



Academisch proefschrift over het huwelijk door een gevolgmagtigde, volgens het burgerlijk Wetboek

<https://hdl.handle.net/1874/287740>

I 7
ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

OVER HET

HUWELIJK DOOR EEN GEVOLMAGTIGDE,
VOLGENS HET BURGERLIJK WETBOEK,

NA MAGTIGING VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS

MR. J. A. FRUIN,

GEWOON HOOGLERAAR IN DE REGTSGELEERDE FACULTEIT,

MET TOESTEMMING VAN DEN ACADEMISCHEN SENAAAT EN VOLGENS
BESLUIT DER REGTSGELEERDE FACULTEIT,

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN

Doctor in het Romeinsch en Hedendaagsch Regt,

AAN DE UTRECHTSCH E HOOGESCHOOL,

DOOR

WILHELM HENRIC IJSSEL DE SCHEPPER,

GEBOREN TE OIJSST.

TE VERDEDIGEN

op Vrijdag den 9 Junij 1865, des namiddags ten 2 ure.



GEDRUKT TE ZWOLLE, BIJ

DE ERVEN J. J. TIJL.

1865.

AAN MIJNE GROOTMOEDER.

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

INLEIDING.

Wanneer men, met het voornemen om een stof te zoeken ter behandeling voor een Academisch Proefschrift, het Burgerlijk Wetboek doorbladert, zal het wel niemand bevreemden, dat men onwillekeurig blijft stilstaan bij het hoofdstuk, dat over het huwelijk handelt, en zich daardoor als het ware aangetrokken gevoelt.

Er zijn toch slechts weinige regtsinstituten, die zulke gewigtige en veelzijdige gevolgen, zoowel voor de maatschappij in het algemeen, als voor de betrokkene personen in het bijzonder, na zich slepen, als het huwelijk.

Het besef van het groot belang der zaak moest dan ook den wetgever dringen, om met de naauwlettendste zorg de wettelijke bepalingen, zoowel omtrent de vereischten, als den vorm der huwelijksverbindtenis, vast te stellen.

De al of niet wettigheid toch dier verbindtenissen is niet alleen van invloed op den regts-toestand der contracterende personen zelve, maar daarvan is ook de burgerlijke staat afhankelijk der kinderen uit het huwelijk geboren, en daardoor worden tevens de regten bepaald, die zij en anderen op verschillende nalatenschappen kunnen doen gelden.

Het moct voorts als een eerste plicht van elken toekomstigen regtsverzorger beschouwd worden, om zich vooral bekend te maken met alle omstandigheden, die de wettigheid van een huwelijk in gevaar kunnen brengen.

Bij het onderzoeken daarvan heeft het onze aandacht getrokken, dat door den wetgever niet alle de gevolgen van het sluiten van een huwelijk bij volmagt, met die zorg zijn behandeld en met die juistheid omschreven, als het gewigt van het onderwerp schijnt te vereischen; en het is ons daarom voorgekomen, dat het behandelen der

daaromtrent in het Wetboek voorkomende bepalingen en het mededeelen van eenige opmerkingen daarover, geen ongeschikte stof zou wezen voor een Juridisch Proefschrift.

§ 1.

De bepaling, in ons Wetboek opgenomen, dat een huwelijk door eenen gevolmagtigde mag voltrokken worden, is, ofschoon in den Code Napoléon niet voorkomende, nogtans niet nieuw. In het Canoniek regt reeds waren zulke huwelijken als geldig erkend, en zoowel in de middeneeuwen als ook later vinden wij vele voorbeelden van huwelijken, voornamelijk van vorsten, op die wijze gesloten en door de geestelijkheid ingezegend.

Meestal werden daarbij zoo na mogelijk alle formaliteiten in acht genomen, welke gewoonlijk bij de voltrekking van een huwelijk in persoon plaats hadden.

Dit was onder anderen het geval met het huwelijk van Christiaan II met Elisabeth, zuster van Karel V, waaromtrent door Meerman in zijne Verhandeling over Christiaan II, uitgegeven

door het Koninklijk Nederlandsch Instituut, het volgende wordt medegedeeld:

„Het Gezantschap”, zoo verhaalt hij, „dat Christiaan II afzond tot het onderhandelen over zijn huwelijk met de zuster van Karel V, was zamengesteld uit den Bisschop Godske van Ahlefeld, den Rijks Kanselier Magnus Goye en eindelijk uit den Ridder Albert Jepse.

„Nadat dit gezantschap, waarvan Magnus Goye de bijzonder gevolmagtigde van Christiaan was, het Saksische Hof had bezocht, en van Keizer Maximiliaan, als grootvader en voogd, de toestemming tot het huwelijk met Elisabeth had verzocht en verkregen, werd het te Brussel op de volgende wijze ontvangen.

„Om drie uren haalden Hertog Jan van Saxon, de Markgraaf van Brandenburg, de Graaf van Hoorn en meer andere aanzienlijke Heeren de Gezanten van hunne herbergen af, met de uiterste plegtigheid en statie.

„De Bruidegom reed vooraan met den Hertog van Saxon, toen de Bisschop van Sleeswijk en de derde Ambassadeur, ieder met een' der overigen naast zich. De hoofdtrap van het Hof opgeklommen zijnde, bleven de zes genoemde

personen onder een prachtig *Baldaquin* staan. Van de andere zijde des traps verscheen toen Karel met zijne zuster, de Bruid, aan den arm.

„De gouvernante, die Eleonore aan de hand hield, volgde. Ook deze vier zich onder het *Baldaquin* geplaatst hebbende, trad de Aartsbisschop van Kamerring uit de zaal in een rood misgewaad, 't geen rijk verguld was, gekleed, en verrichtte de huwelijksplegtigheid. De Bisschop vroeg eerst Elisabeth in het Fransch en toen den Bruidegom in 't Duitsch, of zij op de bepaalde wijze met elkaâr een zulk verdrag wilden aangaan, en dit door hen met „Ja” beantwoord zijnde, voegde hij hunne handen ineen en verklaarde hun huwelijk voor wettig. Bruid en Bruidegom beklommen nu de trappen van het Hof, waar alles tot de godsdienstoefening bereid was, en ontvingen voor het Altaar de inzegening, volgens de gebruiken van de kerk, de mis ter zelfder tijd aanhoorende, waarna zij, onder het geklank van speeltuigen en orgel en het gejuich van 't volk, naar het Hertogelijk paleis terug keerden.

„Des avonds, tusschen 5 en 6 uren, wierden de Gezanten op nieuw even als des middags

plechtig afgehaald. Zij vonden op de zaal de vier Vorstelijke Personen en wierden, gelijk zij zeggen, met groote heerlijkheid van hen ontvangen. Een schoone overmate heerlijke tafel stond hier gedekt met overvloed van spijzen; door jonge groote edele mannen werden er telkens 16 of 18 schotels uit de keuken op geplaatst en de Herauten met hunne wapenrokken gingen in orde voor aan, 't geen zeer schoon was om te aanschouwen. Alle de Heeren van het Hof en Huis waren ten dienste van het Banquet. Na hetzelfde had er in deze zaal een steekspel te paard plaats en een Tournooispel tegen zes; dit wederom werd gevolgd door een Bal, 't geen tot 2 uren des nachts werd uitgerekt. Nu bragt men de Bruid te eer de Bruidegom gehaald door den Paltzgraaf, den Hertog van Saxon en den Markgraaf van Brandenburg met meer magtige Heeren, welke hem heerlijk in de Bruidskamer geleidden en zoo met alle heerlijkheid insgelijks te bed hebben gebragt, welk bruidbed overmate zeer kostelijk was toegerecht met gouden stukken en ander Bliandt. Dit geschiedde in tegenwoor-

digheid der Heeren Prinsen en Wapenherauten. Dan de Bruidegom moest spoedig weder opstaan, en hij, zoowel als de overige Gezanten wierden met dezelfde statie als zij waren afgehaald wederom naar hunne Herbergen terug gevoerd, waar men hun noodigde hunne rust te nemen, welke zij waarschijnlijk zouden behoeven."

Door sommigen is evenwel de twijfel geoperd, of ook na het Concilie van Trente de huwelijken bij procuratie gesloten, volgens het Canoniek regt als geldig te beschouwen zijn. Daar echter te dien opzichte door Paus Benedictus XIV gezegd wordt: ¹⁾ „Matrimonia per procuratorem contracta valent, ut communis est Theologorum etiam post Tridentinum scribentium sententia. Quamquam cautius est ut quae sic conciliata sunt iterum, praesentibus conjugibus, coram Parocho renoventur, quae tamen dicta sunt ad cautelam non autem ad necessitatem", zoo komt het mij voor, dat deze twijfel ongegrond is, en hoewel het gebruik veelal medebragt, dat huwelijken bij procuratie gesloten, later op nieuw kerkelijk werden ingezegend, zoo hield men zich daaraan echter niet

¹⁾ De Synodo Dioec. lib. 13 C. 23 n^o. 9.

altijd, zooals o. a. uit het voorbeeld van Hendrik IV blijkt, waarvan Pothier zegt: „Henri IV, après avoir épousé par procureur Marie de Médicis, consumma à Lyon son mariage avant la réitération de la cérémonie.” Ook in het Oud-Hollandsch Regt werden, zoowel op grond van het Canoniek als van het Romeinsche Regt, de huwelijken bij procuratie gesloten als geldig beschouwd. Zoo zegt o. a. Simon van Leeuwen ¹⁾: Sed et per epistolam aut per procuratorem matrimonium posse contrahi videtur ex l. 5 l. 6 et l. 34 D. de ritu nupt. ²⁾

Meer twijfel bestaat er echter tusschen de regtsgeleerden, of ook volgens den Code Nap.

1) Cens. for. lib. I Cap. 14 § 7.

2) Dezelfde schrijver zegt ook in zijn Roomsche Hollandsch Regt I. XIV. 5. „Wijders dat yemand uitlandig zijnde, door brieven, en volmagt kan getrouwd worden, sonder dat hij self tegenwoordig is, werd bij de D. D. bowcoert ex lex. 5. l. 6 l. 34 ff de Ritu nupt. Duaren de Nupt. cap. 2. Sulx ook met de Geestelijke regten overeenkomt l. final. de procurat. in 6 Gloss. in cap. cum societas. 27 quaest. 2. En Groenewegen getuigt dat bij ons meê onderhouden werd. tract. de legib. abrogat. ad d. l. 5. ff de Ritu nupt. So ook bij mijn tijd een persoon in Indiën zijnde, door een ander, die tot sulx in zijn naam te doen en ontfangen volmagt gegeven was, alhier in de kerk, met sekre Dogter is getrouwt geworden.

Zie ook Van der Keessel, Th. 37: Nuptiae post celebratam inaugurationem, quae & per procuratorem fieri potest, pro perfectis habentur, licet non accesserit adscensio thori nuptialis.

de huwelijken bij procuratie konden worden gesloten. Daar dit Wetboek bij ons tot 1 October 1838 kracht van wet heeft gehad, en er voorbeelden zijn dat ook onder vigeur van dat wetboek ten onzent huwelijken bij volmagt voltrokken zijn, moet het nog van het grootste belang geacht worden te onderzoeken, wat in dezen regtens is.

§ 2.

De voornaamste grond, waarop enkele der Fransche regtsgeleerden beweren, dat volgens den Code Nap. de huwelijken bij volmagt *niet* geoorloofd zijn, bestaat hierin: vooreerst dat er in den Code daaromtrent geene bepalingen voorkomen, en ten tweede, dat Art. 75 van den Code voorschrijft, dat de Ambtenaar van den Burgerlijken Stand bij het voltrekken van het huwelijk vooraf aan de contractanten zelve zal voorlezen het Chap. VI van den Titre du Mariage. In dit laatste voorschrift toch ligt, volgens Daloz, *) de duidelijke verpligting opgesloten voor partijen om in persoon bij de huwelijksvoltrek-

*) Jurisprudence du 19^e siècle in v. Mariage sect. 6 N^o. 5.

king tegenwoordig te zijn „Notamment dans la lecture aux parties”, dus drukt hij zich uit „l'on trouve l'obligation virtuelle d'y assister soi-même.” Zoo zegt ook Delvincourt in zijn Cours de Code Civil Tome I, Livre I, Titre VI, Section V: „Cette lecture ne peut avoir d'autre but que de faire connaitre aux époux leurs devoirs respectifs à une époque, où ils sont encore libres. On en conclut avec assez de raison, que l'on ne peut se marier par procureur.”

Met beide stemt ook cenigermate in Zachariä, in zijn Handbuch des Französischen Civilrechts, Band III § 453 noot 9 „Der C. C. verordnet nirgends ausdrücklich dass die Eheleute in *Person* erscheinen sollen. Jedoch lässt sich die Nothwendigkeit des persönlichen Erscheinens daraus ableiten, dass sonst die Art. 75 vorgeschriebene Vorlesung des 6 Kap. des Titels von der Ehe zwecklos sein würde.”

Hij laat er echter terstond op volgen: „Stark ist aber dieser Grund freilich nicht.” Toullier (Le droit civil français suivant l'ordre du Code, Livre I, Titre V, No. 574) is dan ook van een ander gevoelen, hoewel hij in eene noot zegt: „dans les conférences tenues au Conseil d'Etat,

Buonaparte dit qu'aujourd'hui le mariage n'a lieu qu'entre personnes présentes."

Merlin, in zijn Répertoire, in voce *Mariage* is hetzelfde gevoelen toegedaan als Toullier en wel op grond, dat in het algemeen een ieder door tusschenkomst van een gevolmagtigde alle zoodanige verbindtenissen kan aangaan, als waartoe hij zelf bevoegd zou zijn, en de wetgever dus, indien hij ten opzichte van de huwelijksverbindtenissen eene uitzondering had willen maken, dit met uitdrukkelijke woorden in het Wetboek had moeten bepalen; te meer omdat ook vóór de invoering van den Code Nap. in Frankrijk de huwelijken bij procuratie voor geoorloofd werden gehouden. Immers Pothier zegt „que lorsque concourent les trois conditions (mentionnées dans la décretale de Boniface VIII, trop évidemment calquées sur les vrais principes, pour n'être pas encore aujourd'hui admise comme raison écrite) le mariage célébré par procureur est valablement contracté."

Bij den grooten invloed, dien de werken van Pothier op de zamenstelling van den Code Nap. hebben uitgeoefend, mag men met regt veron-

derstellen, dat, wanneer de ontwerpers van dit wetboek in dezen van de leer van Pothier hadden willen afwijken, zij dit met uitdrukkelijke woorden in hun wetboek zouden hebben aangeduid. Daartegen schijnt het argument, door de voorstanders van het tegenovergesteld gevoelen getrokken uit het voorschrift van Art. 75, waarbij de voorlezing wordt gelast van eenige artikelen, betreffende de wederzijdsche verplichtingen van de echtgenooten, aan de contracterende partijen, zeer weinig afdoende en is, zoo als Zachariae zelf bekent, „freilich kein starker Grund" te meer, omdat het verzuim dezer voorlezing geen grond tot nietigverklaring van het huwelijk oplevert, waaruit voldoende blijkt, dat de wetgever daaraan, niet zoodanig gewigt gehecht heeft, dat daaruit alleen zoude kunnen worden afgeleid, dat de huwelijken bij procuratie verboden zijn. Men kan dus gerustelijk aannemen, dat even als onder het Oude Fransche regt, ook onder den Code Nap. de huwelijken bij volmagt gesloten als geldig moeten beschouwd worden.

Hoe dit zij, de zamenstellers van het tegenwoordig Nederlandsche Wetboek hebben niettemin te regt begrepen, dat het beter was aan allen twijfel ten dezen opzichte een einde te maken, door met ronde woorden in het Wetboek bepalingen op te nemen omtrent het sluiten van huwelijken door een gevolmagtigde.

Reeds in het eerste ontwerp van 1816 stond art. 191 de bevoegdheid tot het verleenen van het verlof, om het huwelijk door eenen gevolmagtigde te doen voltrekken, aan het Plaatselijk Bestuur of deszelfs commissarissen toe; het Ontwerp van 1820 (art. 177) aan den Ambtenaar van den Burgerlijken Stand. In beide die artikelen werd alleen het geval behandeld, dat de lastgever voor de plegtige voltrekking van het huwelijk was *overleden*, en beslist, dat in zoodanig geval het huwelijk zou beschouwd worden nimmer voltrokken te zijn.

Bij de behandeling dezer ontwerpen openbaarden zich in de Kamer, wat de hoofdzaak betreft, drie verschillende gevoelens: *het eerste*, dat een huwelijk volstrekt niet bij procuratie

moest kunnen voltrokken worden, omdat eene procuratie uit haren aard kan worden teruggenomen; *het tweede*, dat het artikel overbodig was, omdat de huwelijken bij procuratie onbepaald moesten toegelaten worden; en *het derde*, dat als regel de tegenwoordigheid der aanstaande echtgenooten bij het voltrekken van een huwelijk moest vereischt worden, doch dat den Koning het regt moest worden toegekend, om, bij uitzondering, hiervan dispensatie te geven en toestemming te verleenen, dat het huwelijk bij volmagt zou worden voltrokken.

Dit laatste gevoelen werd door den heer Nicolai op de volgende wijze verdedigd: ¹⁾ „Les époux doivent se présenter en personne devant l'Officier de l'état civil, voilà encore la règle générale; mais ne pourra-t-on jamais contracter mariage par procureur? voilà l'exception.

Dans le premier projet le mariage par procureur était permis d'une manière indéfinie. Pour justifier cette innovation, l'on disait qu'elle était indispensable dans un pays qui possède au loin des colonies, habitées par un grand nombre de jeunes gens, qui quittent la patrie

¹⁾ Voorduin II, bl. 238.

pour y aller exercer leur industrie, ou pour y occuper des emplois lucratifs; que sans cette faculté ces hommes seraient obligés de vivre dans le célibat pendant leur absence, et de renoncer à des projets de bonheur, conçus avant le départ. Mais qu'en autorisant le mariage par procureur on les mettrait à même de commencer seuls un établissement dans les Indes, et, en cas de prospérité, de faire partager ces avantages à des personnes déjà choisies, mais qui sans titre d'épouse légitime ne quitteraient point la maison paternelle, pour, avec le seul espoir du mariage, s'exposer aux dangers d'un voyage de long cours, et à ceux non moins à craindre de l'inconstance.

Il est difficile de répondre à des raisons aussi fortes. L'on sent que le mariage par procureur ne doit pas être entièrement défendu. Mais peut on sans danger l'admettre d'une manière absolue? Le projet de loi, que nous discutons, me semble avoir évité l'un et l'autre excès en remettant à la sagesse du Roi la faculté d'autoriser ces sortes de mariages. Le mandat, réquis dans cette circonstance, aura tous les effets, que se contrat produit ordinairement

sauf l'exception, qui dériverait d'un mariage légal, antérieurement contracté. Dans ce cas il y a deux mariages, l'un *de fait*, et l'autre *de droit*, et comme ils ne peuvent avoir une existence simultanée, celui qui n'a pas été consommé, doit naturellement être considéré comme non avenu, ce qui n'exemptera pas l'époux coupable de l'obligation, d'indemniser la personne qu'il a trompée."

Dit gevoelen behield de overhand, en daar aan heeft Art 134 zijnen oorsprong te danken tot de behandeling van welk artikel wij thans zullen overgaan.

§ 4.

Art. 134 Burgerlijk Wetboek luidt als volgt: „Het zal aan den Koning vrijstaan om, uit hoofde van gewigtige redenen, aan partijen te vergunnen het huwelijk door eenen bijzonderen bij authentieke akte gevolmagtigde te mogen voltrekken.

Indien de lastgever, voor dat het huwelijk voltrokken is, wettiglijk met een ander persoon mogt zijn in den echt getreden, zal het huwe-

lijk, door een gevolmagtigde voltrokken, als niet geschied beschouwd worden."

Hoe nuttig het nu ook is, dat deze bepaling, zooals wij reeds hebben aangetoond, in het Wetboek opgenomen werd, zoo heeft zij nogtans tot vele, en daaronder gewigtige, rechtsvragen, aanleiding gegeven, omtrent welke beantwoording de uitstekendste rechtsgeleerden onderling van gevoelen verschillen.

Het ware wel te wenschen geweest, dat de wetgever het niet bij het opnemen van dit enkele artikel omtrent dit onderwerp in het Wetboek had laten berusten, maar zich tevens een weinig meer de gevolgen, welke kunnen voortvloeijen uit de verleende bevoegdheid, om door eenen gevolmagtigde een huwelijk te sluiten, had voor oogen gesteld, en zoo door het geven van bepaalde voorschriften de quaestiën waren voorgekomen, over welke oplossing de geleerden thans strijd voeren.

Deze vloeijen hoofdzakelijk voort uit de moeilijkheid, om te bepalen, in hoever de voorschriften der wet betrekkelijk lastgeving in het algemeen, ook van toepassing zijn op de lastgeving tot het aangaan van een huwelijk ver-

strekt, en welke uitzonderingen daarop moeten worden aangenomen, op grond van het eigenaardig verschil, dat er bestaat tusschen een huwelijksverbindtenis en andere verbindtenissen.

Wij zullen alzoo bij de behandeling van de twistvragen, waartoe dit artikel aanleiding gegeven heeft, de daarop betrekkelijke wetsbepalingen omtrent lastgeving ter toetse moeten brengen, doch willen vooraf nog een paar opmerkingen maken met betrekking tot de Koninklijke bewilliging.

Hierbij heeft men in de eerste plaats de vraag geopperd, wat men te verstaan hadde onder *gewichtige redenen*.

Nergens vindt men hiervan eenige aanduiding in het Wetboek zelf. Het blijkt alleen uit de beraadslaging in de Tweede Kamer der Staten Generaal over dit Artikel gehouden, dat men daarbij voornamelijk op het oog heeft gehad, om te gemoet te komen aan de bezwaren en kosten, die er in het voltrekken van een huwelijk gelegen waren voor hen, die zich in onze Overzeesche bezittingen bevinden, en zich reeds vroeger verbonden hadden om, bij gunstige omstandigheden, in het huwelijk te treden met

hier te lande zich bevindende personen. ¹⁾ De algemeene bewoordingen van het Artikel evenwel laten niet toe, om dit alleen tot zoodanige gevallen te beperken. Men kan toch ook zeer wel andere gewigtige redenen denken, die op gelijke dispensatie aanspraak zouden kunnen geven. De slotsom is derhalve deze: dat bij gemis van eenige omschrijving dier redenen in het wetboek de beoordeeling daarvan geheel aan de wijsheid des Konings is overgelaten en dat het ontzag aan diens beslissing in dezen verschuldigd, verbiedt, om later in eenig onderzoek over het meerdere of mindere gewigt dier redenen te treden.

Een tweede vraag, die gedaan is, is deze: door wien moet het verzoek tot dispensatie in dezen aan den Koning gerigt worden? Dat dit in den regel door den persoon zelf, die zich in den echt wil begeven, zal moeten geschieden, lijdt wel geenen twijfel; doch hoe, wanneer deze nog minderjarig is? Er zijn er, die beweren, dat in dat geval het verzoek moet geschieden door dengenen, hetzij vader, voogd of wie ook, wiens toestemming tot het aangaan

¹⁾ Voorduin. Dl. II, bl. 238.

van een huwelijk vereischt wordt. Daar echter deze toestemming slechts als een bijkomende moet beschouwd worden, maar de toestemming van den minderjarige zelf, die het huwelijk aangaat, hoofdzaak is, zoo komt het ons eigenaardiger voor, dat ook het verzoek door hem zelf tot den Koning worde gerigt, met bijvoeging der noodige bescheiden, om aan te toonen, dat zij, wier goedkeuring tot het huwelijk vereischt wordt, hem deze niet zullen onthouden. Het spreekt toch van zelf, dat hij, die volgens de wet bevoegd is, om het huwelijk aan te gaan, ook bevoegd moet wezen om de toestemming van den Koning te verzoeken.

Onder de vragen, die men zich bij de behandeling van dit artikel heeft voorgesteld, behoort ook nog deze, of bij het sluiten van een huwelijk beide partijen door eenen gevolmagtigde kunnen vertegenwoordigd worden. Of schoon zich dit geval, daar het huwelijk altijd ter woonplaats van een van beide partijen moet gesloten worden, zelden zal voordoen, en ook de Koning, om de eigenaardige bezwaren, die er in de gevolgen uit het voltrekken van een huwelijk bij volmagt kunnen ontstaan, en die

alsdan in dubbele mate zouden aanwezig zijn, naar ons oordeel niet ligt zoodanige dubbele dispensatie zou verleenen, zoo bevat de wet niettemin geenerlei bepaling, die zulks verbiedt en zal dit dus ook om gewigtige redenen kunnen geschieden.

Zelfs heeft zich het geval hier te lande reeds volgender wijs voorgedaan: Een koopvaardijkapitein had buitenslands een huwelijk aangegaan, waarvan verzuimd was hier te lande de noodige afkondiging te doen. Hierop opmerkzaam gemaakt, ontdekte hij de onwettigheid van zijn huwelijk; slechts korten tijd voor dat hij eene nieuwe zeereis zou ondernemen, waarop zijne vrouw hem wilde vergezellen. De onwettigheid van het huwelijk zoo spoedig doenlijk door een wettig huwelijk wenschende weg te nemen, verzochten beiden aan den Koning vergunning, om hun huwelijk van beide kanten door eenen bijzonderen gevolmagtigde te doen sluiten, en op dit verzoek volgde eene gunstige beslissing. In zoodanig geval komt het mij voor, dat er werkelijk voldoende gewigtige redenen aanwezig zijn, om de Koninklijke vergunning te verleenen.

Eindelijk heeft men nog de vraag gesteld, of ook de naam van den gevolmagtigde in het aan den Koning gericht verzoek moest vermeld zijn, en men heeft deze vraag in verband gebragt met een andere, of namelijk ook vrouwen en minderjarigen als gevolmagtigden in dezen kunnen optreden.

Aangezien echter bij het beoordeelen, of er al of niet termen bestaan, om het verzoek in te willigen, alleen de persoon des verzoekers en diens omstandigheden in aanmerking kunnen komen, en het geheel onverschillig mag geacht worden, wie hem zal vertegenwoordigen, mits deze slechts volgens de algemeene regtsregelen bevoegd zij, om als gevolmagtigde op te treden, zoo komt het ons ten eenemale overbodig voor, dat de naam des lasthebbers in het verzoekschrift aan den Koning vermeld worde, en aangezien bij Art. 1835 Burg. Weth. bepaald is, dat ook vrouwen en minderjarigen als gemagtigden kunnen handelen, zoo zien wij ook geenerlei redenen, waarom men bij huwelijken bij procuratie eene uitzondering zoude moeten aannemen, die niet in onze wet vermeld is.

Bij het onderzoek, in hoever de bepalingen in ons Wetboek omtrent lastgeving vervat, van toepassing zijn op het geval van lastgeving tot het aangaan van een huwelijk, valt het al dadelijk in het oog, dat de wetgever in de slotbepaling van Art. 134, luidende: „Indien de lastgever, voor dat het huwelijk voltrokken is, wettiglijk met eenen anderen persoon mogt zijn in den echt getreden, zal het huwelijk bij eenen gemagtigde voltrokken als niet geschied beschouwd worden”, eene uitzondering heeft daar gesteld op de algemeene regelen, betrekkelijk lastgeving, door namelijk de wettig en over-eenkomstig zijne lastgeving, door den lasthebber verrigte daad, nietig te verklaren. De reden hiervan wordt door den heer Nicolai aldus opgegeven: „Dans ce cas il-y-a deux mariages l'un de fait et l'autre de droit, et comme ils ne peuvent avoir une existence simultanée, celui qui n'a pas été consommé, doit naturellement être considéré comme non avvenu. Dit gaat echter te ver. Indien toch de eenige reden dezer bepaling daarin te zoeken ware, que le

mariage à été consommé, dan zoude eveneens het huwelijk in persoon voltrokken, ook dan moeten gelden wannecr dit huwelijk later dan dat bij procuratie gesloten ware, indien het slechts vroeger geconsommeerd was.

Met volkomen regt wordt dit geleerd door Prof. Opzoomer ¹⁾ „Men is hierin te ver gegaan, en heeft daardoor getoond het ware beginsel onzer wet niet te vatten. Immers volgens die beschouwingen, zou het huwelijk bij procuratie voltrokken, niet slechts als het het latere, maar zelfs als het het vroegere was, nietig moeten zijn, daar het dan ook de zamenwoning miste, maar de andere verbintenis reeds gevolgd is. Zoover kon de wetgever die nietigheid onmogelijk uit strekken; waar toch zouden dan de grenzen zijn? en zou het huwelijk bij procuratie alleen dan kunnen gelden, onder de voorwaarde dat het door zamenwoning gevolgd wordt. De wetgever heeft hier midden door willen zeilen, en zonder naar de wettigheid van het eerste huwelijk, uit de leer van het mandaat, te vragen, alleen naar het feitelijk bestaan van het huwelijk gevraagd, en daarom in het tweede lid van ons artikel uitdrukkelijk bepaald, dat het hu-

¹⁾ Het Burg. Wetb. I, bl. 43.

welijk bij procuratie voltrokken, als niet geschied wordt beschouwd, wanneer er vóór dien tijd door den persoon zelven een ander huwelijk gesloten is. Is daarentegen het huwelijk bij procuratie reeds voltrokken, dan is het volgende dat in persoon gesloten wordt onwettig”.

Eene tweede vraag, die hierbij opgeworpen is, is deze, welke van beide huwelijken als nietig moet beschouwd worden, wanneer het huwelijk in persoon en dat bij procuratie op den zelfden dag is gesloten. Ook in dit geval is door den wetgever niet voorzien.

Wij hebben echter zoo even opgemerkt, dat de eenige grondslag der slotbepaling van Art. 134, waarbij het eerst voltrokken huwelijk voor geldig wordt verklaard, gelegen is in de feitelijke prioriteit, zoodat bij de beslissing dezer vraag welligt ook op het uur der voltrekking zoude moeten worden acht geslagen, en de quæstie zich dus slechts in dat zeldzame geval zoude voordoen, wanneer beide huwelijken niet slechts op den zelfden dag maar ook op het zelfde uur waren gesloten.

Mogt dit het geval zijn, dan komt het ons voor, dat de algemeene regelen omtrent last-

geving moeten gelden, en het huwelijk bij procuratie als wettig gesloten moet beschouwd worden. Het huwelijk in persoon voltrokken, valt in dit geval niet meer in de termen der uitzondering, in de slotbepaling van ons artikel op die algemeene regel daargesteld.

Eene tweede uitzondering is deze, dat, volgens de gewone regelen van lastgeving, de last ook kan worden gegeven bij onderhandsche acte, zelfs bij eenen brief, of ook bij monde, terwijl in dezen de wetgever teregt bevolen heeft, dat de procuratie niet anders dan bij authentieke akte kan verleend worden, omdat de Ambtenaar van den Burgerlijken Stand, die verklaren moet dat het huwelijk wettig is voltrokken, ook in de gelegenheid moet zijn om zich van de echtheid van de volmagt te vergewissen. De gevollmagtigde moet bovendien bijzonder tot het voltrekken van dit huwelijk gemagtigd zijn, en het is alzoo niet voldoende, dat hem daartoe in algemeene bewoordingen de magt verleend zij, maar ook de naam, met voldoende aanduiding van den persoon, moet in de volmagt vermeld zijn, daar er anders niet genoegzaam zoude blijken van de toestemming, welke als eerste

hoofdvereischte tot het aangaan van een huwelijk gevorderd wordt. Van daar dat de uitdrukking in het artikel, van een *bijzonder daartoe* gevolmactigde niet als overbodig te beschouwen is. Verder behelst artikel 46 van het Wetboek het voorschrift, dat, wanneer het huwelijk door een gevolmactigde wordt voltrokken, er van die omstandigheid uitdrukkelijk melding zal gemaakt worden in de akte.

Deze bloote vermelding is voldoende, omdat volgens artikel 231, de volmagten en andere stukken, welke bij de akte van den Burgerlijken Stand worden gevorderd, zullen aangehecht blijven aan de registers, welke ter Griffie van de Arrondissements-Regtbank zullen worden overgebracht.

§ 6.

Beschouwen wij thans achtereenvolgens de redenen, waarom lastgeving eindigt, dan vinden wij in de eerste plaats in artikel 1850: „Lastgeving eindigt door de herroeping van den lasthebber.”

Dat dit ook in den regel van toepassing moet

zijn bij procuratie tot het aangaan van een huwelijk, is buiten eenigen twijfel. Eene andere vraag is het echter, of de bijzondere aard van een huwelijksverbindtenis, welke geen gewoon burgerlijk contract is ¹⁾, waarbij niet enkel materiele belangen, maar ook persoonlijke genegeheid en morele belangen op het spel staan, en waarbij alzoo het werkelijk aanwezig zijn van den *consensus*, op het oogenblik zelf van het sluiten der verbindtenis, nog van meer gewigt is dan bij andere contracten; of die bijzondere aard van het huwelijkscontract, zeg-

¹⁾ Bij Prof. Opzoomer, in zijne Aanteekeningen op Artikelen die nog verklaring behoeven, pag. 35, noot, lezen wij:

„Wij zeggen noch „eenvoudig een contract”, noch „niet anders dan een gewoon burgerlijk contract”, gelijk Mr. van der Voort, het Ned. Burg. Wetb., I 68, zich uitdrukt. In onzen Weg der Wetenschap, § 15, n^o. 5, schreven wij: „Ook het huwelijk is geen contract uitzonderlijk. Wel verraden beiden (de staat en het huwelijk) in sommige karaktertrekken de contractsnatuur, maar zij gaan in het begrip van een contract niet op. Mr. Diephuis t. a. p., 2^o druk, I, 161, wies dan ook op die uitspraak, en noemde ons met Mr. Nienhuis en de bestrijders van Mr. van der Voort. Daarentegen werd ons door Mr. Nienhuis, Acad. Voorl., I. 305 en Prof. van Hall, Hand. I 197 vlg., de herleiding van het huwelijk tot niets meer dan een contract geheel ten onrechte toegedicht. Wij zouden willen weten, welke der verschilpunten tusschen huwelijk en contract, o. a. door Prof. van Hall opgenoemd, door ons miskend is, en van den anderen kant mogen wij vragen, of beide regtsgeleerden dan toch niet evenzeer als wij in het huwelijk, als wilsverklaring beschouwd, een contract zien, al moge er dan ook, wat door ons nimmer betwist werd, nog veel meer in te zien zijn.”

gen wij, wel gedooft om daarop ook van toepassing te achten de bepalingen omtrent lastgeving, vervat in art 1852, luidende: „De herroeping alleen aan den lasthebber kenbaar gemaakt zijnde, kan aan derden, die, daarvan onkundig, met hem gehandeld hebben, niet worden tegengeworpen, behoudens het verhaal van den lastgever op den lasthebber.”

Ten opzichte dezer vragen worden door de meeste schrijvers twee gevallen onderscheiden. Het eerste is dit wanneer de herroeping, of schoon werkelijk geschied zijnde, aan den lasthebber, op het tijdstip der voltrekking van het huwelijk onbekend is. In dat geval wordt door sommigen beweerd dat de herroeping als niet geschied moet beschouwd worden. In het andere geval, wanneer de herroeping wel aan den lasthebber bekend gemaakt, maar door dezen verzwegen is. Mr. Diephuis ¹⁾ is, in strijd met de bepaling in Art. 1852, boven door ons aangehaald, van gevoelen, dat het huwelijk nietig is. Hij beroept zich tot staving dezer meening hierop, dat het hier geen gewoon burgerlijk contract geldt, en dat tot het wezen van het huwelijk,

¹⁾ Ned. Burg. Regt. Dl. I bl. 224.

de vrije toestemming der aanstaande echtgenooten vereischt wordt, eene toestemming die hier alzoo blijkbaar niet bestaat ¹⁾. Deze reden die uit een zedelijk oogpunt niet zonder gewigt is, moet echter, wannecr zij als geldig te beschouwen is, evenzeer van toepassing zijn op het eerste geval, dewijl de herroeping ook daar heeft plaats gehad, al is die aan den lasthebber onbekend, en ook toen bij het sluiten der huwelijksverbintenis de toestemming van een der beide partijen inderdaad ontbrak. Op dezen grond wordt dan ook door de heeren Sassen, de Pinto en anderen, het huwelijk in beide gevallen als nictig beschouwd, behoudens het recht der betrokkene partijen, om schadevergoeding te vorderen. En werkelijk wanneer men let op het groote gewigt eener verbintenis als die van het huwelijk, waarbij geheele overeenstemming

¹⁾ Pothier, in zijn Contrat du Mariage No. 367, zegt te dien opzichte: „Il faut que la procuration n'ait point été révoquée avant la célébration: Si elle avait été révoquée avant la célébration, le mariage ne serait point valablement contracté, quand même lors de la célébration mon procureur et la personne, qu'il a épousé en mon nom, auraient ignoré et n'auraient pu savoir cette révocation. La raison de la différence est, que le consentement des parties est tellement de l'essence du mariage au temps, auquel il se contracte, que lorsqu'il a cessé par la révocation de la procuration, quoiqu'ignorée, il ne peut pas se suppléer, pour quelque cause, que ce soit.”

als zulk een essentiël bestanddeel moet worden aangemerkt, dan kan men niet anders dan geneigd zijn, om elk wettig bewijs van welken aard dan ook, dat de toestemming van een der partijen, op het tijdstip van het voltrekken des huwelijks ontbroken heeft, als wettigen grond tot nietigverklaring van het huwelijk aan te nemen ¹⁾.

Wanneer men de zaak echter van een zuiver juridisch standpunt beschouwt, in verband met de bepalingen omtrent lastgeving in ons Wetboek vervat, dan schijnt er gezonde reden tot twijfel te bestaan, of de redenering omtrent het ontbreken van de toestemming, op het oogeblik van het sluiten der overeenkomst, wel als een afdoende grond tot nietigheid mag worden aangenomen.

¹⁾ Dit gevoelen wordt ook voorgestaan door Mr. W. van de Poll in zijne uitstaante dissertatie: *De Causis ex quibus matrimonium impugnari potest*, alwaar wij op bladz. 67 lezen: „Sed etiam propter alias causas potest mandans revocare mandatum, atque procurator, nescius hujus revocationis, mandatum obsecutus est et contraxit nuptias. Etiam tunc secundum regulas generales mandati, matrimonium valeret, nam haec revocatio iis, qui bona fide cum procuratore egissent, non potest obijci (Art. 1852) atque valet quod procurator, nescius causae, qua cessat mandatum, peregit in hac ignorantia (Art. 1855). Quia autem matrimonium obiectum substantiale est mandati ideo etiam regitur ejus regulis; secundumhas in art. 85 liber consensus efficit essentiam matrimonii. Ille prorsus deficit; matrimonium igitur, ipso jure, nullum est, salva actione ad dandum et interesse.

Bij alle overeenkomsten toch is de consensus een eerste vereischte, en desniettegenstaande bepaalt Art. 1852, dat de herroeping niet aan derden, die daarvan onkundig met hen gehandeld hebben, kan worden tegengeworpen. Op dezen algemeenen regel nu bevat het Wetboek geene uitzondering ten opzichte van lastgeving tot het aangaan van een huwelijk, hoedanige uitzondering wel voor een ander geval vervat is in de slotbepaling van Art. 134.

Het moet derhalve minstens als twijfelachtig beschouwd worden, of de regter die wel zou mogen aannemen op zoo betwistbaren grond, als die betrekkelijk het ontbreken van den consensus.

Het blijft dus zeer te betreuren, dat de wetgever in dezen niet met ronde woorden uitpraak heeft gedaan.

§ 7.

Dit geldt in zekere mate eveneens omtrent de volgende bepalingen van Art. 1850, waar gezegd wordt, dat lastgeving eindigt door den dood van den lastgever, in verband met het

voorschrift van Art. 1855 luidende: „Indien de lasthebber onbewust is van den dood des lastgevers of van het bestaan van eenige andere oorzaak, die den last doet eindigen, is hetgeen hij in die onwetendheid gedaan heeft, van waarde. In dat geval moeten de verbintenissen door den lasthebber aangegaan, nagekomen worden, ten aanzien van derden die in de goede trouw zijn”. Ook hier heeft de wetgever geene uitzondering gemaakt, ten opzichte van lastgeving tot het aangaan van een huwelijk, en moet dus alweer onderzocht worden in hoeverre die uitzondering uit den bijzonderen aard van het huwelijkscontract zelf voortvloeit. Ook hierover echter zijn de geleerden het niet in alle opzigten eens.

Wanneer de lastgever overleden is vóór het voltrekken des huwelijks bij procuratie, dan zou alleen de vraag kunnen geopperd worden, of zoodanige voltrekking van eenige waarde is ten opzichte van de materieele gevolgen des huwelijks, zooals daar zijn de huwelijks-gemeenschap, enz., want wat het huwelijk zelf betreft, al nam men aan, dat het fictief bestaan had, dan zou het toch door den dood reeds

ontbonden zijn. De reden van twijfel ligt hier alweder in de algemeene bepalingen omtrent lastgeving, en wel in de aangehaalde woorden van artikel 1855: „Indien de lasthebber onbewust is van den dood des lastgevers, is hetgeen hij in die onwetendheid verrigt heeft van waarde”. De vraag of dit artikel ook van toepassing kan zijn bij huwelijken door eenen lasthebber voltrokken, hangt eenigermate af van de beantwoording der vraag, of men daarbij den persoon als object dan wel als subject te beschouwen hebbe.

Beschouwt men den lastgever als subject en niet als object, dan zou de huwelijksverbintenis, volgens dit artikel, als geldig moeten beschouwd worden in hare gevolgen, want de redenering van den heer Diephuis ¹⁾, dat niet gehandeld kan worden voor en in naam van iemand die niet meer bestaat, gaat niet op; ware dit zoo, dan zou het op alle contracten van toepassing moeten zijn, maar art. 1855 bepaalde juist het tegendeel, zooals Prof. Opzoomer terecht aanmerkt ²⁾. Dit artikel zegt

¹⁾ Ned. Burg. Regt. Dl. I bl. 225.

²⁾ Aanteekeningen op Art. die nog verkl. behoeven Dl. I bl. 45 (noet).

immers dat de verbintenissen geldig zijn aangegaan door den lasthebber, die onbewust is van den dood des lastgevers. Prof. Diephuis dwaalt dus wanneer hij de nictigheid van zoodanig huwelijk aannemende zegt: „Ik grond dit op het ontbreken van eene der partijen en beschouw dien lastgever ook hier als subject, niet als object.” Stemt men daarentegen in met de woorden van Toullier ¹⁾, „c'est la personne physique, qui est l'objet essentiel du mariage, le reste n'est qu'accessoire”, dan moet van zelf het huwelijk — na den dood des lastgevers voltrokken — als niet geschied beschouwd worden, want de zaak die het onderwerp der overeenkomst uitmaakt, de *persoon*, heeft opgehouden te bestaan, zooals art. 1480 B. W. leert: wanneer de zaak welke het onderwerp der overeenkomst uitmaakte vergaat, vervalt de verbintenis; zoo moet ook hier het huwelijk als niet geschied beschouwd worden, en daar Toullier terecht aanmerkt: le reste n'est qu'accessoire, zoo kan uit zoodanig huwelijk ook geene huwelijks-

¹⁾ Le droit Civil Français suivant l'ordre du code. Tome I
pag. 261.

gemeenschap of ander materieel gevolg ontstaan

§ 8.

Een nieuw bezwaar ontstaat uit de bepaling van art. 1850, dat lastgeving eindigt door de curatele, den staat van faillissement of van kennelijk onvermogen, hetzij van den lastgever hetzij van den lasthebber, in verband met de bepaling van art. 1855, waarbij is vastgesteld dat, indien de lasthebber onbewust is van het bestaan van eenige andere oorzaak die den last doet eindigen, hetgeen hij in die onwetendheid verrigt heeft, van waarde is.

Blijkbaar heeft de wetgever bij het vaststellen dezer bepalingen alleen zoodanige verbindtenissen op het oog gehad, waar sprake is van materieele belangen, maar niet het minst gedacht aan huwelijksverbintenissen bij procuratie gesloten.

Welke reden toch zou er kunnen bestaan om huwelijken door eenen gevolmagtigde gesloten, geldig te verklaren, wanneer hij niet geweten heeft dat zijn lastgever onder curatele gesteld is of in staat van faillissement of ken-

nelijk onvermogen verkeert en daarentegen niet, wanneer hij het wel geweten maar verzwegen heeft. Voor de partij die in de goede trouw is, is dit volkomen hetzelfde, voor den lastgever eveneens; ook ten zijnen opzichte doet het niets ter zake, of de lasthebber het wist of niet. Het schijnt dus in dit geval ongerijmd de al of niet geldigheid van het huwelijk van de onwetendheid van den lasthebber te doen afhangen. Intusschen, het voorschrift der wet is algemeen en wij zullen dus te onderzoeken hebben, in hoeverre de bijzondere aard van de huwelijksverbintenis gebiedt daarop uitzondering te maken.

Zooals wij vroeger reeds hebben opgemerkt, komt het in zekeren zin nog meer dan bij andere overeenkomsten bij het huwelijk er op aan, dat de consensus werkelijk aanwezig is op het oogenblik van het sluiten des huwelijks, omdat hier de personen der contractanten over en weêr tevens als het ware het object der overeenkomst zijn. Hieruit volgt van zelf, dat de bepaling in het Wetboek, dat procuratie eindigt wanneer de lasthebber in staat van faillissement of kennelijk onvermogen verkeert, en die enkel geschreven

is met het oog op die gevallen, waarin het onderwerp der overeenkomst bestaat in geldelijke praestaticen of andere materieele belangen, welke gevaar zouden loopen, door den staat van faillissement of kennelijk onvermogen van den lasthebber, niet van toepassing is bij procuratie tot het aangaan van een huwelijk, aangezien hier door het in staat van faillissement of kennelijk onvermogen verkeeren van den lasthebber, geenerlei schade aan partijen kan worden toegebracht. Zeer zeker zou dan ook de wetgever, indien hij bij de behandeling van het hoofdstuk over lastgeving in het algemeen gedacht had aan lastgeving tot het aangaan van een huwelijk, in dezen eene uitzondering hebben gemaakt.

Het blijft niettemin twijfelachtig, of, terwijl de uitzondering niet in de wet is opgenomen, deze door den regter mag worden aangenomen.

Wat nu het eindigen van de lastgeving door het onder curatele stellen van den lasthebber betreft, zoo schijnt bij den eersten blik hiervoor eene gegronde reden aanwezig te zijn in de bevoegdheid van dezen, om zonder zijnen curator overeenkomsten te sluiten.

Wanneer men echter in aanmerking neemt, dat art 1835 Burg. Wetb. toelaat, om ook minderjarigen en gehuwde vrouwen tot lasthebbers te benoemen, welke evenmin bevoegd zijn tot het aangaan van overeenkomsten, zonder medewerking van hun voogd of echtgenoot, dan komt het ons voor, dat men ten opzichte van het eindigen van lastgeving tot het aangaan van een huwelijk, in aanmerking had moeten nemen, om welke redenen de onder curatele-stelling van den lasthebber heeft plaats gehad. Men zoude dan welligt alleen krankzinnigheid als voldoende grond tot het doen eindigen dezer lastgeving hebben aangenomen, niet op grond der curatele maar op grond der krankzinnigheid. Er wordt toch, zoo als wij boven gezien hebben, eene bijzondere procuratie tot het aangaan van een huwelijk vereischt, zoodat er te dien opzichte voor den lastgever geen gevaar in het vollbrengen van den last door eenen onder curatele gestelden bestaat, en deze alleen schijnt geweerd te moeten worden, wanneer hij niet in staat is om zijnen wil te verklaren. Daar-entegen zal de lastgever, die veelal op verre afstand woont, er in meest alle gevallen belang

bij hebben, dat de lastgeving niet eindigt, om redenen die alleen betrekking hebben op den tusschenpersoon des lasthebbers, wiens geheele taak enkel bestaat in het uitspreken der toestemming, reeds door de authentieke akte van lastgeving geconstateerd, bij het sluiten des huwelijks voor den Ambtenaar van den Burgerlijken Stand. Ontneemt men nu die bevoegdheid aan den lasthebber, om redenen die alleen zijnen persoon betreffen, dan brengt men daardoor voor den lastgever het groote ongerief te weeg, dat welligt tot het bekomen eener nieuwe procuratie, het huwelijk een jaar of langer zal moeten worden uitgesteld.

§ 9.

Ten aanzien der bepalingen van bovengenoemde artikelen, betrekkelijk het eindigen der lastgeving door de onder curatele stelling en het in staat van faillissement of kennelijk onvermogen verkeereren van den lastgever, doen zich nog meerdere zwaarigheden ten opzichte van het huwelijk voor.

Volgens die bepalingen toch, zoo als zij daar

geschreven staan, zal ook dan, wanneer de lastgever wegens krankzinnigheid onder curatele gesteld is en de lasthebber daarvan onbewust het huwelijk gesloten heeft, die overeenkomst geldig zijn ten opzichte van derden, die ter goeder trouw waren.

Intusschen bepaalt art. 85 Burg. Wetb.: „Tot het wezen van het huwelijk wordt de vrije toestemming der aanstaande echtgenooten vereischt,” en is mitsdien het huwelijk nietig, waaraan die vrije toestemming ontbreekt.

Zoodanige toestemming schijnt echter in het door ons vooropgestelde geval te ontbreken, op het oogenblik van het voltrekken van het huwelijk. Bij eenen krankzinnige toch is er en kan er geen sprake zijn van vrije toestemming en schijnt er zelfs in het geheel geen sprake van wilsverklaring te kunnen zijn, zoodat dan ook vele regtsgeleerden, en daaronder Zacharia¹⁾, van oordeel zijn, dat een huwelijk met een krankzinnige gesloten, per se nietig is, en mitsdien geene nietigverklaring door den regter vereischt.

¹⁾ Handbuch des Französischen Civilrechts. 3er Band bl. 10.

En nu zal, volgens bovenstaande bepalingen, niettemin zoodanig huwelijk geldig zijn, wanneer het door eenen lasthebber is voltrokken en de derde, dat is degeen met wien het huwelijk voltrokken is, in de goede trouw was, dat wil zeggen, wanneer ook deze niet geweten heeft dat de lastgever in staat van krankzinnigheid verkeerde. Hieruit volgt dus de ongerijmheid, dat deze derde zal *gebonden* zijn, indien hij *niet* wist dat hij met een krankzinnige huwde en daarentegen *niet gebonden*, wanneer hij *wel* wist dat hij met een krankzinnige in het huwelijk trad. Een tweede ongerijmdheid schijnt hierin te bestaan, dat, wanneer een onder curatele gestelde in persoon het huwelijk heeft voltrokken, hiervan volgens art. 143 de wettigheid kan worden betwist door verschillende bloedverwanten, door den curator en zelfs door het Openbaar Ministerie en eindelijk na het eindigen der curatele door den onder curatele gestelden zelf, terwijl dit zelfde huwelijk door eenen lasthebber in onwetendheid van de onder curatele stelling voltrokken, volgens bovenstaande bepaling, als geldig en alzoo voor geene nietigverklaring vatbaar zoude moeten

beschouwd worden. Een derde blijkbare tegenstrijdigheid, waarop wij reeds met een enkel woord gewezen hebben, is hierin gelegen, dat men bij de bepaling van art. 143, waar gezegd wordt dat de nietigverklaring des huwelijks kan gevraagd worden wegens dwaling in den persoon, dit in zoo engen zin opvat, dat het alleen op den fysieken persoon en niet op zijnen staat, stand of hoedanigheden, volgens den regtsregel „*quisque gnarus esse debet conditionis ejus quocum contrahit*”.

Daarentegen wordt hier juist tot de geldigheid van het huwelijk (door den lasthebber voor den onder curatele gestelde in onwetendheid gesloten) vereischt, dat de derde in de goede trouw was en dus *ignarus conditionis ejus quocum contrahit*. De legale fictie, waarop alzoo de ontzegging van den eisch tot vernietiging des huwelijks, wegens dwaling in de hoedanigheden van den persoon gegrond was, vervalt geheel in dit geval, daar juist hier de onwetendheid van den toestand waarin hij verkeert, als vereischte voor de geldigheid des huwelijks, voorop gezet wordt. Wij aarzelen dan ook niet, zoo als wij boven reeds met een woord hebben

gezegd, dit eene ongerijmdheid te verklaren. Volgens deze leer toch zou iemand, die met zijne aanstaande echtgenoot in persoon voor den Ambtenaar van den Burgerlijken Stand verscheen en met haar een huwelijk sloot, meenende dat het Titia was en daarna ontdekkende dat het niet Titia maar Sempronia was, eene vordering tot nietigverklaring van het huwelijk kunnen instellen, op grond van dwaling in den persoon (zie art. 142 B. W.), terwijl hij die ter goeder trouw bij een huwelijk bij procuratie meent in den echt te treden met iemand die sanae mentis is, doch daarna ontdekt dat die persoon reeds tijdens het voltrekken van het huwelijk of om andere redenen onder curatele gesteld was, geene vordering tot nietigverklaring wegens dwaling in den persoon zou kunnen instellen.

Wij meenen met grond tegen zulk eene enge opvatting van de beteekenis der woorden: dwaling in den persoon, alsof hiermede enkel en alleen dwaling in den physieken persoon of het individu bedoeld ware, te mogen opkomen. Bij de behandeling van de bepaling in ons Wetboek, waarbij de nietigheid van het

huwelijk wegens dwaling in den persoon wordt vastgesteld, werd in de afdeelingen gevraagd: „de déterminer l'espèce d'erreur qui vicie le mariage,” Le texte est clair (antwoordde de regering), l'erreur dans la personne même ¹⁾.

Ofschoon het ons voorkomt, dat dit antwoord nog veel te wenschen overlaat, ter bepaling van wat men in dezen te verstaan hebbe door dwaling in den persoon, zoo zijn nogtans nagenoeg alle schrijvers over ons Burg. Regt het eens, dat geene andere dwaling als dwaling in den persoon mag beschouwd worden dan wanneer men een ander individu getrouwd heeft dan men bedoelde. Zoo zegt Prof. Opzoomer o. a. ²⁾: „Dat de dwaling in den persoon alleen dan bestaat, wanneer er dwaling in het individu, niet in de eigenschappen is, wordt bij ons algemeen erkend.” Eveneens zegt Mr. de Pinto in zijne Handl. tot het B. W. 2de Ged., bl. 67: „Art. 142 is gelijkkluidend aan het slot van art. 180 C. N. De Fransche schrijvers verstonden onder de uitdrukking *persoon* bijna eenstemmig den *physiëken* persoon, den *individu*, met

¹⁾ Voorduin. Dl. II bl. 252.

²⁾ Dl. I bl. 51.

uitsluiting van den zedelijken (morelen) persoon; zoodat hij, die Maria trouwt terwijl hij dacht Anna te trouwen, de nietigheid uithoofde van niet toestemming kan inroepen; maar niet hij die gedwaald heeft in het geldelijk vermoren, den maatschappelijken stand, de zedelijke of ligchamelijke hoedanigheden van zijnen echtgenoot. En zoo moet het ook bij ons verstaan worden. 1°. moeten de nietigheden, die zulke schromelijke gevolgen voor de echtgenooten, de kinderen, de familiën en voor de maatschappelijke orde na zich slepen, zoo eng mogelijk beperkt worden; 2°. had de echtgenoot vóór het huwelijk kunnen en moeten onderzoeken, of hij of zij, met wien hij zich in den echt begaf, arm of rijk, adelijk of onadelijk, deugdzaam of ondeugdzaam enz. was, unus quisque gnarus esse debet conditionis ejus cum quo agit; en 3°. verklaren de echtgenooten, bij de voltrekking van het huwelijk, dat zij dien bepaalden persoon, die naast hen staat, Jan of Maria, tot echtgenoot aannemen, zonder zich over zijne verdere hoedanigheden of over andere bijkomende omstandigheden uit te laten."

Evenzoo lezen wij bij Prof. van Hall ¹⁾: „Dwaling omtrent familie-betrekking, maatschappelijke toestand, vermogen enz., zou niet voldoende zijn.” En iets verder: „Toestemming ontbreekt daarom bij dwaling, om het even of zij al dan niet het gevolg zij van bedrog, maar de dwaling moet het voorwerp der handeling zelf betreffen, de *zelfstandigheid der zaak* bij de overeenkomst art. 1358, *den persoon* bij het huwelijk.”

Dit is ook grootendeels in overeenstemming met de leer der Fransche schrijvers over ons onderwerp. Eenigen hunner maken nogtans onzes inziens terecht eene uitzondering, wanneer de dwaling omtrent de hoedanigheden van dien aard is, dat zij moet geacht worden de toestemming van de zijde des dwalenden geheel te doen wegvallen. Zoo zegt o. a. Delvincourt, in zijn Cours de droit Civil, Tome I, pag. 376: „L'erreur sur d'autres points quelqu' importants qu'ils soient, ne peut *stricto jure* faire annuler le mariage. Je dis *stricto jure*, parce qu'il peut arriver que l'erreur sur la qualité emporte erreur sur la

¹⁾ Handl. tot beoef. van het B. R. 3e stuk pag. 218.

personne. Car, si voulant épouser la fille de tel individu, que je ne connais pas, on me fait épouser une autre femme, que l'on dit être cette fille je pourrai, suivant les circonstances, demander la nullité du mariage. L'on peut dire que, dans ce cas, l'erreur sur la qualité emporte erreur sur la personne" Ook Toullier, Tome I, No. 521, pag. 261 zegt: „Mais l'erreur sur la qualité, sur le nom et la famille peut quelquefois dégénérer en erreur sur la personne, ou comme disent les auteurs, renfermer l'erreur sur la personne: elle peut être produite par le dol personnel de l'un des conjoints, et être telle qu'il soit évident que, sans ses manœuvres, le mariage n'eût pas été contracté.

L'erreur sur la qualité renferme erreur sur la personne lorsqu'il paraît, par les circonstances, que c'est la qualité seule qui a déterminé la volonté de l'autre époux: que cette qualité était une condition tacite, sans la quelle il n'eût pas contracté; ce qui ne peut guère arriver qu'à l'égard d'une personne inconnue de l'autre époux, avant le temps de la célébration du mariage.

On en donne pour exemple la demande faite

au nom d'un prince de la fille ainée d'un autre prince, héritière de la principauté de son père. Les parents envoient la fille cadette et le prince l'épouse croyant épouser l'ainée qu'il ne connaissait pas. Il y a erreur sur la personne, car le prince ne voulait réellement épouser que l'ainée, héritière de la principauté de son père."

Het gevoel en van deze Fransche schrijvers komt ons voor in overeenstemming te zijn, zoowel met den geest als met de letter van den Code. Bij de aanbieding toch van het hoofdstuk over het huwelijk, werd in het Exposé des Motifs van regeringswege het volgende gezegd omtrent de vrije toestemming: „Respect dans tous les contrats la liberté doit être parfaite et entière dans le mariage; le cœur doit, pour ainsi dire, respirer sans gêne dans une action à la quelle il a tant de part; ainsi l'acte le plus doux doit être encore l'acte le plus libre."

De geest, waarin de Fransche Code ontworpen is, eischt derhalve dat de meest volkomene en vrije toestemming aan het huwelijk ten grondslag ligt, en laat niet toe dat men de woorden: „erreur sur la personne" in zulk eenen

beperkten zin opvatte, dat men daardoor alleen dwaling in het individu zou moeten verstaan, hetgeen ook door de woorden zelve wordt wederproken.

Het Hof van Cassatie had namelijk voorgesteld, om deze woorden te vervangen door de woorden: „*erreur sur l'individu*”, waardoor vele questiën zouden zijn afgesneden. Daar nu de wetgever desniettoegenstaande de woorden: „*erreur dans la personne*” behouden heeft, moet men het er voor houden, dat hij het aan den regter heeft willen overlaten om te beslissen, in hoever de dwaling omtrent de hoedanigheden van den persoon als dwaling in den persoon zelve moeten worden aangemerkt, en wij kunnen dan ook niet onbepaald instemmen met den Heer van de Poll ¹⁾, als hij zegt: „*valet igitur matrimonium si quis meretricem pro pudica ducit.*”

Evenmin kunnen wij ons vereenigen met die strikte opvatting van de letter der wet, welke aanneemt, dat iemand, die bij procuratie gehuwd is met een persoon, die na het

¹⁾ *Dissertatio de Causis, ex quibus matrimonium impugnari potest.*
pag. 50.

verleenen der volmagt krankzinnig geworden is, zonder dat dit bekend was bij het voltrekken des huwelijks, onbevoegd zou zijn om, wegens dwaling in den persoon, de nietigverklaring van dat huwelijk te vragen.

Deze leer bevat, indien zij doorgaat, eene geheele miskenning van de zedelijke waarde des huwelijks. Het zoude toch bij aanneming daarvan den schijn hebben, alsof bij het huwelijk meer gehecht werd aan de fysieke dan aan de morele hoedanigheden van den persoon. Alsof het van minder belang ware dat iemand gedwaald had in den naam desgenen, met wien hij huwt, dan wel of hij, meenende met iemand bij gezonde zinnen te huwen, door dwaling met een krankzinnige gehuwd ware.

Zoodanige leer mag in abstracto niet worden aangenomen, en kan daar, waar de *fictio legis* wegvalt, die vervat is in den regtsregel *quisque gnarus esse debet* enz., dan ook van geene toepassing zijn, zoodat wij van oordeel zijn, dat de regter in dit geval, zoowel op grond van art. 142 Burg. Wetb., alsook op grond van art. 1357 en 1358, den eisch tot nietigverklaring des huwelijks kan toestaan aan hem of haar,

die ter goeder trouw gemeend heeft te huwen met iemand bij gezonde zinnen, die later blijkt tijdens het aangaan van het huwelijk reeds krankzinnig te zijn geweest, aangezien toch het laatste gedeelte van art. 1855 blijkbaar alleen geschreven is met het oog op gewone verbintenissen, die ook met wederzijdsch goedvinden kunnen worden ontbonden, hetgeen bij huwelijken geenszins het geval is.

Wij hebben zoo achtereenvolgens gewezen op de vele leemten, die er in onze wetgeving bestaan ten opzichte der huwelijksverbintenissen bij lastgeving voltrokken.

Wij hebben tevens de moeilijkheden aangetoond, die er ontstaan, wanneer men de algemeene regels, vooral ten opzichte van de afsluiting der lastgeving bij het Wetboek vastgesteld, ook toepassen wil op lastgeving tot het aangaan van een huwelijk. Wij hebben aangetoond, hoe deze moeilijkheden vooral daar door ontstaan, dat de wetgever bij het vaststellen der bepalingen omtrent lastgeving, geheel uit het oog heeft verloren, dat ook huwelijken daarvan het voorwerp konden zijn.

Wij hebben er op gewezen, hoe de bijzondere

aard der huwelijks-overeenkomsten, welke, zoo als Prof. van Hall ¹⁾ terecht aanmerkt, van gewone overeenkomsten geheel onderscheiden zijn, ook bijzondere bepalingen voor dit onderwerp noodzakelijk maakte. Dit onderscheid toch bestaat hoofdzakelijk;

Ten eerste, in het onderwerp, het omnis vitæ consortium;

Ten tweede, in de wijze waarop het wordt aangegaan, voor de Burgerlijke Overheid in naam der Wet;

Ten derde, in de volstrekte onmogelijkheid om in den aard, de voorwaarden van het huwelijk, zooals het volgens de wet wordt gesloten, eenige beperking, wijziging of uitbreiding bij onderlinge overeenkomst te brengen;

Ten vierde, in de onmogelijkheid om het huwelijk met wederzijdsche toestemming te ontbinden, enz.

Eindelijk hebben wij trachten aan te toonen, hoe in enkele gevallen deze bijzondere aard, die de huwelijks-overeenkomsten van andere onderscheidt, de toepassing van de algemeene regels omtrent lastgeving moeilijk schijnt te

¹⁾ Handleiding enz. 3e stuk § 81: 3 pag. 198.

gedoogen. Wij hebben zelfs, ofschoon met schroom, hier en daar de meening uitgesproken, dat de regter, op grond van dien bijzonderen aard, in enkele gevallen zich zoude kunnen ontslagen achten van het toepassen van wetsbepalingen, die, met het oog op andere overeenkomsten, door den wetgever vastgesteld zijn.

Wij eindigen ons betoog met de vraag, door Prof Opzoomer bij de behandeling van dit onderwerp gedaan ¹⁾: „Of het niet hoogst wenschelijk ware, dat in de meeste dezer punten anders werd voorzien, of zelfs al deze zwarigheden niet opheffing van het dispensatierecht, altans een geheel nieuwe wetgeving op dit punt aanraden?” wat het laatste gedeelte betreft, zonder aarzeling bevestigend te beantwoorden.

¹⁾ Aanteekening enz. Dl. I bl. 46.

STELLINGEN.

1.

Non valet transactio de controversiis ex testamento, non inspectis cognitisque verbis testamenti.

2.

§ 15 Dosithei, de manumissionibus, legenda videtur: Minor XX annorum manumittere potest nec vindicta nec testamento; itaque nec Latinum facere potest. Tantum enim apud consilium *causa probata*, potest manumittere servum suum.

3.

Wanneer de door de moeder gestelde hypotheek toereikend is, behoeft bij haar hertrouwen, de man mede-voogd, geen hypotheek te geven.

4.

Hij, die *venia aetatis* heeft verkregen, mag uitvoerder van een uitersten wil zijn.

5

De verhuurder kan niet met de *actio negatoria* aangesproken worden, wanneer de huurder een servituut uitoefent, hetwelk hem niet, door den verhuurder als tot het goed behorende, is aangewezen.

6.

De vruchtgebruiker van eene lijfrente moet zekerheid stellen.

7.

In geval van faillietverklaring na overlijden, kunnen de erfgenamen een akkoord aanbieden.

8.

De wisselbrief, waarvan de nemer lasthebber des trekkers is, moet de vermelding van genotene waarde bevatten.

9.

De clause „zonder acceptatie”, bij de wisselbrief gevoegd, is geldig.

10.

De commanditaire vennoot kan niet bij wijze van lijfswang genoodzaakt worden het bedrag van zijne geldschieting in te brengen.

11.

Om Art. 382, No. 8 W. van B. R., toe te

passen, wordt niet vereischt, dat de daar bedoelde stukken, van een beslissenden aard opzettelijk zijn terug gehouden.

12.

Het stelsel van binnen- of buitenlandsche reispassen is af te keuren.

13.

Art. 18 van de „Deutsche Bundesakte vom 8^{sten} Juni 1815”, bij welke den burgers het regt wordt toegekend, „des freijen Wegziehens aus einem Deutschen Bundesstaat in den anderen, der erweislich sie zu Unterthanen annehmen will”, is te beperkt.

14.

Het is onbillijk den houder van een emigratiebureau te straffen.

15.

De „verklaring van den persoon tegen wien

het misdrijf is gepleegd," in art. 439 Strafv.,
 behoeft noch met eede gesterkt, noch afgelegd
 te worden door iemand, die bekwaam is om te
 getuigen.

16.

Art. 378 C. P. treft ook hem, die zonder boos
 opzet de geheimen heeft geopenbaard.

17.

De curators in een faillissement, die de ge-
 heimen uit de brieven mededeelen, zijn niet
 strafbaar.

18.

Hij, die iemand door de zoogenaamde „aber-
 ratio ictus" doodt, is wegens poging en culposen
 manslag, strafbaar.

19.

Een vreemdeling, die buskruid van buitens-

lands heeft doen invoeren, met verzuim der voorgeschreven voorzigtigheidsmaatregelen kan hier niet vervolgd worden

20.

Het monopolie van brievenvervoer is met regt aan den Staat toegekend.

21.

De opkooprij verdient geen afkeuring.

22.

Het absentisme, is evenzeer in strijd met de belangen van de maatschappij, als met de zedelijke verplichtingen van den grondeigenaar jegens zijne onderhoorigen.