na zijn meerderjarigheid moeten instellen. Den gewonen verjaringstermijn hier aan te nemen, ware onsystematisch.

Een andere, denkbare regeling, die tegemoet komt aan de belangen van het verkeer, is deze, dat de rechter op gronden, door de wet genoemd, een rechtshandeling nietig kan maken, door te verklaren, *dat de handeling geen verdere gevolgen zal hebben*. De reeds ingetreden gevolgen behooren ten opzichte van hen, die te kwader trouw handelden, dan toch ongedaan te worden gemaakt. Deze regeling is echter af te keuren en is in onze wet ook niet te vinden.

Ook kunnen de verkeersbelangen worden gediend door, op grond van benadeeling tengevolge eener rechtshandeling, onder zekere voorwaarden een regeling voor *herstel van dat nadeel* te geven.

In de beide laatste gevallen is er geen sprake van een *nietige* rechtshandeling.

Van de vele termen, in het begin van dit hoofdstuk genoemd, zou ik in verband met deze conclusiën slechts wenschen behouden te zien:

nietigheid (als algemeen begrip voor ongeldigheid),
absolute en *relatieve nietigheid*,
nietigverklaarbaarheid (*alleen* bij het huwelijk en wel in den door mij aangegeven zin), en den term
„*zich beroepen op nietigheid*”.

Ook tegen den term „*de nietigheid inroepen*” zou ik geen bezwaar hebben, mits opgevat als synoniem met de uitdrukking „*zich beroepen op nietigheid*”. Waar zij echter door de hierboven gecritiseerde schrijvers over 't algemeen geheel misverstaan wordt, en ook gebruikt — zelfs in onze wet — in den

Welke termen
kunnen behouden
worden?

zin van het instellen eener actie tot erkenning der nietigheid of het scheppen van nietigheid, verdiende wellicht het niet-gebruiken van bedoelde uitdrukking aanbeveling.

Ter toetsing aan de voorafgaande uiteenzettingen laat ik hier een kort overzicht volgen van de nietigheidsleer naar *Fransch*, *Duitsch* en *Zwitsersch Recht*.

FRANSCH RECHT.

Ook hier verwarring.

In de „théorie des nullités” van het Fransche Recht ¹⁾ heerscht al even groote, zoo niet nog grooter, verwarring als ten onzent. „Depuis 1804”, zegt PLANIOL, „on n’a pu encore élaborer une théorie des nullités qui soit définitive”. Als één der voornaamste oorzaken dier verwarring noemt deze schrijver ook de *onzekerheid van uitdrukking*, zoowel in de wet als bij de schrijvers heerschend.

Nullité en annullabilité.

De onderscheiding, die het meest schijnt te steunen op den tekst van den Code en op de historie is die tusschen *nullité (de plein droit)* en *annulabilité*. De eerstgenoemde ongeldigheid komt overeen met onze „absolute nietigheid” en eischt geen rechterlijke tusschenkomst, de tweede *kan men alleen laten gelden door rechterlijke uitspraak*.

1) Hiervoor raadplege men: PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 2^e éd., I, benevens BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Des Obligations*, 2^e éd., tome III, 1^e partie.

PLANIOL geeft een beknopt en duidelijk overzicht van de ongeldigheidsleer in een Algemeen Hoofdstuk: *Les principes généraux*. BAUDRY-LACANTINERIE geeft in zijn *Traité théorique et pratique de droit civil*, waarvan de verhandeling „des obligations” een gedeelte vormt, geen algemeen deel; de ongeldigheidsleer wordt behandeld naar aanleiding van de „action en nullité ou en rescision”.

De „actes annulables” zijn dezelfde, als die, welke naar ons recht, volgens de door mij hierboven verdedigde opvatting, onder de „relatief nietige” vallen; echter wijzen de *uitdrukkelijke* woorden van art. 1117 C. ¹⁾ erop, dat men hier getrouw is gebleven aan de herinnering der „in integrum restitutio”. Door de rechterlijke uitspraak, ingeroepen door middel eener „action en nullité ou en rescision” of bij wege van exceptie, wordt de nietigheid *gedecreteerd*, niet geconstateerd. De „annulabilité” komt dus geheel overeen met het door mij hierboven gecritiseerde begrip „vernietigbaarheid”, zooals het bij de meeste onzer schrijvers wordt aangetroffen. Het instellen der actie moet volgens den Code binnen een termijn van *tien* jaar geschieden. Over de vraag, of deze termijn ook voor de exceptie geldt, bestaat strijd. ²⁾

Over de *rechten van derden* zwijgt hier in 't algemeen de Code evenals bij ons. Volgens BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE ³⁾ worden zij, bij vernietiging der contracten, nooit geëerbiedigd, behoudens den regel: *en fait de meubles possession vaut titre*. Bij de huwelijksnietigheid vinden we in de artt. 201 en 202 bepalingen, die overeenkomen met onze artt. 150 en 151 B. W.

Naast deze „nullité de plein droit” en „annulabilité” wordt nu echter nog onderscheiden *inexistence*. ⁴⁾ Het gebruik van dezen term, door de verschillende schrijvers in verschillenden

Annulabilité is niet ons begrip relatieve nietigheid.

Art. 1117 C. eischt, in tegenstelling met onze artt. 1482 en 1485 B.W., uitdrukkelijk een actie tot vernietiging.

Rechten vanderden in het algemeen niet erkend.

Inexistence.

1) Art. 1117 C. luidt: „La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision dans les cas et de la manière expliquée à la section VII du chapitre V du présent titre.

Vg. verder art. 1304 v. en voor de nietigheid van het huwelijk: art. 180 v.

²⁾ t. a. p., p. 377 § 2039.

³⁾ t. a. p., p. 325 § 1980.

⁴⁾ Zie voor het ontstaan en de verbreiding van dezen term: PLANIOL t. a. p., p. 141.

zin gebezigd, heeft de verwarring der begrippen aanmerkelijk grooter gemaakt.

Opvatting van
Aubry en Rau.

Zoo heet het bij AUBRY en RAU: 1) L'acte *inexistant* ou non-venu est celui qui ne réunit pas les éléments de fait que suppose sa nature ou son objet, et en l'absence desquels il est logiquement impossible de le concevoir". De *acte nul* voldoet wel aan alle bestaansvoorwaarden, maar heeft geen kracht, „comme contrevenant à un commandement ou à une défense de la loi". De *nullité* moet *altijd* door den rechter worden uitgesproken, zelfs als de wet spreekt van een „nullité de plein droit". De *inexistence* is geen geval van *nullité*, want wat niet bestaat, kan niet vernietigd worden.

Volgens deze (en andere) schrijvers is dus alle *nullité* eigenlijk *annulabilité* — een meening, die de opvatting, ten onzent door Mr. VAN HAMEL verdedigd, nabij komt. 2)

Tegenover deze meening staat echter die, welke terug te vinden is in de eerstgenoemde onderscheiding; 3) zij zegt, dat er *nullités* (de *plein droit*) zijn, die ook *zonder rechterlijke uitspraak* in aanmerking komen en dusgelijk staan met „*actes inexistants*".

Onderscheiding
bij Baudry-Lacantinerie en Barde.
In *inexistence*
is *nullité* begrepen.

Zoo komen BAUDRY-LACANTINERIE en BARDE tot de onderscheiding tusschen *actes inexistants* (of *apparents*), die slechts feitelijk bestaan, niet rechtens, en *actes annulables*, die aan alle bestaansvoorwaarden voldoen, maar aan een gebrek lijden, op grond waarvan vernietiging door den rechter kan worden gevraagd. Zij laten het begrip van „*nullité de plein droit*" in het begrip „*inexistence*" opgaan, zich daarbij beroepend op

1) T.I. § 37, p. 118 v.

2) Mr. VAN HAMEL gaat echter nog verder: voor hem zijn ook verreweg de meeste gevallen van *inexistence* gevallen van vernietigbaarheid.

3) Zie hierboven blz. 56.

de artt. 1131 en 932 van den Code. „Les actes nuls de plein droit sont en réalité des actes inexistant, mais l'inexistence d'un acte est due tantôt à une cause naturelle et nécessaire, tantôt à une cause établie par le législateur. Au point de vue juridique, la situation est la même dans les deux hypothèses, car, pas plus dans la seconde que dans la première, l'acte ne peut se former". 1)

PLANIOL geeft de voorkeur aan een *drieledige* indeeling, n.l. die in actes *annulables*, *nuls* en *inexistants*. De nullité (de plein droit) is de ware nietigheid, „celle qui fonctionne en principe les prohibitions de la loi" (§ 336). De annulabilité komt slechts als uitzondering voor, n.l. in bepaald aangegeven gevallen. In geval van nullité is er geen „action en nullité" noodig: „le juge n'a pas à casser cet acte, que la loi ne reconnaît pas; la loi s'en est chargée" (§ 338). Wordt de ongeldigheid in twijfel getrokken, dan kan de tusschenkomst van den rechter gevraagd worden, die dan de ongeldigheid (of de geldigheid) heeft te constateeren. Als voorbeeld van deze nullité wordt genoemd het ontbreken van de vormvereischten eener rechts-handeling.

De termen *nullité absolue* en *nullité relative*, die in de practijk meer gebruikt worden dan de uitdrukkingen nullité de plein droit en simple annulabilité, keurt PLANIOL af, omdat zij slechts een bijkomstigen karaktertrek weergeven (nietigheid in het algemeen belang en nietigheid in het belang van bepaalde personen). Het meest kenmerkend verschil is toch gelegen in het onmiddellijke en het middellijke der nietigheid. De acte nul de plein droit heeft geen oogenblik eenig gevolg, de acte annulable bestaat en heeft zijn gevolgen tot op het oogenblik van het rechterlijk vonnis; dan echter

Drieledige in-
deeling bij PLANIOL.

1) t. a. p. § 1931 p. 258 en 259.

wordt de handeling vernietigd „même dans le passé” (§ 343). 1)

„Un acte est *inexistant*, zegt PLANIOL, lorsqu’il lui manque un élément essentiel à sa formation et tel qu’on ne puisse pas concevoir l’acte en l’absence de cet élément” (§ 345). De wet behoeft deze handeling niet nietig te verklaren; zij bestaat slechts in schijn. „C’est sa preuve qu’on discute et qu’on combat plutôt que lui-même” (§ 346). Als essentieële vereischten voor het bestaan eener rechtshandeling in ’t algemeen, noemt PLANIOL den wil, verder als speciale gevallen: den prijs bij den verkoop, verschil in sekse bij het huwelijk. Overigens geeft deze schrijver toe, *dat het verschil tusschen actes nuls en actes inexistants slechts theoretisch is*: „Les actes inexistants et les actes nuls de plein droit se trouvent ainsi confondus dans le même néant; il n’y a de différence entre eux que dans la cause qui les rend stériles: pour l’acte inexistant, c’est l’absence d’un élément nécessaire à sa formation; pour l’acte nul de plein droit, c’est la volonté de la loi” (§ 349).

Practisch komt
Planiol tot dezelfde,
tweeledige
onderscheiding als
Baudry-Lacantinerie.

Wij zien derhalve, dat de eerst aangegeven onderscheiding toch ten slotte zoowel bij BAUDRY—LACANTINERIE als bij PLANIOL wordt aangenomen. Hun verschil van opvatting is slechts theoretisch.

Hun beider meening staat echter — ook praktisch — tegenover die van AUBRY en RAU, welke schrijvers de ongeldige rechtshandelingen, die in strijd zijn met een gebod of verbod van de wet, als gevallen van annulabilité wenschen behandeld te zien. „En somme — zegt PLANIOL — la grosse différence qui sépare les auteurs existe en ceci: les uns admettent des nullités produisant leur effet de plein droit et

1) Dit bezwaar tegen het gebruik der termen absolute en relatieve nietigheid gaat voor ons recht, bij de door mij verdedigde meening, natuurlijk niet op.

sans jugement en vertu de la loi; les autres ne pensent pas que ce résultat puisse jamais se produire et *exigent toujours une sentence de juge* pour que l'acte, une fois accompli, soit réduit à l'état d'inefficacité juridique". „Quant à la jurisprudence, elle est encore incertaine, et les arrêts sont relativement rares."

De onderscheiding van BAUDRY—LACANTINERIE schijnt mij de eenvoudigste, vooral wanneer men de gevallen van annulabilité als excepties beschouwt. De grenslijn tusschen inexistence en nullité in den zin van AUBRY en RAU (en ook die in den geest van PLANIOL) lijkt mij moeilijk te trekken en zal, dunkt mij, vaak tot onzekerheid aanleiding geven.

In elk geval blijkt, dat, zelfs bij de redelijker opvatting van BAUDRY—LACANTINERIE en PLANIOL, voor de gevallen, die naar ons recht relatief nietig behooren genoemd te worden (in den hierboven door mij aangegeven zin), een actie tot vernietiging geëischt wordt. De woorden van den Code (art. 1117) laten geen ander, eenvoudiger middel tot het doen werken der nietigheid toe.

DUITSCH RECHT.

In het D. B. Gesetzbuch wordt wel geen afzonderlijk hoofdstuk aan de ongeldigheid gewijd, maar toch vinden we in het hoofdstuk over „Willenserklärung" in het algemeene deel (§§ 116—144) de hoofdbegrippen aangegeven.¹⁾

Onderscheiden worden *nichtige* en *anfechtbare* Rechtsge-

Nichtigkeit und
Anfechtbarkeit.

1) Voor de Duitse ongeldigheidsleer zijn te raadplegen: de *Motive* zu dem Entwurfe eines B. Gesetzbuches für das D. Reich. Band I. Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte (§§ 216—222)

Bij het volgende overzicht is ook gebruikt het werk van Dr. G. PLANCK: Bürgerl. Gesetzbuch erläutert. I. Einleitung und algem. Teil p. 182 v. en 253 v.

schäfte. Volgens het ontwerp is *nichtig* „dasjenige Rechtsgeschäft, welches hinsichtlich der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen wird, alsob es nicht vorgenommen wäre“. Onder *Anfechtbarkeit* wordt volgens de „Motive“ die Ungültigkeit verstaan, „kraft deren einem Rechtsgeschäft die Gültigkeit nicht sofort, sondern erst dann — dann aber auch rückwärts — entzogen wird, wenn eine darauf bezügliche Willenserklärung von dem hierzu Berechtigten abgegeben wird“. Zoo zegt ook § 142 al. 1 B. G.: „wird ein anfechtbares Geschäft angefochten, so ist es als vom Anfang an nichtig anzusehen“.

Wat is Anfechtung?

De *Anfechtung* bestaat in een eenvoudige verklaring van den wil des *Anfechtungsberechtigten*, dat de rechtshandeling geen werking zal hebben. Anfechtungsberechtigd is hij, ten wiens opzichte de handeling als „mangelhaft“ te beschouwen is, wat uit de verschillende, speciale bepalingen telkens blijkt; in enkele gevallen is het een ander dan de partijen (vg. bijv. § 2080).

De verklaring moet gericht worden tot den *Anfechtungsgegner*. Wie dit is, hangt van den aard der rechtshandeling af; bij overeenkomsten is het de tegenpartij.

Tot aan de *Anfechtung* bestaat er een toestand van onzekerheid. Om deze onzekerheid niet langer te laten duren dan het belang van den *Anfechtungsberechtigten* vordert, is de bevoegdheid tot *Anfechtung* aan (betrekkelijk korte) wettelijke termijnen gebonden (vg. o. a. §§ 121 en 124). Is er echter strijd over de vraag of een handeling anfechtbaar en wie anfechtungsberechtigd is, dan kan de belanghebbende deze onzekerheid eerder doen eindigen door een *Feststellungsklage* (C. P. O. § 256).

De Anfechtung is een voorwaarde om de nietigheid der (angefochten) rechtshandeling in het proces te doen gelden, maar er bestaat strijd over de vraag, of zij ook tijdens het

proces door den procureur en ten overstaan van hem kan geschieden.

Met betrekking tot de *rechten van derden* zegt § 142 al. 2: „Wer die Anfechtung kannte oder kennen musste, wird, wenn die Anfechtung erfolgt, so behandelt wie wenn er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gekannt hätte oder hätte kennen müssen. Voornamelijk beschermen §§ 892—893 (ten opzichte van onroerend goed) en §§ 932—934 ten opzichte van roerend goed) de rechten van derden-verkrijgers te goeder trouw. PLANCK wil — in den geest van het B. G. B. — onder het „kennen müssen” ook hier slechts de op nalatigheid (Fahrlässigkeit) berustende Unkenntnis verstaan.

Rechten van derden.

Het *huwelijk* heeft ook hier wegens zijn bijzonder wezen bijzondere regels geëischt. Een huwelijk kan zoowel nietig als anfechtbaar zijn, maar in 't algemeen is rechterlijke tusschenkomst noodig voor beide soorten van nietigheid. Deze wordt gevraagd bij *Nichtigheids- of Anfechtbarkeitsklage*. ¹⁾ De §§ 1344—1347 regelen de gevolgen tusschen de echtgenooten en ten opzichte van derden. —

Bijzondere regeling bij het huwelijk.

Naast Nichtigheit en Anfechtbarkeit der Rechtsgeschäfte worden nog onderscheiden *schwebende Unwirksamkeit* en *relative Unwirksamkeit*. Onder de eerste wordt verstaan, dat de werking van een rechtshandeling afhangt van een later intredend feit (bijv. toestemming door een derde). *Relativ Unwirksam* worden genoemd de gevallen, dat de handeling in 't algemeen wel gevolgen heeft, maar *tegenover bepaalde personen als niet-bestaand wordt beschouwd*. Dit geldt vooral bij beschikkingen, welke geschied zijn in strijd met een *relatives Veräußerungsverbot*, een vervreemdingsverbod, dat

Relative Unwirksamkeit = Relatieve nietigheid.

¹⁾ Vg. 4e Boek, 3e titel: Nichtigheit und Anfechtbarkeit der Ehe § 1323 v. en C. P. O. §§ 606 v.

slechts de bescherming van bepaalde personen ten doel heeft. In het algemeen heeft de handeling rechtsgevolgen, maar ten opzichte van bepaalde personen wordt zij als niet geschied beschouwd (zie bijv. § 506).

Dit laatste begrip komt overeen met dat der relatieve nietigheid, zooals ik het hierboven omschreef.

Oorzaken voor
Nichtigheit en An-
fechtbarkeit.

Als *oorzaken van Nichtigheit* worden aangeduid: Geschäfts-unfähigkeit, ¹⁾ bewusteloosheid, tijdelijke stoornis der geestvermogens, het ontbreken van den vereischten wil (bij simulatio en scherts), het ontbreken van den voorgeschreven vorm, strijd met een wettelijk verbod of met de goede zeden, onmogelijkheid van praestatie (bij contracten). Met deze gevallen van Nichtigheit zijn gelijk te stellen die, welke de wet enkel als „Unwirksam” aanduidt, of waarvan zij zegt, dat zij „nicht vorgenommen werden können”.

Als *gronden voor Anfechtung* noemt het B. G.: dwaling, geweld, bedrog, en bij het huwelijk: beperking der handelingsbevoegdheid.

Wat het meest treft in de regeling van het Deutsche recht, is de mogelijkheid, om *door eenvoudige wilsverklaring*, zonder rechterlijke tusschenkomst, een handeling als ongeldig te doen beschouwen in gelijke gevallen, als waarin naar het Fransche en, althans volgens de heerschende opvatting, ook naar het Nederlandsche recht, 's rechters uitspraak moet gevraagd worden.

Onbillijke critiek
van Baudry—La-
cantinerie op de
Duitsche regeling.

BAUDRY—LACANTINERIE EN BARDE ²⁾ veroordeelen deze regeling en achten het stellen der noodzakelijkheid van rechterlijke tusschenkomst beter, omdat slechts deze volkomen rechtszekerheid geeft, terwijl de Anfechtung immers nog zelf als onwettig bestreden kan worden, en dus ten slotte toch weer

1) Zie voor „Geschäftsunfähigkeit” en „beschränkte” G. §§ 104—105.

2) t. a. p. § 1935.

een vonnis noodig kan blijken. Naar mijn meening wordt bij deze critiek vergeten, dat het een groot verschil maakt, of men steeds een rechterlijke uitspraak *eischt* dan wel deze slechts *mogelijk* maakt, zoodat de partijen zich alleen dan tot den rechter behoeven te wenden, als de omstandigheden het verlangen.

Dat ik de regeling van het Fransche recht afkeur en die van het Duitsche recht er boven stel, behoeft na mijn critiek op de meeningen der Nederlandsche schrijvers wel geen nader betoog. De Anfechtung is zoo eenvoudig gemaakt, dat het verschil met relatieve nietigheid, zooals ik mij die voorstel, *practisch* zeer gering is.

Met het door mij omschreven begrip der relatieve nietigheid stemt echter de *relative Unwirksamkeit* volkómen overeen. Aan het beroep op deze nietigheid behoeft geen afzonderlijke, uitdrukkelijke wilsverklaring in den zin der Anfechtung, vooraf te gaan.

ZWITSERSCH RECHT.

Ten slotte verwijs ik hier nog naar het *Schweizerische Obligationenrecht*, dat bij dwaling, bedrog en geweld van *Unverbindlichkeit* spreekt (§§ 18, 24, 26, 28).

Zoo zegt o.a. Art. 18: „Der Vertrag ist für denjenigen Teil unverbindlich, welcher sich bei Abschluss desselben in einem wesentlichen Irrtum befunden hat”.

En art. 28 luidt: „Wenn der durch Irrtum, Betrug oder Furcht beeinflusste Teil binnen Jahresfrist weder dem andern eröffnet, dass er den Vertrag nicht halte, noch eine schon erfolgte Leistung zurückfordert, so gilt der Vertrag als genehmigt”.

Een overeenkomstige regeling geldt voor geval van minderjarigheid.

Unverbindlichkeit
bij dwang, dwaling,
bedrog en beper-
king der handelings-
bevoegdheid.

Art. 30 al. 1 zegt: „Minderjarige und Volljährige, soweit ihnen die Vertragsfähigkeit entzogen ist, können nur mit Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter Rechte aufgeben oder Verpflichtungen übernehmen“.

En art. 32 verklaart: „Ein Vertrag, welcher ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters abgeschlossen worden ist, kann durch denselben oder durch die Partei selbst, wenn diese inzwischen die Vertragsfähigkeit erlangt hat, genehmigt werden.

Der andre Teil wird frei, wenn die Genehmigung nicht innerhalb einer angemessenen Frist erfolgt, welche er selbst ansetzen oder durch eine zuständige Behörde ansetzen lassen kann“.

In de genoemde gevallen is dus één der partijen niet gebonden. Hij kan binnen een bepaalden tijd jegens de tegenpartij verklaren, dat hij het contract niet wenscht na te komen. Heeft hij gepraesteerd, dan kan hij een actie tot terugvordering instellen (zonder opzettelijke Anfechtungserklärung). Wordt nakoming van hem geëischt, dan kan hij zich met een eenvoudig beroep op de nietigheid verdedigen. Door bekrachtiging wordt hij verbonden; evenzoo door het eenvoudig laten voorbijgaan van een zekeren termijn. In het laatste geval wordt echter bij „Geschäftsunfähigkeit“ de tegenpartij vrij. ¹⁾

1) Zie echter ook Art. 33: Erfolgt keine Genehmigung, so ist jeder Teil befugt, die schon vollzogene Leistung zurückzufordern. Der nicht gebundene Teil haftet nur so weit, als die Leistung für ihn nützlich verwendet worden, oder als er zur Zeit der Rückforderung noch bereichert ist oder sich böswillig der Bereicherung entäußert hat.

Hat er die andre Vertragspartei zu der irrtümlichen Annahme seiner Vertragsfähigkeit verleitet, so ist er ihr für den verursachten Schaden verantwortlich.

Van den bedrogene etc. hangt het dus af, of hij wil, dat de overeenkomst gevolg zal hebben of niet.

Wat de *rechten van derden* betreft, beschermt art. 205 1) den „gutgläubigen Erwerber“ einer beweglichen Sache, terwijl art. 973 2) van het Zivilgesetzbuch (1907) de rechten van derden ten opzichte van onroerende zaken waarborgt.

Rechten van derden.

Uit dit alles blijkt, dat het begrip *Unverbindlichkeit* volkomen beantwoordt aan dat der relatieve nietigheid, naar de opvatting die ik hierboven trachtte aan te geven.

Wat het huwelijk aangaat, zijn ook hier weer bijzondere regels noodig geacht. Hier worden onderscheiden (als in het D. B. G.) Nichtigheit en Anfechtbarkeit; in beide gevallen wordt tusschenkomst van den rechter vereischt.³⁾

Bijzondere regeling voor het huwelijk.

1) Art. 205 O.R.: Vorbehältlich der Bestimmungen über gestohlene oder verlorene Sachen erlangt der gutgläubige Erwerber einer Sache das Eigentumsrecht, auch wenn der Veräußerer nicht Eigentümer war. Unter den gleichen Voraussetzungen erlöschen sonstige dingliche Rechte Dritter an der Sache.

2) Art. 973 Z. G.: Wer sich in gutem Glauben auf einen Eintrag im Grundbuch verlassen und daraufhin Eigentum oder andre dingliche Rechte erworben hat, ist in diesem Erwerbe zu schützen.

Art. 974 Z. G. zegt: Ist der Eintrag eines dinglichen Rechts ungerechtfertigt, so kann sich der Dritte, der den Mangel kennt oder kennen sollte, auf den Eintrag nicht berufen.

Ungerechtfertigt ist der Eintrag, der ohne Rechtsgrund oder aus einem *unverbindlichen Rechtsgeschäft* erfolgt ist.

Wer durch einen solchen Eintrag in seinem dinglichen Recht verletzt ist, kann sich unmittelbar gegenüber den gutgläubigen Dritten auf die Mangelhaftigkeit des Eintrages berufen.

3) Zie verder Z. G. §§ 120—136.

HOOFDSTUK III.

DE NIETIGHEID IN DE ARTIKELEN 42 F. EN 1377 B. W.

Doel van dit
hoofdstuk.

Na de uiteenzetting der beginselen, die naar mijn meening met betrekking tot de ongeldigheid van rechtshandelingen dienen gevolgd te worden, meen ik te kunnen overgaan tot bespreking der artikelen 42 F. en 1377 B. W., ten einde de bedoeling van den wetgever aan die rechtsbeginselen te toetsen. Ik zal daarbij de meeningen van verschillende schrijvers nader hebben te onderzoeken om te kunnen komen tot beantwoording der vraag, hoe de artikelen dienen toegepast. Ook zal ik bij mijn critiek de vraag moeten beantwoorden, hetzij mijn oordeel gunstig of ongunstig voor den wetgever uitvalt, of het deze gelukt is door een duidelijke redactie zijn bedoeling, blijkend uit de Memorie van Toelichting, op juiste wijze kenbaar te maken. Het antwoord op die vraag zal voor een deel ook gegeven worden door de jurisprudentie, waarmede ik ten slotte de resultaten van mijn onderzoek zal vergelijken.

Schrijvers over
de oude redactie
van art. 1377 B. W.
Twee verschillende
opvattingen.

Wanneer men de voornaamste schrijvers over de *oude* redactie van art. 1377 B. W. raadpleegt, dan blijken in hoofdzaak twee opvattingen omtrent den aard der „*actio Pauliana*” tegenover elkaar te staan, nl. die, welke in de rechtsvordering

een actie tot *vernietiging* ziet, en die, volgens welke zij een actie tot *nadeelherstel* genoemd moet worden.

De eerste meening wordt uitgesproken door OPZOOMER ¹⁾, DIEPHUIS ²⁾ en COLLARD ³⁾. De beide laatste nemen volkomen werking *ex tunc* aan; OPZOOMER acht deze onzeker.

De tweede opvatting vindt men bij VAN LEYDEN ⁴⁾ en Mr. N. A. L. LAND ⁵⁾. De grond der actie is volgens VAN LEYDEN: „onredelijke verrijking”, volgens LAND deels ook „delict”. Beide geven echter toe, dat de wetgever een ongeldigheidsactie heeft gewild. Op historische gronden verdedigen zij werking *ex nunc*, ten opzichte van derden-verkrijgers onder bezwarenden titel en te goeder trouw.

Tusschen deze beide opvattingen nemen een bijzondere plaats in de meeningen van CAROLI ⁶⁾, MODDERMAN ⁷⁾ en TABINGH SUERMONDT ⁸⁾.

Bijzondere meeningen.

Volgens Mr. CAROLI is de *actio Pauliana* wel een vernietigingsactie, maar „de vernietiging behoeft niet ten gevolge te hebben, dat de handeling volstrekt geen werking heeft. De frauduleuze handeling wordt alleen in zoover nietig, dat de schuldeischer zijn executierecht terugkrijgt”. „Voor het overige zal de rechtshandeling haar gevolgen blijven behouden. Het

1) t. a. p. blz. 161, noot 4.

2) t. a. p. blz. 459 en 460.

3) Mr. P. L. A. COLLARD. De *actio Pauliana*, Prschr. Utrecht 1880, blz. 8 v.

4) t. a. p. blz. 87.

5) De *actio Pauliana* en hare historische ontwikkeling, Prschr. Groningen 1896.

6) De *actio Pauliana* in het Fransche en Nederlandsche recht. Rg. Bijdr. IIe Jg. (86/87) Afd. D, blz. 3 v.

7) Mr. A. MODDERMAN SZN. Werking der *actio Pauliana* ten opzichte van een door derden verkregen hypotheekrecht, Prschr. Groningen 1886.

8) De voorgestelde wijziging van art. 1377, Prschr. Leiden 1894.

vervreemde goed blijft in het vermogen van den adquirent en keert niet in dat van den schuldenaar terug" (blz. 31). Een bepaalde uitspraak omtrent de rechten van derden vinden we hier dus niet.

Mr. MODDERMAN acht het doel der Pauliana niet vernietiging, maar „terugroeping van den vervreemden waarborg, opdat alsnog de schuldeischer zijn recht kan uitoefenen, maar alleen voor zoover dat recht gaat; is er meer vervreemd, dan werkt daartegen de Pauliana niet, evenmin als zij werkt, waar goede trouw bestaat" (blz. 48).

Mr. TABINGH SUERMONDT ziet in de rechtsvordering wel een vernietigingsactie, maar van zeer bijzonderen aard, geheel verschillend van de acties der artt. 1482 en 1485 B. W. Hij acht de handeling „op zich zelf volkomen in orde". Beide partijen waren volkomen bevoegd de verbintenis aan te gaan, aan *derden* (schuldeischers) wordt gelegenheid gegeven tegen een handeling op te komen, omdat deze inbreuk heeft gemaakt op hun rechten. Slechts ten aanzien en ten voordeele van hen werkt de vernietiging, ten opzichte van de contracteerende partijen blijft de handeling bestaan" (blz. 25). Alleen „de inbreuk op het recht der schuldeischers is de grond der nietigverklaring, dus kan zij alleen tegenover derden werken, wanneer zij zich aan deze inbreuk hebben medeplichtig gemaakt" (blz. 26).

Rechtspositie
van derden onder
de oude regeling.

Uit dit overzicht kan blijken, dat de oude redactie van art. 1377 B. W. tot geheel uiteenlopende beschouwingen over aard en gevolgen der actie aanleiding gaf. Voornamelijk wat de werking tegenover derden betrof, had deze strijd — ook in faillissement, want de overeenkomstige artt. 776 en 777 W. v. K. regelden de gevolgen evenmin voldoende — ook *practische* betekenis. De *jurisprudentie* beschouwde de rechts-

vordering als een actie tot vernietiging en liet, in eenzijdige dogmatische redeneering, geen rechten van derden te goeder trouw gelden. ¹⁾

Wat den aard der ongeldigheid betreft, vond ik bij die schrijvers, welke deze verdedigen, steeds het oude begrip „vernietigbaarheid”; geen van hen bleek mij gedacht te hebben aan de mogelijkheid, rauwelijs te ageeren tot terug-gave van goederen op grond van nietigheid. ²⁾

Geen relatieve
nietigheid in de
oude regeling.

Aan den strijd over den aard van het rechtsmiddel heeft intusschen *de nieuwe regeling* niet geheel en al een einde gemaakt. In mijn eerste hoofdstuk gaf ik reeds een beknopt overzicht van dien strijd, waarbij ook de opvattingen van Prof. HAMAKER, Prof. LAND, Mr. BELINFANTE en Mr. VAN HAMEL in het kort werden weergegeven.

Strijd niet be-
eindigd door de
nieuwe regeling.

Mr. VAN LEIJDEN meent ook volgens het *Ontwerp* den rechtsgrond der actie in „onredelijke verrijking” te moeten zien. De strekking acht hij „een zeer onvolkomen en zeer relatieve ongeldigheid” — onvolkomen wegens de mogelijkheid van het rauwelijs ageeren en de erkenning der rechten van derden te goeder trouw (blz. 87 en 88). De schrijver acht het verkeerd, dat de wetgever nog steeds het ongeldigheidsstandpunt handhaafde; blijkbaar meent hij, dat alleen het

1) De reeds genoemde dissertatie van Mr. MODDERMAN werd geschreven als critiek op twee arresten (van het Hof te Leeuwarden, dd. 20 Dec. 1882. W. 4862 en van den Hoogen Raad van 28 Maart 1884. W. 5019), waarbij beslist werd, dat met de vernietiging van een in fraudem creditorum geschieden verkoop ook de hypotheek vervalt, door een derde, hoezeer te goeder trouw, na dien verkoop op het goed verkregen.

2) Deze mogelijkheid werd — met betrekking tot art. 777 K. — ontkend door de Rb. te Amsterdam (10 Juli 1877, R.B. 1878, B, blz. 9).

begrip „vernietigbaarheid” (in den traditioneeelen zin van dat woord) *dogmatisch* hier te verdedigen zou zijn. ¹⁾

Volgens Mr. LAND ²⁾ geeft het ontwerp den crediteuren een delictsactie tot tenietdoening van dat gedeelte der handeling, dat hen benadeeld heeft, tegen den mede-contractant en den rei successor te kwader trouw. Tegen den begiftigde is de vordering een verrijkingsactie.

Mr. TABINGH SUERMONDT ³⁾ aanvaardt, naar de nieuwe redactie van art. 1377 B.W., het begrip relatieve nietigheid, zooals het door de Memorie van Toelichting werd gegeven.

Behalve door de commentatoren der faillissementswet: MOLENGRAAFF ⁴⁾ en VEEGENS ⁵⁾ wordt die opvatting ook gedeeld door Mr. C. ASSER. ⁶⁾

Dat de *wetgever* zelf bij de samenstelling der nieuwe artikelen zeer stellig *nietigheid* der omschreven handelingen van den debiteur wilde, heb ik hierboven, in mijn eerste hoofdstuk trachten aan te toonen. Niet rechtstreeks, maar *indirect*, door te zeggen, „dat de nietigheid kan worden ingeroepen”, zegt hij, dat die handelingen onder de genoemde omstandigheden nietig zijn, maar alleen ten bate van den boedel of de crediteuren. M.a.w. *de wetgever verklaart de omschreven handelingen als niet-bindend voor den boedel of de crediteuren, als relatief nietig.*

De vraag is nu, of hij juist oordeelde, toen hij in de be-

1) Vg. ook blz. 93 van zijn proefschrift.

2) t. a. p. blz. 119 en 123.

3) t. a. p. blz. 40 v.

4) De Faillissementswet verklaard, blz. 183 v.

5) Het faillissement en de surséance van betaling, 4e druk, blz. 80.

6) Handleiding III blz. 275.

doelde handelingen zulk een gebrek aanwezig achtte, dat zij door hem als nietig moesten worden gekenmerkt.

Het antwoord op deze vraag hangt niet alleen af van de wijze, waarop men het karakter dier handelingen beoordeelt, maar ook van de opvattingen omtrent het begrip nietigheid. De verwarring, die in de nietigheidsleer heerscht, heeft ook hier weer tot geheel uiteenlopende beschouwingen geleid.

Bij mijn, nu volgende, beoordeeling meen ik gebruik te mogen maken van de conclusiën, waartoe de gedachten over de ongeldigheid van rechtshandelingen mij voerden.

In een *historische* beschouwing van den aard der Pauliana, die overigens bij de verschillende, zoeven genoemde, schrijvers tot verschillende uitkomsten leidde,¹⁾ meen ik hier niet te moeten treden. Daar toch de wetgever uitdrukkelijk van nietigheid spreekt, meen ik mij te kunnen bepalen tot de vraag *of deze opvatting te rechtvaardigen is naar de eischen van het rechtsverkeer en in overeenstemming met de beginselen der ongeldigheid*. Wanneer deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, dan mag overigens een eventueele afwijking van de lijn der historie den wetgever niet ten kwade worden geduid. Immers een goed wetgever heeft zich allereerst te richten naar de eischen van het rechtsverkeer en daarvoor een passende regeling te ontwerpen.

Let men uitsluitend op het algemeene rechtsbeginsel, dat iedereen volkomen bevoegd is tot het verrichten van rechtshandelingen, indien niet een uitdrukkelijke wetsbepaling hem daarin beperkt, dan is men geneigd te verklaren, dat alle

¹⁾ Zie bijv. den strijd bij de onderscheiden schrijvers over aantal en aard van de rechtsmiddelen der crediteuren in het Romeinsche recht.

Oordeelde de wetgever juist?

Het antwoord houdt verband met de opvattingen omtrent nietigheid.

Nadere beoordeeling van de opvatting des wetgevers.

handelingen van den debiteur volmaakt geldig zijn. Immers een uitdrukkelijke beperking is niet rechtstreeks in de wet te lezen. Maar — zou ik willen vragen — zeggen de artikelen 1377 B.W. en 42 F. dan niet *indirect*, dat de debiteur niet tot de daarin omschreven handelingen bevoegd is, althans ten opzichte van de crediteuren? Toegegeven — kan men mij tegenwerpen — maar dat indirecte verbod is juist onverdedigbaar. Ik meen echter, dat deze beperking der handelingsbevoegdheid zeer goed te verdedigen valt. Immers art. 1177 B.W. — de Memorie van Toelichting merkt het m.i. juist op — stelt tegenover het eerstgenoemde beginsel een ander, aloud rechtsprincipe, dat de goederen van den debiteur als waarborg voor de crediteuren dienen te worden beschouwd. En wanneer nu de debiteur in strijd daarmee handelt, wanneer hij „het onderpand zijner schuldeischers willens en wetens ten hunnen nadeele vermindert of wegmaakt, dan kan hij gezegd worden te kwade trouw te handelen”.¹⁾ Mag dus de wetgever niet verklaren: Ik wil, dat de handeling niet bindend is voor de crediteuren, dat zij *ten hunne opzichte ab initio nietig* zij?

Voorwaarden
voor het beroep der
crediteuren.

De handelingen van den debiteur kunnen door de crediteuren als nietig worden aangemerkt, als er zich *vier* omstandigheden daarbij voordoen: Zij moeten onverplicht zijn verricht; de crediteuren moeten er door zijn benadeeld; de debiteur moet bij het verrichten ervan geweten hebben, dat deze benadeeling het gevolg ervan moest zijn en ten slotte: ook bij den mede-contractant (of hem, ten wiens behoeve de debiteur handelde) moet deze wetenschap bestaan hebben.

Vierde voor-
waarde behoorde
niet gesteld te zijn.

Dit *vierde vereischte* nu lijkt mij minder gelukkig gesteld. Immers reeds de wetenschap van den debiteur alleen kenmerkt de handeling als een ongeoorloofde, terwijl nu, bij het lezen

1) Vg. M. v. T. blz. 80.

der laatstgestelde voorwaarde, de indruk kan ontstaan, dat door het ontbreken der wetenschap bij den mede-contractant de handeling het karakter van ongeldigheid verliest. En dit kan de wetgever toch wel niet bedoeld hebben. Aan het ongeldigheidskarakter van het verwerpen eener erfenis met de wetenschap van benadeeling der crediteuren mag toch het gemis der wetenschap bij den opvolgenden erfgenaam niets afdoen! *Zuiverder ware het in het stelsel van den wetgever geweest, de bescherming van den mede-contractant, die te goeder trouw was — gelijk die van den derde-verkrijger te goeder trouw* ¹⁾ — *als een exceptie voor te stellen.* Nu heeft dit verschil, tusschen mede-contractant en derde-verkrijger gemaakt, geen *practische* beteekenis, indien men althans aan den regel der artt. 589 en 2002 B. W. een algemeene strekking mag geven. ²⁾ Immers rust dan de bewijslast der kwade trouw ook van derden-verkrijgers op den curator of — buiten faillissement — op den schuldeischer.

Toch ware, door den mede-contractant met den derde-verkrijger op één lijn te stellen, een uitlegging voorkomen, als die, door Mr. VAN LEYDEN gegeven, waar hij in het Ontwerp als rechtsgrond der actie „onredelijke verrijking” meent te mogen lezen. De Memorie van Toelichting geeft tot deze opvatting eenige aanleiding door de woorden, op

Verkeerde uitlegging bij Mr. Van Leyden.

1) Vg. art. 51 al. 3 F.

2) Als argument voor deze algemeenheid kan o.a. ook op art. 1364 al. 2 gewezen worden.

Intusschen, wij missen een algemeene bepaling als in de Einleitung van het Schweizerische Zivilgesetzbuch: Wo das Gesetz eine Rechtswirkung an den guten Glauben einer Person geknüpft hat, ist dessen Dasein zu vermuten. Wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte, ist nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen (art. 3).

blz. 88 voorkomend: „Immers de rechtsgrond der verbintenis des derden, om 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.” VAN LEYDEN vergeet echter, dat het rechtsmiddel ook kan worden aangewend, waar nog niet gepraesteerd is door den debiteur, dus nog van geen verrijking sprake kan zijn geweest.

Intusschen de wetgever had behooren vast te houden aan zijn beginsel, dat de onverplichte handeling alleen reeds door de wetenschap van den *debiteur* (de benadeeling van zijn crediteuren) haar ongeoorloofd karakter krijgt. Beter lijken mij dan ook de woorden der Memorie van Toelichting op art. 44: „Indien in het Ontwerp niettemin de goede trouw van den begiftigde niet in aanmerking genomen wordt, waar het de vraag geldt de nietigheid van gedane schenkingen ten behoeve van den boedel aan te nemen” enz. Klaarblijkelijk heeft de wetgever dus wel de opvatting, dat het bewijs van de wetenschap bij den mede-contractant gelijk staat met het bewijs van zijn kwade trouw. Hij zou echter consequenter zijn gebleven bij zijn nietigheids-beginsel en toch hetzelfde resultaat bereiken hebben, *indien in één artikel ware vermeld, dat de goede trouw van den mede-contractant bij een overeenkomst onder bezwarenden titel en van den derde-verkrijger worden geëerbiedigd. Art. 44 ware dan overbodig geworden.*

— LIBOUREL ¹⁾ zou wenschen, dat het vereischte der wetenschap evenmin bij den debiteur als bij den mede-contractant ware gesteld: „Burgerrechtelijk is niet het *oogmerk* ²⁾ der

De rechtspositie van den mede-contractant diende juist voorgesteld.

1) Schenking, Prschr., Leiden 1905, blz. 122.

2) De schrijver verwacht hier „oogmerk” en „wetenschap”.

benadeeling, maar het objectieve feit van benadeeling reden voor tusschenkomst der wet". Hij acht „den voornaamsten rechtsgrond voor de teruggave niet des derden medewerking, maar het genoten voordeel" (blz. 123). Ik meen echter, dat met deze verklaring den woorden van de wet geweld wordt aangedaan. —

Ook zonder aanwezigheid der vierde voorwaarde, in art. 42 F genoemd, ware de wetgever volkomen gerechtigd geweest de gewraakte handelingen van den debiteur ongeldig te verklaren.¹⁾ Ik kan dus niet instemmen met de meening van Prof. HAMAKER, hierboven²⁾ vermeld, dat die handelingen op zich zelf volkomen geldig zijn, maar de crediteuren door rechterlijke uitspraak verdere werking kunnen voorkomen, kan ik ook niet in overeenstemming brengen met de wettelijke regeling der rechtspositie van derden-verkrijgers. De bescherming van derden te goeder trouw wordt immers als een exceptie voorgesteld, als een tegemoetkoming aan de eischen van het rechtsverkeer, terwijl bij de rechtsconstructie, door mijn hooggeachten leermeester gegeven, die bescherming geen bijzondere bepaling zou geëischt hebben, daarentegen een uitzondering moest zijn gemaakt voor derden, die te kwader trouw verkregen.

De nietigheid der handelingen, in de artt. 42 F en 1377 B.W. omschreven, bestaat alleen ten bate van den boedel of der crediteuren. Zij is dus een *relatieve*, een *persoonlijke*, in den

De meening van Prof. Hamaker kan niet op de wet berusten.

De nietigheid een persoonlijke.

1) In dezen zin oordeelde reeds onder de oude redactie Mr. COLLARD, wiens uitspraak, op blz. 8 van zijn proefschrift voorkomend, ik mutatis mutandis, als bevestiging van mijn meening zou kunnen aanhalen: „Ook in de rechtshandelingen des schuldenaars, waarvan hier sprake is, ligt de kiem tot vernietiging opgesloten. Die kiem is hier: de bedriegelijke bedoeling, hetzij van den schuldenaar alleen, hetzij van den schuldenaar en zijnen mede-contractant".

2) Blz. 5. Zie ook blz. 20 en 51.

zin, dien ik in het vorig hoofdstuk aangaf. Wanneer we dit geval vergelijken met die van de artt. 1482 en 1485 B.W., dan treft ons dit verschil, dat hier een beroep op de nietigheid kan worden gedaan door personen, *die bij de behandeling niet partij waren*. Dit moge op het eerste gezicht vreemd lijken, op zich zelf staat het geval niet. Men denke bijv. aan de handelingen eener getrouwde vrouw, waarvan op grond van art. 171 B.W. de nietigheid ook door den man kan worden ingeroepen.

Is een actie
noodig?

Zijn ook de andere eigenschappen van het begrip relatieve nietigheid aanwezig? Is het juist, dat geen afzonderlijke actie tot verkrijging van 's rechters uitspraak omtrent de ongeldigheid vereischt wordt?

Het antwoord luidt ontkennend in LAND'S Verklaring, ook bij BELINFANTE en VAN HAMEL.

Eigenaardige
opvatting bij Prof.
Land.

Prof. LAND schijnt wel de consequenties der relatieve nietigheid te aanvaarden in faillissement; eigenaardig mag het heeten, dat hij buiten faillissement een actie tot nietigverklaring noodig acht. Waarschijnlijk is deze meening gegrond op de vermelding der Pauliana in art. 1490 B.W., in één verband met de acties van de artt. 1482 en 1485. Zeer zeker ware het beter geweest, misverstand te voorkomen, door den vervaltermijn der bedoelde actie in art. 1377 zelf te vermelden. Intusschen tot onstandvastigheid van den wetgever kan niet door deze minder goede plaatsing geconcludeerd worden. Immers — ik merkte het hierboven reeds op — de artt. 1482 en 1485 stellen volstrekt niet het uitdrukkelijke vereischte, maar slechts de *mogelijkheid* van het instellen eener actie, en deze mogelijkheid bestaat immers ook voor de benadeelde crediteuren.

Minder juiste
plaatsing van den
fatalen termijn in
art. 1490 B. W.

Niets belet hen — wanneer nog niet door den debiteur aan een hen benadeelend contract voldaan is, is het zelfs de aangewezen weg tot het verkrijgen van zekerheid —

van den rechter een constateering der nietigheid te vragen.

Ook volgens Mr. BELINFANTE moet eerst een actie tot vernietiging worden ingesteld; daarna pas kan herstel in den vorigen toestand plaats hebben. Zijn bezwaren, tegen de opvatting des wetgevers geuit, komen gedeeltelijk voort uit zijn m. i. onjuiste onderscheiding tusschen relatieve nietigheid en vernietigbaarheid. ¹⁾ Deze bezwaren zijn drieërlei:

1°. De eerste alinea van art. 51 F — bepalende, dat, hetgeen door de nietige handeling uit het vermogen van den schuldenaar gegaan is, door hem, tegen wien de nietigheid wordt ingeroepen, teruggegeven moet worden — zou bij relatieve nietigheid overbodig, bij vernietigbaarheid daarentegen zeer goed verklaarbaar zijn.

Naar mijn meening is deze alinea echter zeer goed te lezen als inleiding tot de overige bepalingen van het artikel, althans niet zoo overbodig te achten als bijv. art. 1396 na art. 1395 van het Burgerlijk Wetboek.

2°. Ook het derde lid van art. 51 F: „Rechten op het terug te geven goed, door derden te goeder trouw verkregen, worden geëerbiedigd”, zou alleen bij vernietigbaarheid te verklaren zijn.

Bij relatieve nietigheid zou dus het principe van bescherming der rechten van derden-verkrijgers te goeder trouw niet in aanmerking mogen komen. In mijn beschouwing omtrent dit principe, hierboven op blz. 48 v. gegeven, meen ik een voldoende weerlegging van dit tweede bezwaar te mogen zien. *Ook hier bracht de wetgever het beginsel der nietigheid in evenwicht met de belangen van het rechtsverkeer.*

Een uitdrukkelijke bepaling was hier noodig, omdat in ons recht een algemeen artikel omtrent de bescherming van derden

Meening van Mr. Belinfante. Hij heeft drie bezwaren tegen des wetgevers opvatting.

Het beginsel der nietigheid getemperd door het vertrouwensbeginsel.

1) t. a. p. blz. 52 v.

ontbreekt. Dit gold — omdat de artt. 2014, 1198 al. 5 B.W., 237 en 241 K. den bezitter te goeder trouw van roerend goed beschermen — vooral ten opzichte van onroerend goed. En de practijk had den wetgever geleerd, dat het niet-erkennen van het vertrouwens-beginsel in de jurisprudentie tot zeer onbillijke beslissingen leidde. De Memorie van Toelichting verwijst ten bewijze daarvan naar de vonnissen, door Mr. MODDERMAN in zijn dissertatie gecritiseerd.

Onjuiste opvatting van Mr. Land.

In het proefschrift van Mr. LAND vind ik omtrent deze regeling der rechtpositie van derden m. i. geheel onjuiste beschouwingen. Volgens dezen schrijver zou de aansprakelijkheid van derden-verkrijgers te kwader trouw niet in overeenstemming zijn met het stelsel der Faillissementswet. Dit stelsel zou n.l. uitgaan „van het delict van den debiteur en den mede-contractant slechts verantwoordelijk stellen voor zoover hij medeplichtig is”. „Op medeplichtigheid aan het delict van den debiteur kan deze aansprakelijkheid van den verkrijger te kwader trouw niet gebaseerd zijn; de wetgever moet hiervoor dus een anderen grond aangenomen hebben, waarschijnlijk een onrechtmatige daad, bestaande in het onmogelijk maken van de actie tegen den mede-contractant”. Welk een moeilijke en ingewikkelde voorstelling van een eenvoudige zaak — geheel in strijd met de woorden en bedoeling van den wetgever. Het uitgangspunt van den wetgever — de nietigheid der handeling — wordt hierbij geheel uit het oog verloren.

3°. Het derde bezwaar, door Mr. BELINFANTE tegen het aannemen van relatieve nietigheid ingebracht, dat de vordering tot nietigverklaring volgens art. 1490 B.W. aan een termijn gebonden is, acht ik evenmin overtuigend. „Hiermede — aldus Mr. BELINFANTE — is de nietigheid veroordeeld; dan kan de vordering aan geen termijn gebonden zijn, zal ten

allen tijde de terugvordering van het gegevene, bevrijding van datgene, waartoe men zich verbonden heeft, vrijstaan.” Er kan hier slechts sprake zijn van twee rechtsvorderingen, n.l. van die tot het doen constateeren (door den rechter) van de nietigheid en van de revindicatie op grond van nietigheid. Nu acht ik het aan geen twijfel onderhevig, dat deze revindicatie, omdat zij geschiedt met beroep op de nietigheid, evenals de actie tot het vragen van constateering der nietigheid, aan een fatalen termijn van vijf jaar gebonden is. 1) En wat betreft de eerstgenoemde actie, waarom zou de wetgever de mogelijkheid om een rechterlijke uitspraak omtrent de nietigheid te verkrijgen, niet binnen zekeren tijd mogen begrenzen? De belangen van het rechtsverkeer eischen ook hier beperking bij het doen gelden van het nietigheidsbeginsel.

Wat ten slotte de opvatting van Mr. VAN HAMEL betreft, dat hij ook voor het in aanmerking doen komen der nietigheid van artt. 42 F. en 1377 B. W. steeds een uitdrukkelijk vonnis noodig acht, is een consequentie van zijn leer, door mij hierboven 2) bestreden. Met de verwerping van die leer vervalt voor mij natuurlijk ook deze consequentie daarvan.

Achtereenvolgens heb ik de bezwaren nagegaan, tegen de opvatting van onzen wetgever, zooals zij mag gerekend worden te zijn weergegeven in de Memorie van Toelichting, ingebracht. Zij hebben mij niet kunnen overtuigen van de onjuistheid dier opvatting. Ik meen te hebben aangetoond, dat inderdaad de door den wetgever gewraakte handelingen van den debiteur nietig mogen genoemd worden. In deze ongeldigheid een

Verjaring en fatale termijn niet in strijd met het beginsel van relatieve nietigheid.

De meening van Mr. Van Hamel in Hoofdstuk II reeds bestreden.

De opvatting van den wetgever is de juiste.

1) Vg. hierboven blz. 54.

2) Zie blz. 91.

bizonder geval te zien, waarop de eigenschappen van het begrip nietigheid, zooals ik dit in mijn tweede hoofdstuk omschreef, niet van toepassing zouden zijn, bleek mij onmogelijk. Er bleef dus slechts te kiezen tusschen absolute en relatieve nietigheid, en die keuze was bijzonder gemakkelijk, omdat immers de ongeldigheid alleen in het belang der crediteuren of van den boedel is voorgeschreven. *Mijn conclusiën, in het tweede hoofdstuk met betrekking tot de „persoonlijke nietigheid” gegeven, meen ik derhalve ten opzichte der ongeldigheid in de artt. 42 F. en 1377 B. W. omschreven, te mogen handhaven.* En dan blijken krachtens deze bepalingen vier rechtsmiddelen te bestaan, waaruit, naar den eisch der omstandigheden, in verband met den aard der door den debiteur verrichte handelingen (vervreemdingen, afstand van rechten, het aangaan van verbintenissen enz.) een keuze kan worden gedaan:

Toepassing der artikelen.
Vier rechtsmiddelen.

- 1°. De curator (volgens 1377 B. W.: de crediteur) kan van den rechter vragen (met een actie tot nietigverklaring), de nietigheid te willen constateeren.
- 2°. Op grond der nietigheid kan *onmiddellijk* een revindicatie worden ingesteld tegen den mede-contractant onder bezwarenden titel en den derde-verkrijger, die te kwader trouw verkregen, alsmede tegen elken begiftigde-mede-contractant.
- 3°. Bij onmogelijkheid der voldoening aan de revindicatie kan *schadevergoeding* worden geëischt.
- 4°. Tegen hem, die nakoming der nietige overeenkomst eischt, kan de curator (volgens 1377 B.W. — de crediteur) zich door beroep op de nietigheid, bij wege van *eenvoudige exceptie*, verweren.

De wetgever heeft — behoudens het derde geval, in art. 51 F — deze verschillende rechtsmiddelen niet genoemd. Dit was ook volkomen overbodig. Hij erkende ze immers

door eenvoudig het beroep op de nietigheid toe te laten. Men moge op de redactie van de artikelen wellicht aanmerking kunnen maken (waarover straks nader), zeker dient de wetgever geprezen voor het vinden van een eenvoudige formule van een zoo groote draagkracht. ¹⁾

Het eerste rechtsmiddel zal, als niet noodzakelijk, weinig of nooit gebruikt worden. Intusschen het gebruik er van is mogelijk. ²⁾

Het belang der erkenning van het tweede rechtsmiddel blijkt vooral, als men denkt aan de werking van art. 2014 B.W. en art. 51 al. 3 F. Moest eerst een actie tot constateering der nietigheid worden ingesteld en kon dus niet terstond revindicatoor beslag worden gelegd, dan zou inmiddels de roerende zaak van den gedaagde in het bezit van een derde te goeder trouw kunnen zijn overgegaan, en hoogstens van den gedaagde nog schadevergoeding kunnen worden verkregen. Aangezien er geen revindicatoor beslag op onroerend goed bestaat, is de mogelijkheid niet uitgesloten, dat zelfs bij een onmiddellijke revindicatie de curator zijn doel niet bereikt, indien tijdens het proces de gedaagde het goed aan een ander, die te goeder trouw is, overdraagt.

Belang van
het tweede rechts-
middel.

Kan echter de curator een *revindicatie* instellen?

Naar de bedoeling van den wetgever — de Memorie van Toelichting bespreekt het als een der hoofdbeginselen van de Faillissementswet — blijft de schuldenaar eigenaar van

1) Bij de gedachte aan de onderscheidene rechtsmiddelen lijkt de naam „actio Pauliana” wel wat dwaas. Maar, wanneer men bedenkt, dat toch eigenlijk de ondergrond van al die rechtsmiddelen is *het beroep op de nietigheid*, dan zal men minder bezwaar ertegen maken van „de Pauliana” te spreken.

2) Zie MOLENGRAAFF'S Leiddraad blz. 423, in tegenstelling met zijn commentaar op de Faillissementswet, blz. 184, noot 1.

het vermogen, de gerechtigde en verplichte persoon; de schuldeischers treden tegenover derden op als zijn plaatsvervangers, zijn vertegenwoordigers, terwijl de curator de wettelijke vertegenwoordiger der crediteuren is en dus middellijk vertegenwoordiger van den failliet. Intusschen — de Memorie van Toelichting erkent het ook — als de curator ten behoeve der schuldeischers de nietigheid inroept van handelingen, door den gefailleerde verricht, oefent hij geen recht van den gefailleerde uit. Toch bewijst dit niets tegen de opvatting der wet omtrent de rechtspositie van crediteuren en curator. „Immers — zegt de Memorie — het feit dat de schuldeischers de vermogensrechten van hunnen schuldenaar executeeren, belet volstrekt niet dat de wet hun daarnaast rechten verleene, door hen uit eigen hoofde uit te oefenen, rechten, die trouwens geen ander doel hebben dan het beslag ook uit te strekken tot die goederen, welke daaraan onrechtmatig onttrokken zijn.” 1)

Het beroep op de nietigheid der handelingen, door den schuldenaar verricht, geschiedt dus krachtens een zelfstandig recht van de schuldeischers.

Wat doen nu echter de schuldeischers door dit beroep? Zij verklaren eigenlijk, dat zij de handeling van den debiteur als niet geschied willen beschouwd zien, dat dus ook de door hem vervreemde zaak geacht moet worden, nog steeds deel uit te maken van zijn vermogen. Eischen zij dus — met beroep op de nietigheid der praestatie — deze zaak van hem, die met den failliet handelde of een volgenden verkrijger op, dan kunnen zij dit wederom doen als vertegenwoordigers van den debiteur. 2)

De curator vertegenwoordigt crediteuren bij het beroep op nietigheid; crediteuren en debiteur bij de revindicatie.

1) Vg. M. v. T. uitg. BELINFANTE blz. 43—44.

2) Zie omtrent de rechtspositie van schuldeischers en curator: MOLENGRAAFF'S commentaar blz. 46 v., Leiddraad blz. 430—431; VEEGENS

Wat in faillissement voor de gezamenlijke schuldeischers geldt, mag m. i. ook worden aangenomen voor den schuldeischer buiten faillissement. ¹⁾

Wat nu de *redactie* der besproken artikelen betreft, kan uit de door mij bestreden meeningen van verschillende schrijvers blijken, dat zij de mogelijkheid van een andere opvatting dan die des wetgevers niet heeft buitengesloten.

Redactie der artikelen.

Van de uitdrukking *de nietigheid inroepen* staat blijkbaar de beteekenis niet vast. De term is volstrekt niet nieuw — zooals Mr. VAN HAMEL ²⁾ schijnt te meenen — maar komt o. a. reeds voor in het Ontwerp 1820. In de afdeeling: Van huwelijken, tegen de voorschriften der wet aangegaan, wordt gezegd, dat volstreckte nietigheid van het huwelijk, als van rechtswege bestaande, zelfs bij exceptie kan worden *ingeroepen* (art. 189), betrekkelijke nietigheid echter niet dan na uitdrukkelijke uitspraak (art. 198). Hier moet dus gedacht worden aan het doen van een beroep op een ipso inre of krachtens rechterlijke uitspraak bestaande nietigheid.

t. a. p. blz. 105 (alwaar ook jurisprudentie); TIELEMAN, t. a. p. blz. 51. Laatstgenoemde schrijver meent, dat de curator krachtens de wet *den gefaillieerde* vertegenwoordigt *in het belang van zijn schuldeischers*; de crediteuren hebben geen enkel recht op het vermogen van den failliet. Bij deze opvatting dunkt mij een revindicatie door den curator moeilijk denkbaar.

Vg. voor het Deutsche recht: JAEGER, Die Konkursordnung (1902) die ad § 6 een overzicht van de verschillende (Amts- und Vertretungs) theoriën geeft. Hijzelf komt tot de conclusie, dat de curator vertegenwoordiger is van den failliet „in Ausübung der Verwaltung und Verfügung hinsichtlich der Konkursmasse”.

Hij vertegenwoordigt niet de schuldeischers — dezen hebben volgens JAEGER geen zakelijk recht op het vermogen van den failliet — dan in zeer bijzondere gevallen, voornamelijk in het „Anfechtungs”-proces.

1) Zie ook hierboven bldz. 13.

2) Zie hierboven bldz. 9.

In de artt. 145 en 147 van ons Burgerlijk Wetboek daarentegen wordt de uitdrukking gebruikt in den zin van: „de nietigverklaring vragen.” In art. 171 B. W. kan, evenals in art. 1483, voor den term gelezen worden: „een beroep doen op de nietigheid.”

Oordeel van Prof. Muller over den term „de nietigheid inroepen”.

In de laatstverschenen aflevering ¹⁾ van het Woordenboek der Nederlandsche Taal vond ik omtrent het juridisch gebruik van het woord „inroepen” alleen vermeld de oude beteekenis van „indagen”. Prof. Dr. J. W. MULLER, die zoo vriendelijk was mij in dezen voor te lichten, meent, dat de uitdrukking ontstaan moet zijn uit een overdracht der Middelnederlandsche beteekenis van „aanroepen” (nl. God, een heilige of een mensch, om hulp of steun). „Men roept — aldus Prof. MULLER — de nietigheid in van een handeling wanneer men die a. h. w. *te hulp roept ter staving van zijn eigen bewering*, op dezelfde wijze als *zich beroepen op* ook gebezigd wordt voor: *aan iemand of iets* (een uitspraak, bewering enz.) *een recht ontleenen om zich te rechtvaardigen* enz. (Ned. Wdb. II, 1912.)” Prof. MULLER voegt echter hieraan toe, dat hem, als niet-jurist, de uitdrukking vreemd klinkt en stelt de vraag, of ook niet kan gelezen worden: dat *de nietigverklaring wordt gevraagd* van den rechter. „Hoe ’t zij, tenzij een oud en vast gebruik de opvatting van het woord inroepen in deze uitdrukking in rechtsgeleerde kringen heeft vastgesteld, lijkt het mij, als leek, een wegens zijn dubbelzinnigheid bedenkelijke, zoo niet berispelijke term”.

De wetgever nu heeft in de artt. 42 F. en 1377 B. W. (ook in art. 505 al. 4 B. Rv.) slechts gedacht aan de beteekenis door Prof. MULLER het eerst genoemd, en welke mij de meest gereede dunkt, n.l. die van „een beroep doen op”, „te hulp roepen” (Fransch: *se référer à, recourir à*).

¹⁾ Bewerkt door Dr. A. BEETS.

De curator roept bijv. de nietigheid in om te rechtvaardigen zijn revindicatie. Intusschen is deze beteekenis — blijkens de hierboven aangehaalde wetsartikelen (145 en 147 B. W.) en de meeningen van verschillende schrijvers, die ik hierboven be- streed — niet als vaststaand te beschouwen. Beter ware het dus geweest, een ondubbelzinniger omschrijving van des wet- gevers bedoeling te geven. Bij het zoeken naar een passender term blijkt echter, hoe moeilijk het is, behoorlijk door enkele woorden aan te duiden het feit, dat alleen bepaalde personen ¹⁾ zich niet gebonden behoeven te rekenen door de gewraakte handelingen, *dat het van dezen alleen afhangt*, of al dan niet de handeling als ongeldig zal worden beschouwd. Wellicht zou een redactie als de volgende duidelijker des wetgevers opvatting hebben weergegeven:

Moeilijkheid om een passenden term te vinden.

„Onverminderd de bizondere bepalingen in de artikelen 44—46 omtrent schenkingen gemaakt, *kunnen ten behoeve van den boedel als nietig beschouwd worden* — of: *kan ten behoeve van den boedel een beroep worden gedaan op* — of wel: *kan ten behoeve van den boedel de nietigheid worden aangevoerd van alle vóór de faillietverklaring door den schulde- naar onverplicht verrichte handelingen enz.*” ²⁾

Ik meen dat in de eerste der drie gegeven zinswendingen beter is neergelegd de mogelijkheid van het beroep op de nietigheid *als grondslag* voor de verschillende maat- regelen, die de curator naar aanleiding van de bedoelde handelingen ten behoeve van den boedel kan nemen. Naar de redactie der wet kan het inroepen der nietigheid als een

1) n.l. hetzij de curator als vertegenwoordiger der gezamenlijke schuldeischers, hetzij de schuldeischer zelf op grond van art. 49 F (buiten faillissement in geval van art. 1377 B.W.) —

2) Deze zelfde redactie zou mutatis mutandis voor art. 1377 B.W. kunnen gelden.

op zich zelf staande handeling worden opgevat, wat leiden kan tot de lezing, dat nietigverklaring moet worden gevraagd.

In navolging van den Duitschen term: (relative) Unwirksamkeit (V.g. art. 135 B.G. en § 7 Konkursordnung) zou men van *krachteloosheid* kunnen spreken. Men zou kunnen zeggen, dat de handelingen *tegenover den boedel geen rechtskracht hebben* (nietig zijn), of, denkend aan de Zwitsersche uitdrukking "Unverbindlichkeit", *dat de boedel door die handelingen niet gebonden is*. Ligt daarin echter wel uitgedrukt, dat het *alleen* van de schuldeischers afhangt, of die krachteloosheid al dan niet zal gelden, dat dus niet de rechter ambtshalve de nietigheid mag in aanmerking nemen? ¹⁾ Misschien wel in de tweede omschrijving, maar daar geldt dit bezwaar, dat van „gebonden zijn” eigenlijk alleen bij verbintenissen kan worden gesproken.

Intusschen beweegt de *jurisprudentie* bijna algemeen zich in de door den wetgever gewenschte richting.

Jurisprudentie.

Tegenover het vonnis van de Rechtbank te Almelo van 29 Juni 1904 (W. 8104), waarin bij de overwegingen o.a. werd aangevoerd, dat art. 42 F. „geheel dezelfde eischen stelt” als art. 777 K. (oud), ²⁾ kunnen genoemd worden:

1) Vg. JAEGER t.a.p. blz. 74 Anm. 7 ad § 7 analoog aan ons art. 24 F.): „vielmehr hat das Gericht die Unwirksamkeit von Amtswegen zu berücksichtigen”. Zie verder hierboven bldz. 44. Er kan niet genoeg nadruk gelegd worden op *dit* kenmerk der relatieve nietigheid, dat alleen aan bepaalde personen — hier aan den curator — de beslissing moet worden gelaten, of de handeling al dan niet zal gelden. Zelfs als door den curator een vonnis verkregen ware tot constateering der nietigheid, dan nog zou hij daarvan geen gebruik behoeven te maken, voor het geval, dat dit hem achteraf niet in het belang van den boedel bleek.

2) Ook spreekt uit dit vonnis de meening van de Rechtbank, dat een *incidenteele vordering tot nietigverklaring* (in casu van een hypotheekstelling) door den curator behoort te worden gedaan, al geeft zij toe, dat het woord „incidenteel” niet in de conclusie van conventie — in casu bij het renvooi-proces — behoeft te worden gebezigd.

- 1°. Het vonnis van de Rechtbank te Haarlem van 7 Juni 1898 Jurisprudentie.
(W. 7174).

Binnen veertig dagen vóór de faillietverklaring had een gefailleerde, ten behoeve van een broer en een zuster, *afstand gedaan van zijn onverdeeld aandeel in een nalatenschap*. De curator, steunende op de artt. 42 en 43 F., achtte zich gerechtigd, de akte van afstand te beschouwen als van nul en geener waarde en aanvaardde onder voorrecht van boedelbeschrijving. Hij trad op als liquidateur der nalatenschap en nu bleek hem, dat er ten bate der nalatenschap een vordering tegen den gefailleerde bestond. Deze vordering werd door hem geverifiëerd, maar betwisting van de verificatie, op grond van den voormelden afstand, volgde. In het verwijzingsproces gaf de Officier van Justitie bij de motiveering van zijn conclusie een uitvoerige uiteenzetting van het systeem, in de artt. 42 en 43 F. neergelegd, en de beginselen, die den wetgever bij het ontwerpen van dit systeem geleid hadden, beginselen, „uitvoerig en met groote helderheid in de M. v. T. tot het ontwerp der faillissementswet ontwikkeld”. Van des Officiers verklaring, waarom het stelsel der relatieve nietigheid werd aangenomen, verdienen opmerking zijn woorden: „Dat het ook bij dit stelsel niet aan moeilijkheden zou ontbreken, was te voorzien en voor hem, die zich daaromtrent aan illusiën mocht overgegeven hebben, zal de kennismaking met dit proces zeker ontgoochelend werken”. Naar zijn meening komt het stelsel der nieuwe wet in het kort op het volgende neer: „Geen handelingen worden meer door absolute nietigheid getroffen, doch de handelingen worden verdeeld in zoodanige, die nietig verklaard kunnen worden, indien het bewijs wordt geleverd, dat ze te

Jurisprudentie.

kwader trouw verricht zijn, en dat daardoor de schuldeischers zijn benadeeld, en handelingen, die de wet als verdacht stempelt en die als nietig beschouwd mogen worden, zoolang het bewijs niet geleverd wordt, dat zij, door wie ze verricht zijn, de wetenschap niet bezaten, dat daarvan benadeeling der crediteuren het gevolg zou zijn. Bij deze laatste soort handelingen, heeft de wetgever, het is met evenzoovele woorden in de M. v. T. gezegd, een interversie van den bewijslast gewild”.

Blijkbaar doelt de Officier op het verschil tusschen art. 42 en art. 43. „Nietig verklaard kunnen worden” heet het in zijn redeneering minder juist; maar bedoeld zal ook door hém zijn: „Waarvan de nietigheid door den rechter geconstateerd kan worden”. Immers de M. v. T., waarop de Officier zich met zulk een groote instemming beroept, wil alleen verschil in bewijslast.

De curator had op het verweer van den opposant (in casu den gefailleerde zelf), dat o. a. de akte van afstand geëerbiedigd moest worden „zoolang ze niet door de rechtbank nietig was verklaard”, met een beroep op art. 43 al. 3 geantwoord. De Rechtbank stelde den curator in het gelijk, conform de conclusie van het O. M. —

Uit de eigenaardig ingewikkelde casus-positie, die in dit proces ter sprake kwam, heb ik alleen het voor mijn onderwerp belangrijkste aangehaald.

- 2°. Het vonnis van de Rechtbank te Maastricht van 10 April 1902 (W. 7808).

De curator had ter verificatievergadering verklaard, uitdrukkelijk de nietigheid der hypotheek van één der crediteuren in te roepen. De crediteur wierp in het renvooi-proces als middelen voor niet-ontvankelijkheid der vordering van gedaagde o. a. deze op: dat de cura-

tor hem afzonderlijk had behooren te dagvaarden, en, zoo de vordering in het renvooi-proces had kunnen geschieden, deze had moeten gebeuren bij eisch in reconventie. „Deze redeneering — aldus de Officier van Justitie in zijn conclusie — was juist, toen het W. v. K. nog voor de faillissementen gold, maar sinds de nieuwe Faillissementswet faalt zij volkomen, omdat zij niet genoeg rekening houdt met de woorden van art. 42 F., welk artikel opzettelijk zegt, dat de *nietigheid* kan worden ingeroepen, niet, zooals art. 777 W. v. K., dat de handeling vernietigd kan worden.” Tegen een ander middel, door den eischer voorgedragen, brengt de Officier in: „De vordering van den curator” (n.l. tot nietigverklaring der hypotheekstelling met last tot doorhaling) „ter verificatie-vergadering gedaan, is precies dezelfde als de nu ingestelde. Evenals daar, zegt ook hier de curator: Uw vordering is niet geprivilegeerd, omdat de hypotheek, waarop ge u beroept, *van den aanvang af nietig is*. Hij vraagt *niet vernietiging* van de hypotheek, maar *alleen een dictum van de Rechtbank, waaruit blijkt dat de quaestieuze hypotheek ab initio nietig was*, op grond van de artt. 42 en 43 F. (en er alzoo aan de geldleening geen voorrang verbonden is)”. — De Rechtbank vereenigde zich met de gronden van bestrijding vanwege den curator ontwikkeld (blijkbaar dezelfde als van den O. v. J.) en ontleend aan de M. v. T. op de Faillissementswet, verklaarde de curator ontvankelijk in zijn vordering, *verklaarde nietig* de hypotheek en gelastte doorhaling van de inschrijving.

3°. Het vonnis van de Rechtbank te Zwolle van 28 Januari 1903 W. 8009, waardoor een curator in het gelijk werd gesteld, die een tegen hem gerichte vordering tot ontruiming van een huis bestreed en concludeerde tot niet-ontvan-

Jurisprudentie.

kelijk-verklaring dier vordering op grond van nietigheid der aan de vordering ten grondslag gelegde acte.

- 4°. Het vonnis van de Rechtbank te Assen van 19 Januari 1904 P. v. J. No. 324, waarbij werden nietig verklaard handelingen door den gedaagde en den gefailleerde verricht, in de dagvaarding van den curator omschreven en *verstaan, dat de goederen, waarover bij die handelingen was beschikt, alsnog deel uitmaakten van den faillieten boedel.*
- 5°. Het vonnis van de Rechtbank te Amsterdam van 15 Juni 1904 W. 8154. Hierbij werd *een revindicator beslag, door den curator gelegd, op diens vordering van waarde verklaard.* De curator had in zijn dagvaarding en conclusie van eisch vooropgesteld, dat de goederen, door den failliet aan een derde krachtens (door den curator bestreden) koop geleverd, nog tot den boedel behoorden. De beslissing van het geding hing volgens de Rechtbank alleen af „van de vraag, of de koopovereenkomst volgens art. 42 F., nietig verklaard kon worden”.

Tegen deze uitdrukking bestaat hier geen bezwaar, als ermee bedoeld werd: constateering der nietigheid.

- 6°. Het arrest van het Gerechtshof te 's Hertogenbosch van 22 Juni 1909 W. 8931. Door den appellant was o.a. aangevoerd, dat gerequireerde geen vordering had ingesteld of exceptie voorgedragen tot *nietigverklaring* (eener hypotheekakte). In de overwegingen van het arrest wordt met betrekking tot dien grief gezegd: „dat in de woorden van art. 42 F., dat ten behoeve van den boedel de nietigheid kan worden *ingeroepen* enz., *geenszins* ligt opgesloten, dat die nietigheid *in rechte gevraagd of als exceptie voorgedragen moet worden*; dat het tegenovergestelde bovendien volgt uit de Memorie van Toelichting op dat artikel, waar met zooveel woorden gezegd wordt:

dat men zich *ook bij wijze van verweer* op de nietigheid der handeling mag beroepen” Jurisprudentie.

70. Het Arrest van het Gerechtshof te Leeuwarden van 22 Juni 1910 (P. v. J. 967).

Een gefailleerde had (naar beweerd werd, meer dan 40 dagen) vóór haar faillissement *haar huis en erf aan haar zoon verhuurd en de daarin zich bevindende roerende goederen aan hem verkocht*. De roerende goederen waren — naar ik meen uit het vonnis te moeten opmaken — door den koper na de faillietverklaring aan den boedel onttrokken; maar door den curator wederom gevindiceerd. De zoon had nu voor de Rechtbank teruggave dier goederen geëischt, en deze eisch was hem toegewezen, op grond hiervan, dat de huurovereenkomst niet nietig was en de goederen „moeten geacht worden toe te behooren aan den huurder, in wiens huis zij zijn gevonden, tenzij mocht blijken van de ongegrondheid van dit vermoeden”, hetwelk volgens de Rechtbank in casu niet het geval was geweest.

De curator kwam van dit vonnis in appèl. Geïntimeerde had voor de Rechtbank betoogd, dat het beroep van den curator op de nietigheid eener handeling krachtens art. 42 F., ingeval hij als gedaagde optreedt, „alleen kan geschieden bij reconventioneele vordering”. Het Gerechtshof overwoog echter in zijn vonnis ten aanzien van dit betoog: „dat vermeld artikel niet bepaalt, dat de nietigverklaring van de daarbij omschreven handelingen kan worden gevraagd, maar dat de nietigheid van die handelingen ten aanzien van den boedel kan worden ingeroepen; dat daarmee wordt te kennen gegeven, *dat die handelingen geacht worden nietig te zijn, zoodra op die nietigheid ten behoeve van den boedel een beroep*

Jurisprudentie.

wordt gedaan, zoodat dit beroep is toegelaten zoodra daaraan behoefte bestaat ter verzekering van de rechten van den boedel, zonder dat daarvoor een bepaalde vordering behoeft te worden ingesteld." Er behoefde, naar het oordeel van het Hof, *slechts onderzocht te worden, of de voormelde overeenkomsten nietig waren.*

Dit onderzoek viel ten gunste van den boedel uit. Aangenomen werd, „dat de roerende goederen niet aan geïntimeerde (waren) overgedragen, en dat het bedrijf (was) gebleven het bedrijf van de moeder, zoodat de goederen, die de curator in het huis en op het erf (had) aangetroffen, (waren) de goederen van de gefailleerde, tenzij ten aanzien van sommige dier goederen het tegendeel (werd) bewezen". Tegen de conclusie van den Procureur-Generaal, dat het incidenteele appèl van geïntimeerde en het beroep van den appellant ongegrond diende verklaard en elk in de helft der kosten veroordeeld, vernietigde het Hof het vonnis der Rechtbank (behalve met betrekking tot een enkel voorwerp, waarvan de teruggave werd bevolen), ontzegde den eisch aan den zoon en wees den curator *zelfs* diens reconventionneelen eisch tot *schadevergoeding (wegens het onttrekken van goederen aan den boedel)* toe, met veroordeeling van den geïntimeerde in de kosten.

Uit de besproken vonnissen blijkt, dat in het algemeen de bedoeling van den wetgever door onze rechters niet is misverstaan. In het algemeen wordt een eenvoudig beroep op de nietigheid voldoende geacht; onderzocht wordt of de kenmerken van die nietigheid aanwezig zijn en, blijkt dit het geval te zijn, de nietigheid geconstateerd, zoo noodig

aan een verdere beslissing ten grondslag gelegd. Te verwachten is, dat de jurisprudentie zich in dezelfde lijn zal blijven bewegen, en daardoor ook bij de schrijvers en de rechtzoekenden (of liever: hun rechtsgeleerde raadslieden) steeds meer de herinnering aan de oude „actie tot vernietiging” zal verdwijnen, die telkens nog het goed verstaan van de nieuwe regeling belemmert.

Toch acht ik het voorzichtigheidshalve wenschelijk, dat bij eventueele herziening van de Faillissementswet, de redactie der besproken artikelen verduidelijkt wordt. Al zal een wetgever, ook bij de best overwogen woordenkeus, wel nooit geheel een andere uitlegging dan hij wenscht, kunnen voorkomen, toch dient zooveel mogelijk daartegen gewaakt. Hoe de wetgever niet angstvallig genoeg kan zijn in het kiezen van zijn termen, kan nog blijken uit de averechtsche verklaring, aan de woorden van art. 43 omtrent den bewijslast van de onverplichtheid der handelingen gegeven.¹⁾

In verband met mijn boven gegeven opmerkingen zou ik een redactie als deze wenschelijk achten:

Art. 42. *Onverminderd de bijzondere bepalingen in de artikelen 45 en 46 omtrent schenkingen gemaakt, kunnen ten behoeve van den boedel door den curator als nietig beschouwd worden alle vóór de faillietverklaring door den schuldenaar onverplicht verrichte handelingen, waardoor de schuldeischers zijn benadeeld, indien de schuldenaar bij het verrichten der handeling de wetenschap bezat, dat daarvan benadeeling der schuldeischers het gevolg zoude zijn.*

Deze bepaling is niet van toepassing tegen dengene, die

Wenschelijke
redactie.

¹⁾ Vg. de M. v. T. blz. 89 met het arrest van het Hof te Leeuwarden van 14 Juni 1905 W. 8286. De leer in dit vonnis echter verworpen door den H. R. in zijn arrest van 16 Febr. 1906 W. 8340.—
Zie VEEGENS t. a. p. blz. 83.

te goeder trouw met den schuldenaar een handeling onder bezwarenden titel verrichtte en tegen derden, die te goeder trouw rechten op een door den schuldenaar vervreemd goed verkregen. Deze goede trouw wordt verondersteld, behoudens tegenbewijs.

Van art. 51 zou dan al. 3 moeten vervallen en de aanhef van al. 1 aldus moeten luiden: *Behoudens het bepaalde bij art. 42 al. 2 en art. 46 enz.*

Van art. 49 zou dan wellicht al. 2 aldus behooren gewijzigd: *Niettemin kunnen ook de schuldeischers zich op die bepalingen beroepen, ten einde de toelating eener vordering te bestrijden.* 1)

1) Zij treden dan zelfstandig op, terwijl in de andere gevallen de curator hen vertegenwoordigt. Is de curator nalatig in de toepassing van art. 42 v., dan kunnen de crediteuren van art. 69 gebruik maken.

In verband met de rechtspraak, vermeld in de noot op de vorige blz. zou ook wijziging van art. 43, ter verduidelijking van des wetgevers opvatting, gewenscht zijn.

HOOFDSTUK IV.

KORTE OPMERKINGEN OVER BUITENLANDSCH RECHT. — DE
MOGELIJKHEID VAN ANDERE WEGEN. — BESLUIT.

Het resultaat van mijn onderzoek in het voorafgaande hoofdstuk was de wensch naar een duidelijker redactie der besproken bepalingen, meer in overeenstemming met het beginsel der relatieve nietigheid, door den wetgever aanvaard. Practische bezwaren rezen bij mijn onderzoek niet. Het moeilijke vraagstuk, op welke wijze een goede bescherming van de belangen der crediteuren in overeenstemming is te brengen met de belangen van debiteur en derden, bleek mij door den wetgever op gelukkige wijze opgelost.

Bij vergelijking met het **Fransche recht** kunnen we ons niet anders dan over onze regeling verheugen. Daar immers ontmoeten we nog steeds allerlei strijdvragen, voor een goed deel dezelfde als die, waarvan wij door de invoering der Faillissementswet werden verlost.

„Les rédacteurs du Code — aldus PLANIOL — ne trouvant pas dans leur guide ordinaire une théorie toute faite, se sont bornés à énoncer le principe dans l'article 1167 C., sans donner la solution précise sur aucun point. Cet article *qui est un des plus importants et des plus pratiques du Code,*

Fransch recht.

équivalent à une simple mention de l'action: la loi nous avertit que l'action P. existe toujours; elle ne nous en donne point le règlement. Pour toutes les questions que cette action soulève, nous en sommes donc réduits à la tradition, c'est à dire presque uniquement aux textes Romains".¹⁾

De bij ons opgeloste vragen bestaan nog in het Fransche recht.

Is de „action Paulienne” ou „révocatoire”²⁾ een *action en nullité* of eene *simple action en indemnité*? Waarin bestaat de „fraude”, bedoeld in art. 1167 C.?³⁾ Is de actie persoonlijk of zakelijk? Aan welke verjaring is zij onderworpen? Geldt zij ook tegenover derden, die te goeder trouw verkregen? — Deze en meer vragen vinden we gesteld in het beknopt en duidelijk overzicht van PLANIOL — vragen, ten onzent door de invoering der Faillissementswet reeds opgelost. En al is er nu omtrent de meeste daarvan een gevestigde doctrine en jurisprudentie in voor het rechtsverkeer gunstigen zin, toch zal slechts een wetswijziging een einde eraan maken.⁴⁾

1) PLANIOL. *Traité* II (5^e éd. 1909) p. 108 v.

2) „Le mot *révocatoire* — zegt PLANIOL — nous vient des jurisconsultes romains qui employent spécialement le verbe *revocare* à propos de l'action „per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur”.

3) Art. 1166 C. luidt: Néanmoins les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne.

Art. 1167: Ils peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. — Ils doivent néanmoins, quant à leurs droits énoncés au titre des successions et au titre du Contrat de mariage et des Droits respectifs des époux, se conformer aux règles qui y sont prescrites.

4) Zoo verscheen in de *Revue Trimestrielle de droit civil* V (1906) een bijzonder lezenswaard artikel van J. ACHER: *Essai sur la nature de l'action Paulienne*, waarin hij op historische en dogmatische gronden tegen de heerschende meening zijn opvatting verdedigt, dat bedoelde actie is een „*action en indemnité*”.

Omtrent den aard der actie verdedigt PLANIOL de meening, dat het is een *bizondere* „action en nullité”, dus een speciale „actie tot vernietiging”.¹⁾ Hij wijst terloops op de hiermede analoge opvatting in het Duitsche recht en zegt dan: „Cette façon de comprendre la nature et le but de l'action Paulienne est devenue universelle”. Intusschen wijkt de regeling volgens deze opvatting, krachtens welke steeds een actie tot vernietiging zal moeten worden ingesteld, geheel af van de relatieve nietigheid, door onzen wetgever bedoeld.

Art. 1167 Ceisch
een actie tot vernietiging.

Wat de Pauliana in faillissement betreft, zij hier slechts herinnerd aan de oude regeling in den Code de Commerce van 1807: het „faillite de fait”, welk stelsel in 1838 verzacht werd. Maar steeds nog vinden we — in art. 446 Co. — een reeks van handelingen opgesomd, die door de wet „absoluut nietig” verklaard worden, indien zij door den debiteur verricht zijn tusschen het bij het vonnis der faillietverklaring vastgestelde tijdstip van de staking zijner betalingen en dat vonnis of — wat sommige handelingen betreft — binnen tien dagen vóór dat tijdstip. Gelukkig heeft onze wet èn (in 1838 reeds) met het, voor de crediteuren volkomen rechtsonzekerheid beteekenende, stelsel van „faillite de fait” èn (in 1896) met het, tegen het vertrouwensbeginsel indruischende, stelsel van absolute nietigheid gebroken.²⁾

Regeling in den
Code de Commerce.

In art. 447 Co. wordt vervolgens de mogelijkheid der vernietiging uitgesproken van andere handelingen, verricht

1) Ook BAUDRY—LACANTINERIE en BARDE spreken van een action en nullité (ou en révocation). Des obligations I § 706.

Bij deze schrijvers vinden we een zeer uitvoerige verhandeling: pag. 553 v.

2) V.g. o.a. M. v. T. tot de F. wet, op art. 22, verder blz. 82 en 84. Mr. VAN LEYDEN t. a. p. blz. 77 v., Mr. LAND t. a. p. blz. 83 v. en 125.

tusschen de „cessation des payements” en vóór het vonnis der faillietverklaring, indien de wetenschap van de staking der betalingen aanwezig was bij den medecontractant. Dit artikel geeft een regeling, analoog aan die van den Code civil, maar evenals deze onvolledig.

Deze vluchtige kennismaking met het Fransche recht kan mij slechts versterken in de waardeering van onze eigen regeling. —

Zwitsersch recht.

In Zwitserland is de Pauliana opgenomen in het „Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11 April 1889”. In deze wet vinden de crediteuren, in en buiten faillissement, de maatregelen, welke hun ten dienste staan om tot voldoening hunner vorderingen te geraken. Een uitvoerige en heldere uiteenzetting van deze wet is te vinden in het proefschrift van Mr. VAN REGTEREN ALTENA. ¹⁾ Met verwijzing naar dit werk (blz. 123) bepaal ik mij hier tot een enkele vergelijking.

Het Bundesgesetz (Titel X) eischt een „Anfechtungsklage”, een uitdrukkelijke actie tot nietigverklaring. Drie groepen van handelingen worden opgesomd, die daarvoor in aanmerking komen:

1°. handelingen, die door den rechter vernietigd kunnen worden op grond van het feit, dat zij binnen zes maanden vóór het beslag of de faillietverklaring zijn verricht; ²⁾

1) Schuldvervolging voor geldschulden naar Zwitsersch en Nederlandsch recht, Utrecht, 1893. — „Tegenover de veelheid van wijzen van schuldvervolging uit onze wet, (heeft) de Zwitsersche wetgever één met zorg gekozen stelsel aan zijn arbeid ten grondslag gelegd, een stelsel, dat aan alle crediteuren voorschrijft, althans in den aanvang, éénzelfden weg in te slaan, terwijl hunne wegen verder uiteenloopen” (blz. 86).

2) Hier dus — gunstige tegenstelling met het Fransche recht — evenmin absolute nietigheid als in de gevallen onder 2° en 3°.

- 2°. handelingen, die in het genoemde tijdvak verricht zijn, op een tijdstip, dat de debiteur reeds insolvent was, terwijl de derde, die door de handeling werd bevoordeeld, niet kan bewijzen, dat hij onbekend was met die insolventie;
- 3°. alle andere handelingen, wanneer ook verricht, waarbij de debiteur de voor den medecontractant blijkbare bedoeling heeft gehad, om zijn crediteuren te benadeelen of enkele crediteuren boven de andere te bevoordeelen.¹⁾

De actie is gericht tegen den medecontractant, diens erfgenamen en derden te kwader trouw.

Gunstig is de bepaling, dat de rechter „nach freiem Ermessen” kan uitspraak doen, d.w.z. geheel vrij is in de waardeering van het bewijs. Bezwarend is de noodzakelijkheid om afzonderlijk nietigverklaring te vragen der gewraakte handelingen. Er is dus geen relatieve nietigheid der handelingen aangenomen in den zin der „Unverbindlichkeit” in het Zivil-Gesetzbuch. Eerst na de vernietiging zal de crediteur het vervreemde terug kunnen vorderen.

Al is dus de Zwitsersche regeling veel beter en van juister inzichten getuigend dan het verouderde Fransche recht, toch behoeft de onze bij haar niet achtergesteld te worden.

De **Duitsche regeling** vinden wij deels in de *Konkursordnung* van 1 October 1879, gewijzigd bij de wet van 17 Mei 1898, (in verband met de invoeringswet voor het Bürgerliche Gesetzbuch), deels (voor de bescherming der crediteuren buiten faillissement) in het *Anfechtungsgesetz* van

Duitsch recht.

¹⁾ Dat zijn dus handelingen als bedoeld in ons art. 42 F. Intusschen verlangt art. 42 — juister — slechts *wetenschap* van den debiteur.

21 Juli 1879, eveneens gewijzigd (bij de invoeringswet voor de gewijzigde Konkursordnung) 17 Mei 1898 en evenals de Konkursordnung 20 Mei 1898 afgekondigd. 1)

Het Duitsche recht²⁾ heeft niet, zooals het Italiaansche en het Fransche recht, de, veel bezwaren gevende, terugwerkende kracht van de faillietverklaring (in het zoogenaamd faillite de fait) ten grondslag gelegd aan de regeling in de Konkursordnung. Wel zijn volgens § 30 bepaalde rechtshandelingen vernietigbaar, als zij zijn verricht vóór de faillietverklaring op een tijdstip, dat de schuldenaar zijn betalingen reeds had gestaakt of het faillissement was aangevraagd, maar dan is er nog een subjectief element noodig, n.l. de wetenschap van de tegenpartij (Vg. o.a. onze artt. 43, 45, 47). Het billijkheidsprincipe der bescherming van de goede trouw liet men gelden, in overeenstemming met de Schuldanfechtung buiten faillissement. Bij handelingen om niet blijft dit beginsel echter achterwege. (Vg. § 32 K.O. met onze artt. 44—46).

1) Verwant aan de Duitsche regeling is die van het *Oostenrijksche* recht, te vinden in het *Anfechtungsgesetz* van 16 Maart 1884, dat de materie zoowel in als buiten faillissement regelt. De Oostenrijksche Konkursordnung is van 25 Dec. 1868, gewijzigd bij de wet van 16 Maart 1884.

2) Bij de volgende, zeer beknopte, beschouwingen is voornamelijk gebruik gemaakt van den *Leitfaden* des deutschen Konkursrechts van J. KOHLER, 2e druk, speciaal van zijn uiteenzetting op blz. 120 v. van de *Schuldanfechtung*, een term, dien de schrijver gebruikt ter vermindering van den naam Pauliana en wegens de dubbelzinnigheid van de uitdrukking „Anfechtung”, die immers ook het beroep op de nietigheid van Rechtsgeschäfte in het algemeen kan aanduiden.

Ook JAEGERs (hierboven genoemden) commentaar heb ik hier geraadpleegd.

Verder herinner ik hier aan het werk van Mr. J. C. DE MAREZ OYENS: De beginselen van het hedendaagsche Faillietenrecht, naar aanleiding der K. O. f. d. D. R. van 1 Oct. 1879.

Drie soorten van *Schuldanfechtung* zijn te onderscheiden: Welke handelingen
zijn anfechtbar?
10. die, welke gericht is tegen handelingen, door den debiteur verricht met het oogmerk om de schuldeischers te benadeelen, terwijl de wetenschap van dit oogmerk bij de andere partij aanwezig was. Bij overeenkomsten onder bezwarenden titel door den debiteur in het jaar, voorafgaand aan de faillietverklaring of de Anfechtung, met familieleden van een bepaalden graad gesloten, wordt oogmerk en wetenschap vermoed, behoudens tegenbewijs van den medecontractant.

Men vergelijke § 3 (1e en 2e lid) van het A. G. en § 31 der K. O. met onze artt. 42 v — wat het vereischte oogmerk, de vermoedens en den genoemden tijd betreft;

20. die, welke ingaat tegen, binnen een bepaalden tijd vóór de faillietverklaring of de Anfechtung verrichte, handelingen om niet (*unentgeltliche Handlungen*) — § 3 (3e en 4e lid) A. G. en § 32 K. O. — Hier is geen oogmerk om te benadeelen noch wetenschap bij de andere partij geëischt;

30. die, welke alleen in faillissement geldt (§ 30 K. O.) en handelingen treft, na de staking der betalingen of de aanvraag van faillietverklaring (soms tien dagen eerder) verricht, en waarbij niet gelet wordt op het oogmerk van den debiteur, wel op de wetenschap van de andere partij omtrent de staking der betaling of de faillietverklaring.

De eerste wordt door KOHLER „*Missetats-Schuldanfechtung*” (*Delicts-Pauliana*) genoemd ¹⁾, de tweede *Schenkungs-*, de derde *Konkurs-Pauliana*. ²⁾

1) Zie hiertegen JAEGER, t. a. p. blz. 214 Anm. 3.

2) KONKURSORDNUNG.

§ 30. Anfechtbar sind:

1. die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner eingegangenen Rechtsgeschäfte, durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachteiligt

De voorwaarden, waarop de verschillende handelingen van den debiteur kunnen gewraakt worden, zijn dus andere dan die welke onze wet stelt. Dikwijls wordt van „oogmerk” gesproken, waar onze wet — juister — slechts wetenschap verlangt.

Is de Schuldanfechtung een andere dan die in het D.B.G.?

Een „Anfechtung” is altijd noodig; eerst daarna hebben de crediteuren een vorderingsrecht tegen hem, die door de handeling van den debiteur werd bevoorreed. Strijd is er ontstaan, over de vraag of van deze Anfechtung, evenals van die uit het

worden, wenn dem anderen Teile zu der Zeit, als er das Geschäft einging, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war; sowie die nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger Sicherung oder Befriedigung gewähren, wenn dem Gläubiger zu der Zeit, als die Handlung erfolgte, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war;

2. die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens oder in den letzten zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte, sofern er nicht beweist, dass ihm zur Zeit der Handlung weder die Zahlungseinstellung und der Eröffnungsantrag, noch eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, bekannt war.

ANFECHTUNGSGESETZ.

§ 3. Anfechtbar sind:

1. Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem anderen Teile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat;

2. die in dem letzten Jahre vor der Anfechtung geschlossenen entgeltlichen Verträge des Schuldners

KONKURSORDNUNG.

§ 31. Anfechtbar sind:

1. Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner in der dem anderen Teil bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat;

2. die in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens geschlossenen, entgeltlichen Verträge des Gemeinschuldners

B. G., nietigheid het gevolg is. „Ist der Erfolg der Anfechtung ein Obligations-rechtlicher, oder ein dinglicher?“ KOHLER meint, dat „die Folge der Anfechtung nicht ist dingliche Nichtigkeit des Geschäfts, es ist nicht so, dasz das Eigentum zurückfällt oder als nicht übertragen gilt.“ Volgens hem is de Anfechtung hier een geheel andere dan in het B. G.

mit seinem Ehegatten, vor oder während der Ehe, mit seinen oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie, mit seinen oder seines Ehegatten voll- und halbbürtigen Geschwistern, oder mit dem Ehegatten einer dieser Personen, sofern durch den Abschluss des Vertrages die Gläubiger des Schuldners benachteiligt werden und der andere Teil nicht beweist, dasz ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des Schuldners, die Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt war;

3. die in dem letzten Jahre vor der Anfechtung von dem Schuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen, sofern nicht dieselben gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke zum Gegenstande hatten;

4. die in den letzten zwei Jahren vor der Anfechtung von dem Schuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen zugunsten seines Ehegatten.

mit seinem Ehegatten, vor oder während der Ehe, mit seinen oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie, mit seinen oder seines Ehegatten voll — und halbbürtigen Geschwistern, oder mit dem Ehegatten einer dieser Personen, sofern durch den Abschluss des Vertrages die Gläubiger des Gemeinschuldners benachteiligt werden und der andere Teil nicht beweist, dasz ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des Gemeinschuldners, die Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt war.

§ 32. Anfechtbar sind:

1. die in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen, sofern nicht dieselben gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke zum Gegenstande hatten;

2. die in den letzten zwei Jahren vor der Eröffnung des Konkurses von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen zugunsten seines Ehegatten.

JAEGER deelt deze meening (p. 216).¹⁾ De Anfechtbaarheid van een rechtshandeling wegens dwaling, bedrog en geweld berust, zegt JAEGER, „auf einem dem Geschäfte selbst anklebenden Mangel und erfolgt im Interesse eines Geschäftsgenossen.“ „Die Gläubigeranfechtung dagegen trifft ein an sich voll wirksames Geschäft im Interesse eines Dritten, der am Geschäftsschlusse ganz unbeteiligt war.“²⁾ Das wegen Irrtums, Täuschung oder Drohung angefochtene Rechtsgeschäft ist nach § 142 B. G. B. als von Anfang an nichtig anzusehen“: *absolut und dinglich wirkende Anfechtung*. Die Ausübung der Gläubigeranfechtung hingegen begründet lediglich einen persönlichen Anspruch des Anfechtungsberechtigten wider den Anfechtungsschuldner auf Wiederherstellung des früheren Zustandes. Das wegen Gläubigerbenachteiligung angefochtene Geschäft fällt nicht von selbst und ex tunc zusammen; vielmehr wird ihm nur für die Zukunft und nur dem Anfechtenden — im Konkurse den Konkursgläubigern — gegenüber die Wirksamkeit entzogen: *relativ und obligatorisch wirkende Anfechtung*.³⁾ So die Rechtsprechung des Reichsgerichts und mit ihr die gemeine Lehre.“ Intusschen moet JAEGER toegeven, dat de andere opvatting „*unleugbar*“ zu glatten Ergebnissen führt und manche Klippe vermeidet, an der die Konsequenz der bisherigen Rechtsprechung gescheitert ist.”

Het aannemen van nietigheid leidt tot betere resultaten.

Mogen wij ons dan niet verheugen over onze wettelijke regeling, die ons deze „glatte Resultaten“ verschafte? En is het niet verkeerd te noemen, waar de eenvoudige weg door

1) Dit is ook het resultaat eener verhandeling van Dr. KARL MEIJER in de „Juristische Wochenschrift“ van 17 Dec. 1902.

2) Hier ontmoeten wij dezelfde redeneering als bij verschillende door mij bestreden Nederlandsche schrijvers. Zie hierboven blz. 78.

3) Deze omschrijving komt dus overeen met die, ten onzent door Prof. HAMAKER verdedigd.

onzen wetgever werd aangewezen, noodeloos den moeilijker te willen inslaan?

KOHLER noemt de Anfechtung een „Hilfsrecht” van den crediteur, dat ten doel heeft het vermogensbestanddeel in den boedel terug te brengen tot uitoefening van het verhaalsrecht, niet om de zaak rechtstreeks in het vermogen van den schuldenaar te doen terugkeeren. „Erzeugt die Anfechtung nur einen Leistungsanspruch des Gläubigers, so ist dies naturgemäsz nicht ein Recht des Gläubigers zu Gunsten eines Dritten (des Schuldners), sondern ein Recht des Gläubigers zu eigenen Gunsten.” — Alsof bij de andere opvatting het ageeren van de schuldeischers in het belang van den debiteur zou geschieden! — Wel keert de zaak op vordering na Anfechtung *in natura* in den boedel terug; bij onmogelijkheid der praestatie moet de waarde vergoed worden. De ontvanger te goeder trouw bij handelingen om niet is alleen tot teruggave verplicht in zoover hij door de praestatie verrijkt is. (§ 37 K. O., § 7 A. G.)

Uit de heerschende opvatting omtrent de zoogenaamde „obligatorische Wirkung” volgt, dat de Anfechtung in beginsel niet geldt tegen „Rechtsnachfolger”. „Wirkte die Anfechtung dinglich, so fiele auch der Erwerb des Successors mit dem Rechte des Auktors von selbst zusammen, und letzterer wäre grundsätzlich nur durch die Vorschriften über Erwerb in gutem Glauben geschützt (vgl. § 142 II B. G. B.). Die obligatorisch wirkende Anfechtung dagegen wird nur aus Zweckmässigkeitsgründen und nur in den Grenzen der § 40 K. O. (§ 11 Anf. G.) durch positive Vorschriften auf Rechtsnachfolger erstreckt.”

Hieruit blijkt, dat in het Duitsche recht meer gedacht is aan de rechten van derden-verkrijgers dan die der crediteuren. Bij ons wordt de bescherming van derden als een uitzonde-

Rechtspositie
van „Rechtsnach-
folger”.

ring op den hoofdregel voorgesteld, in het Duitsche recht is die bescherming als regel vooropgeplaatst.

De mogelijkheid der *Anfechtung* in faillissement, zoowel van handelingen vóór de faillietverklaring als van die, gedurende de faillietverklaring verricht, wordt door een fatalen termijn — gewoonlijk van een jaar (§§ 41 en 42 K.O.) — beperkt. Ook na den vervaltijd blijft den curator een exceptie over tegen den eisch tot nakoming van een anfechtbare handeling. Voor de *Anfechtung* buiten faillissement geldt ten opzichte van bepaalde handelingen (nl. die van § 3 No. 1 A.G.) een *déchéance* van 10 jaar (zie § 12 Anf. G.)¹⁾

Met deze opmerkingen omtrent buitenlandsch recht moge ik hier volstaan. Een, eenigszins uitvoerige, rechtsvergelijkende studie van de verschillende wegen, die de wetgever kan inslaan ter bescherming der crediteuren, hoe belangwekkend ook, valt te zeer buiten de grenzen van de taak, die ik mij bij den aanvang van mijn onderzoek voorstelde.

Een critische studie in dien geest zou overigens ook een nuttige leidraad kunnen geven voor een toekomstige internationale regeling. In zijn werk „*La Codification du Droit International de la Faillite*” wijdt Prof. JITTA ook aan deze materie eenige bladzijden (zie § 24). „*Il y a sous ce rapport une multitude de nuances très délicates dans les lois, tant en*

1) Opvallend lang is deze laatste termijn in vergelijking met die voor de *Anfechtung* naar het D. B. G. Dit zal te verklaren zijn uit de meerdere bescherming, door den wetgever voor de crediteuren noodig geacht.

In onze faillissementswet is geen termijn gesteld voor het beroep op de nietigheid. De wetgever heeft dit niet noodig gevonden met het oog op den als regel toch niet langen duur van het faillissement. Onze exceptie tegen het beroep op nietigheid buiten faillissement is aan geen verjaring onderworpen (art. 1490 B.W.); over de juistheid van deze bepaling valt te twisten.

ce qui concerne la preuve du caractère d'un acte, qu'en ce qui a trait aux circonstances et aux délais qui rendent l'acte, soit absolument nul, soit simplement annulable ou rescindable en vertu d'une présomption contre laquelle la preuve contraire est admise. Toutes ces nuances forment une des matières les plus intéressantes du droit comparé" (Pag. 77.)

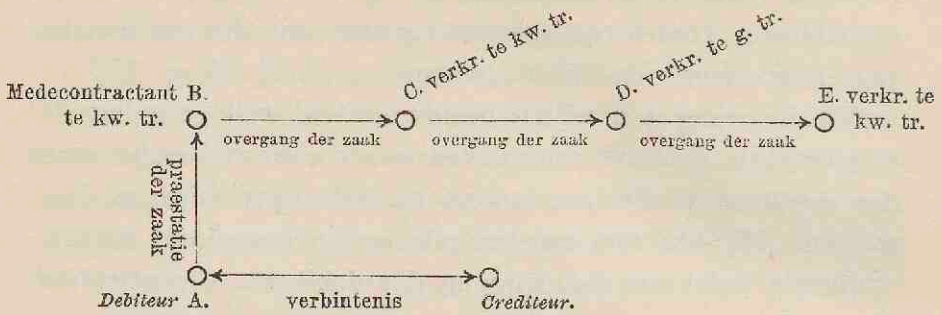
Wie de vraag zou willen beantwoorden, welke regeling de wetgever als *de beste* zou moeten kiezen voor de bescherming der crediteuren, die zou vooral op inductieve wijze moeten werken. Hij zou zich moeten rekenschap geven van de verschillende soort van handelingen des debiteurs, die getroffen dienen te worden, de gevolgen van die handelingen ten opzichte van derden dienen na te gaan, nauwkeurig moeten overwegen, voor welke gevallen de belangen van de crediteuren, in welk geval die van derden behooren beschermd te worden. Dan zou hij de verschillende regelingen, die reeds bestaan, aan het gevondene kunnen toetsen, het beste daaruit samenvatten, en, indien mogelijk, nog een beter stelsel bedenken. ¹⁾

Mogelijkheid van
andere regelingen.

Mijn taak was echter een andere, een heel wat eenvoudiger. Hoewel ik hier dus niet behoef te geven een proeve eener stelselmatige uiteenzetting van verschillende, denkbare regelingen, wensch ik toch even de aandacht te vestigen op den weg door Mr. VAN LEYDEN voorgesteld. De schrijver keurt het terecht af, dat men volgens het oude Nederlandsche stelsel „aansprakelijk werd voor eens anders kwade trouw”. Niet echter stem ik in met dézen grond zijner veroordeeling van het Duitsche recht (en dus ook van onze tegenwoordige

¹⁾ Ik vestig hier nog even de aandacht op het werk van Dr. FRITZ SCHULZ: System der Rechte auf den Eingriffserwerb. Genoemd werk vormt Band 105 van het Archiv. f. die C. Praxis (1909).

wet), dat men „niettegenstaande zijn eigen kwade trouw, vrij loopt door eens anders goede trouw, of, indien ik den gang van zaken door de volgende figuur mag voorstellen,



dat, indien D de zaak, die uit het vermogen van A ging, te goeder trouw verkreeg, dit feit alle rechten van den crediteur te niet zou doen. Nu is dit m. i. onjuist. Immers de crediteur kan in ieder geval C aanspreken. Bovendien laten de woorden van art. 51 al. 1 en 2 wel degelijk een actie toe tegen B of C of D. Zal juist de gewone gang niet deze zijn, dat de curator zich het eerst wendt tot den medecontractant, met een eisch tot afgifte van de zaak (op grond van nietigheid), casu quo tot schadevergoeding? Hoe kan de curator ook dadelijk weten, dat een *roerende zaak* reeds bij een derde is? Hoe kan hij dien derde kennen? Meestal zal dit immers van een toeval afhangen. Dikwijls zal hij bij frauduleuze vervreemding — buiten het geval van een misbruikt constitutum possessorium — zich reeds verheugen moeten, indien hij den medecontractant kent.¹⁾

Regeling door
Van Leyden voor-
gesteld.

Mr. VAN LEYDEN acht dan deze regeling wenschelijk, „dat de crediteuren, wanneer de debiteur te hunner benadeeling een handeling heeft verricht, van ieder die, hetzij direct,

¹⁾ Bijv. uit een brief, waarin deze, onbekend met art. 99 F., zich tegenover den failliet over de bedoelde rechtshandeling uitlaat.

hetzij indirect, aan de handeling heeft deelgenomen, of tengevolge daarvan iets heeft bekomen, herstel van het geleden nadeel mogen eischen met dien verstande, dat, zoo die verkrijging te goeder trouw is geweest, de vergoeding alleen gevraagd mag worden als er van den kant des aangesprokenen geen tegenpraestatie tegenover heeft gestaan. De grootte der praestatie zou bepaald moeten worden door het tengevolge van des debiteurs handeling geleden nadeel, met dien verstande echter, dat de verkrijger te goeder trouw en om niet nimmer ook tot een hooger bedrag zou kunnen worden aangesproken dan de mate, waarin hij is verrijkt op het oogenblik van de instelling van den eisch, tenzij bewezen worde, dat hij zich te kwader trouw van het bezit heeft ontdaan, in welk geval het oogenblik der vervreemding voor de bepaling van het maximum zijner praestatie in aanmerking komt”.

Afgezien nu van de vraag, of deze regeling inderdaad beter de belangen van crediteuren en derden in evenwicht houdt, rijst dadelijk dit bezwaar, dat zij volstrekt niet afdoende zou zijn. Immers zij zou alleen gelden in geval van vervreemding.

Maar hoe zou bijv. moeten gehandeld worden bij het onverplicht aangaan van een schuld, als de derde betaling van den curator eischte? *Juist door de formule van onze wet is een regeling getroffen voor allerlei gevallen; vervreemding, verpanding, afstand van rechten (verwerping van een nalatenschap daaronder begrepen), het teekenen van een schuldbekentenis en welke handelingen verder, als de crediteuren benadeelende, denkbaar zijn.* 1)

De door Van
Leyden voorgestelde
regeling is niet
afdoende.

1) Zie verder ook LAND: blz. 118—125, die een delictsactie, een verrijkingsactie en een gematigde terugwerkende-kraacht van het faillissement als mogelijke regelingen beschrijft.

Ik meen hiermede aan het eind van mijn taak te zijn gekomen. De grenzen, die ik mij bij die taak moest stellen, lieten mij niet toe de bizondere bepalingen, volgend op art. 42 F., aan een nader onderzoek, speciaal met betrekking tot den bewijslast, te onderwerpen. Ik had slechts na te gaan de hoofdlijnen, waarmede onze wetgever den *aard* der Pauliana aangaf. Het resultaat van mijn beoordeeling der opvatting van onzen wetgever gaf ik aan het eind van mijn vorig hoofdstuk weer.

Conclusie.

De kennismaking — een wel zeer vluchtige overigens, ik erken het gaarne — met buitenlandsch recht en het nader beschouwen van de regeling, door Mr. VAN LEYDEN als wenschelijk voorgedragen, heeft mij slechts versterkt in mijn meening, dat de opvatting van onzen wetgever — terwijl zij zeer goed met de rechtbeginselen, welke naar ons recht (ook omtrent de nietigheid der rechtshandelingen) behooren gevolgd te worden, in overeenstemming is te brengen — aan de eischen van het rechtsverkeer op gelukkige wijze is tegemoet gekomen. Door een eenvoudig beroep op nietigheid ten grondslag te leggen aan de verschillende maatregelen, die den crediteuren ten dienste staan, werd lastig formalisme zooveel mogelijk uitgesloten en tevens een sneller ageeren mogelijk gemaakt. De voorwaarden, aan dit beroep gesteld, waarborgen echter den debiteur tegen een al te lichtvaardig ingrijpen in zijn handelingsbevoegdheid, terwijl ook door het laten gelden van het vertrouwensbeginsel, zonder hetwelk zich geen behoorlijk rechtsverkeer laat denken, tegen eenzijdige bescherming van de belangen der crediteuren is gewaakt.

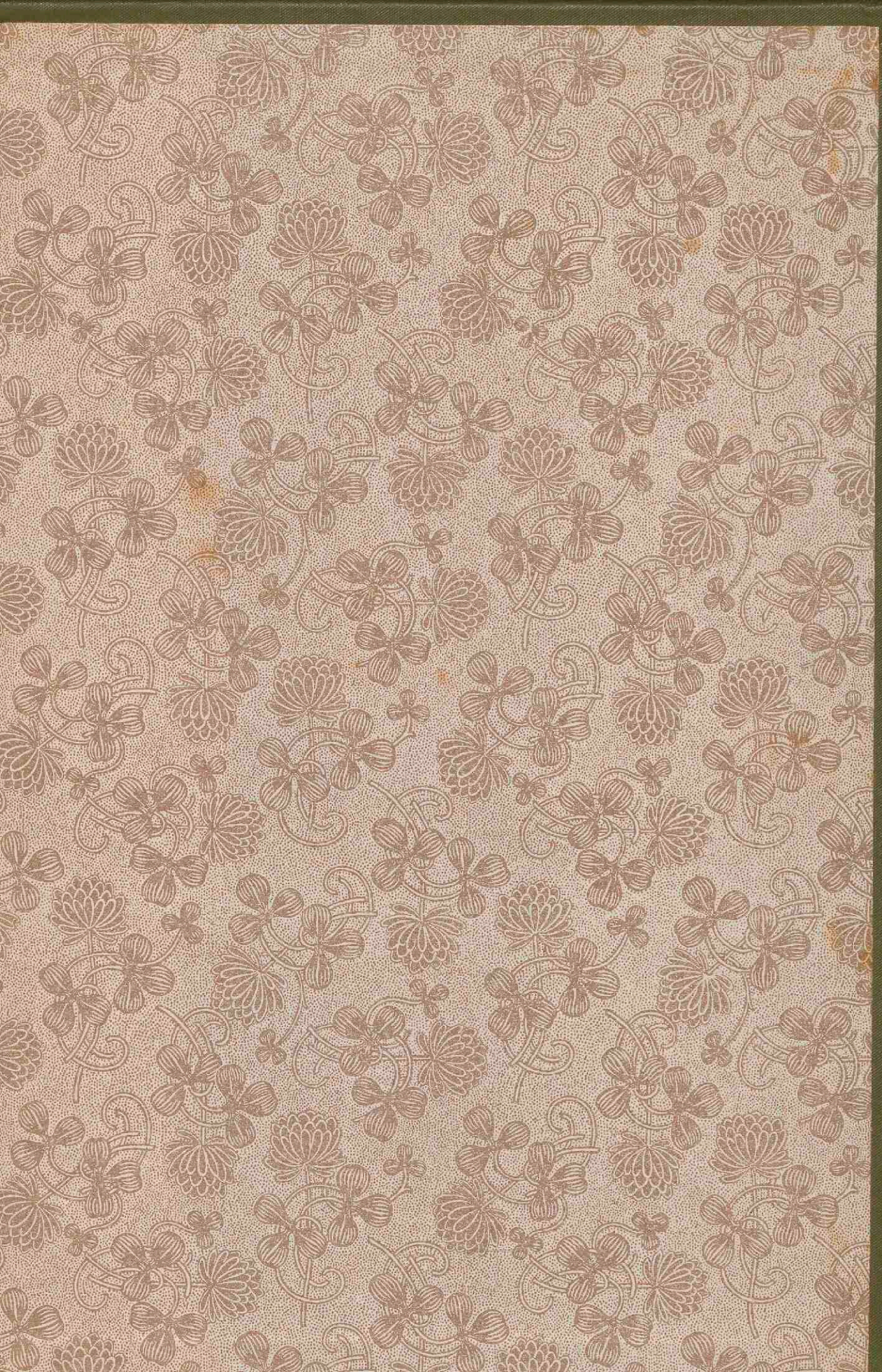
En nu moge uit de tegengestelde meeningen van verschillende schrijvers en het ontstaan van meerdere processen gebleken zijn, dat de bedoeling van den wetgever of de gegrondheid van zijn opvatting nog lang niet altijd voldoende werd

begrepen, toch geeft de zoo goed als constante jurisprudentie met betrekking tot art. 42 F. gegronde hoop op het verder doordringen van den geest der wet. Daartoe zal ook bij eventueele herziening der Faillissementswet een betere redactie kunnen bijdragen.

Moge het mij gelukken, ook door deze bescheiden proeve een beter begripen van des wetgevers bedoeling te bevorderen en, in dezen zin, het — wel wijze — woord van GAIUS hier niet van toepassing blijken:

Saepe de facultatibus suis amplius quam in
his est, sperant homines.





Dis