



Eenige aantekeningen op artikel 1917 Burgerlijk Wetboek

<https://hdl.handle.net/1874/242109>

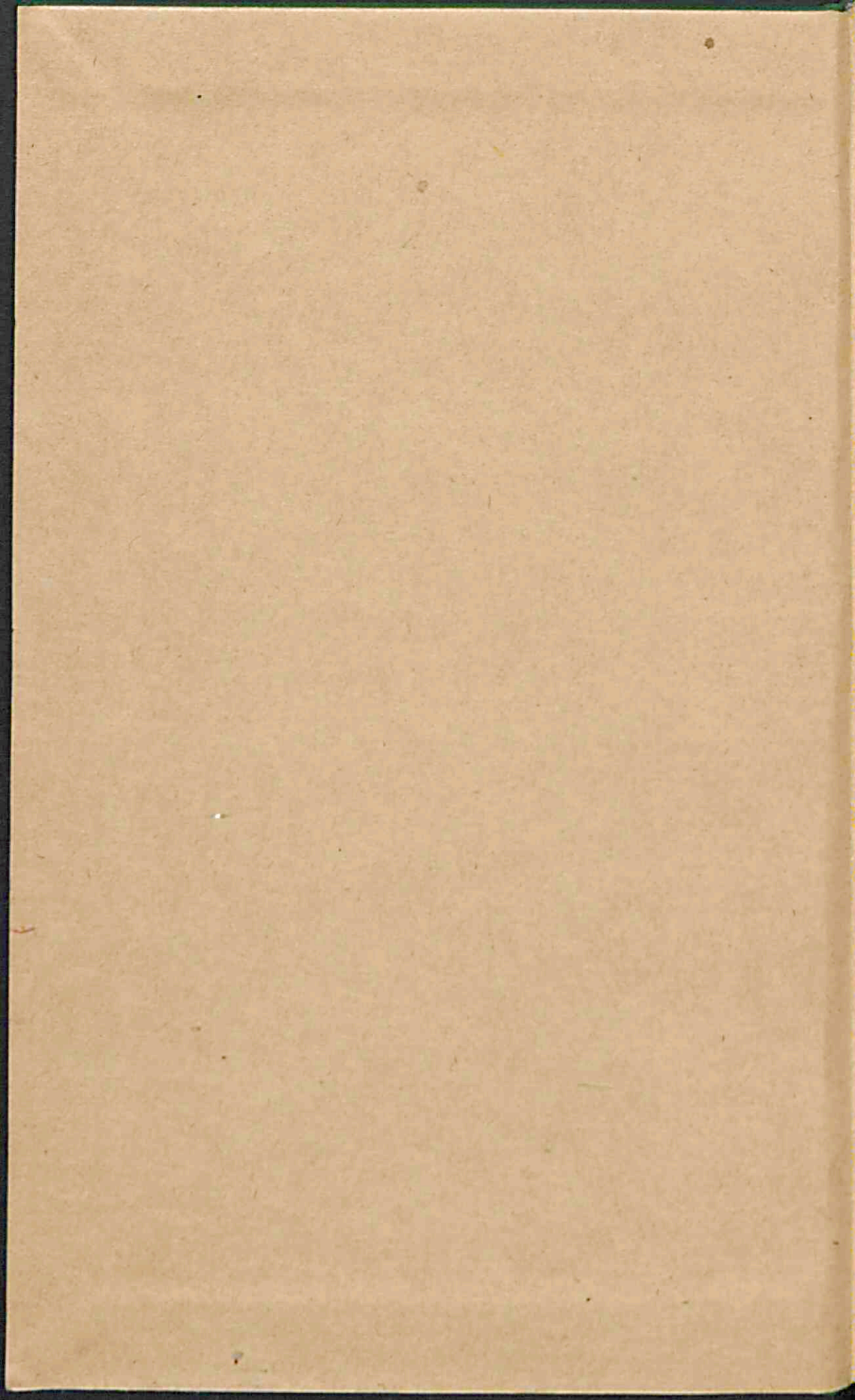
EENIGE AANTEEKENINGEN

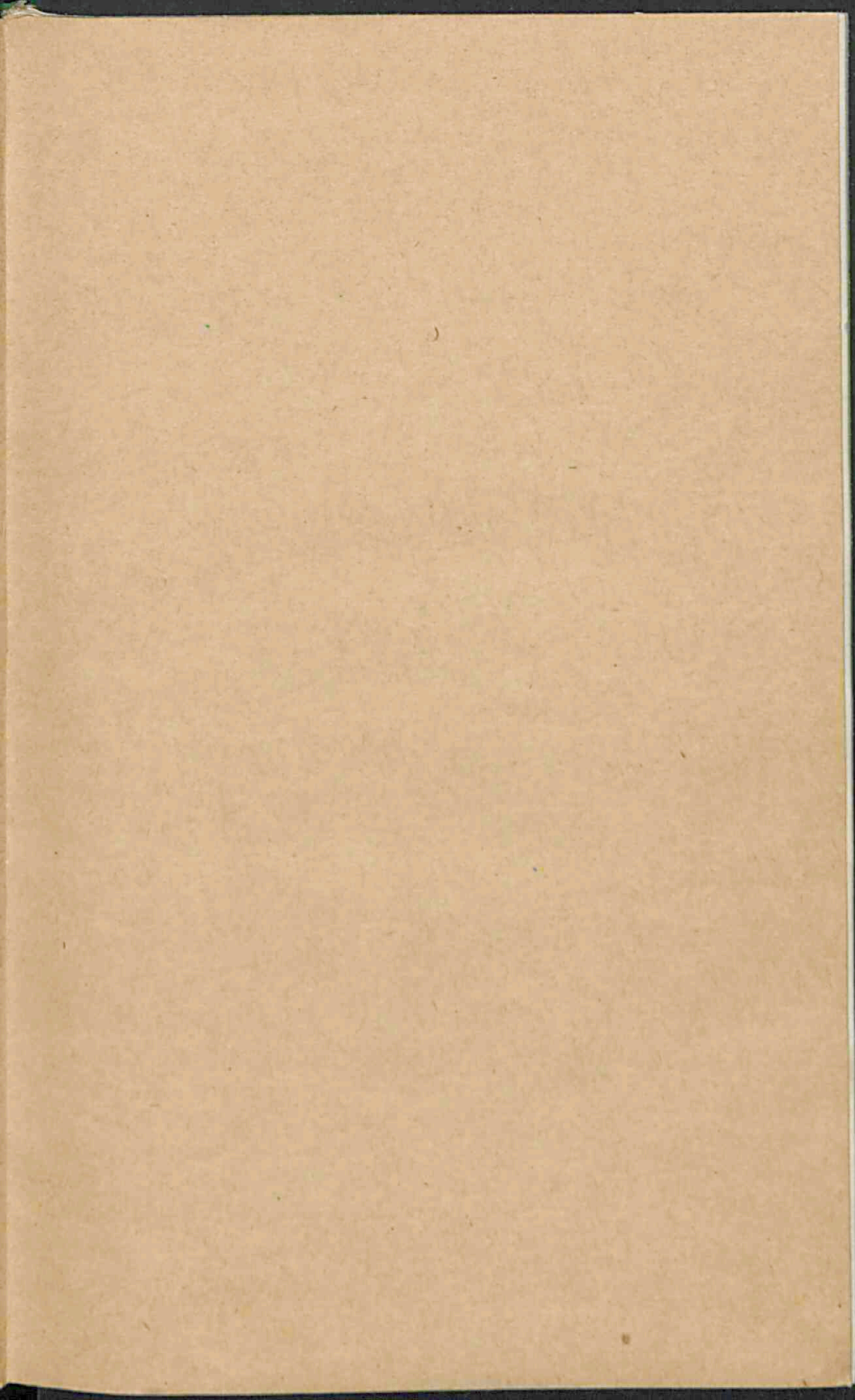
op artikel 1917

BURGERLIJK WETBOEK.

Proefschrift

DOOR





EENIGE AANTEEKENINGEN

op artikel 1917

BURGERLIJK WETBOEK.

Diss Utrecht 1880
EENIGE AANTEKENINGEN
OP ARTIKEL 1917
BURGERLIJK WETBOEK.

Proefschrift

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN
DOCTOR IN DE RECHTSWETENSCHAP
AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT,

NA MACHTIGING VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS

Dr. E. MULDER,

HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER WIS- EN NATUURKUNDE,

VOLGENS BESLUIT VAN DEN SENAAT DER UNIVERSITEIT

EN

OP VOORDRACHT DER RECHTSGELEERDE FACULTEIT,

IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN

op Woensdag, den 28. Januari 1880, 's namiddags ten 1 ure,

DOOR

DIRK JOHAN LODEWIJK SCHUMM,

GEBOREN TE HEEREWAARDEN.



AMSTERDAM,

M. HENRIQUES DE CASTRO.

1880.

AAN DE NAGEDACHTENIS
MIJNER OUDERS.

THE NATIONAL ANTHROPOLOGICAL ARCHIVES

SMITHSONIAN INSTITUTION

INHOUD.

	Bladz.
INLEIDING	1.

I.

WIE ZIJN DERDEN IN DEN ZIN VAN ART. 1917 B. W.	5.
--	----

II.

IS ART. 1917 B. W. OOK TOEPASSELIJK OP ZAKEN VAN KOOPHANDEL	30.
--	-----

III.

IS ART. 1917 B. W. BEPERKT TOT DE DOOR HAAR ZELF OPGENOEMDE GEVALLEN.	46.
--	-----

IV.

VALLen QUITANTIEN ONDER HET BEGRIp VAN ONDER- HANDSCHE AKTEN IN ART. 1917 B. W.	71.
--	-----

V.

BESLUIT	76.
-------------------	-----



INLEIDING.

In het Burgerlijk wetboek kan men aan het begin van het derde boek eene bepaling vinden, waarop in ons hedendaagsch recht de hoofdverdeeling der verbindtenissen berust. Art. 1269 nl. bepaalt dat alle verbindtenissen ontstaan of uit overeenkomst of uit de wet.

Verbindtenissen worden echter niet altijd getrouw nageleefd, ook fingeert men wel eens ten nadeele der tegenpartij verplichtingen die deze nooit op zich genomen had.

Dit een en ander doet natuurlijk de noodzakelijkheid gevoelen, zich een bewijs te verschaffen van zijne rechten of verplichtingen, het zij door getuigen, het zij bij geschrifte.

Nu is het natuurlijk dat men gewoonlijk over gewichtige belangen het meer zeker acht zich van geschrift te bedienen, gedachtig aan den bekenden regel "*verba volant scripta manent*." — De wet zelf geeft daarvan blijk, door voor sommige overeenkomsten zelfs uitdrukkelijk geschrift te eischen, niet alleen als middel van bewijs, maar zelfs als voorwaarde van bestaan. Men denke slechts aan dading (art. 1888 B. W.) aan huwelijksche voorwaarden (art. 202 B. W.) enz.

Er bestaan twee hoofdsoorten van geschrift t. w. primo datgene wat door of ten overstaan van openbare ambtenaren gemaakt wordt en secundo datgene wat men begrijpt onder den algemeenen naam van onderhandsch geschrift.

Beiden zijn in rechten natuurlijk even geldig mits hunne inhoud, naam- en dagteekening volkomen zeker zijn.

Maar het onderhandsch geschrift levert onder meer een groot gevaar op.

Daar het gewoonlijk gemaakt wordt tusschen partijen, zonder getuigen ¹⁾ of openbaren ambtenaar, levert het in het geheel geenen waarborg op ten opzichte van den datum; partijen kunnen die naar willekeur stellen, en zouden door antidatering soms eene akte kunnen geldend maken, die, wanneer ze werkelijk den datum droeg waarop ze gemaakt was, nietig zoude zijn.

Dit gevaar voelde men niet alleen in Frankrijk, maar ook reeds in vroegere tijden bij ons, waar men voornamentlijk bij faillissementen dit trachtte te voorkomen. ²⁾

In Frankrijk was men bij het ontwerpen van den Code Civil eveneens er op bedacht, om dit kwaad tegen te gaan, en zoo kwam men tot de bepaling van art. 1328 C. C. ³⁾, want, zooals de Tribun Favart zeide in zijn rapport: "*le législateur marchait entre deux écueils.*" ⁴⁾

1) of ook wel met getuigen. Maar onze wet hecht geen waarde aan dit bewijsmiddel in 't algemeen, waar een belang van meer dan f 300 betwist wordt, en zelfs ook zonder die voorwaarde, wanneer het gevorderde is tegen of boven den inhoud der akte, of wel betrekking heeft op hetgeen vóór, tijdens, of na het opmaken dier akte beweerd wordt gezegd te zijn, art. 1933 en 1934 B. W.

2) Groot Placaatboek IV blz. 472, 475 en 484.

3) Toullier VIII 240. Exposé des motifs du C. N. blz. 85. Maleville analijse raisonnée blz. 153.

4) Exposé des motifs du C. N. blz. 180.

Dit was het gevolg daarvan, dat eene onderhandsche akte niet als volkomen bewijs wat den datum betreft kon geacht worden, terwijl men aan den anderen kant haar ook weer moeilijk kon beschouwen als in het geheel geen bewijs opleverende tegenover derden, men moest dus eenen middenweg inslaan, en dat deed men dan ook door slechts in zekere uitdrukkelijk opgenoemde gevallen aan eene onderhandsche akte bewijskracht toe te kennen, wat betreft den datum tegen derden.

Toen de C. N. bij ons werd ingevoerd in 1811, gold natuurlijk die bepaling ook hier te lande, en bij het ontwerpen van onze nationale wetboeken, heeft men in hoofdzaak dezelfde bepaling behouden in art. 1917 B. W.

Hoewel art. 1917 B. W. nog één geval meer opnam dan art. 1328 C. N. was echter het ontwerp van 1820 in nóg vrijgeviger zin opgesteld dan het B. W.; zij liet nl. ook toe de echtheid der dagteekening te bewijzen „uit andere omstandigheden ten genoegte van den rechter.” ¹⁾

In het ontwerp van 1824 daarentegen was men weer meer beperkend stelsel toegedaan, men scheen het noodzakelijk te achten dat alle partijen in de akte moesten overleden zijn, voor zij, de akte nl., ten opzichte van den datum tegen derden kon gelden. Bij eene nieuwere redactie echter kwam men daarvan terug en verving men de clause door de volgende woorden: „of van den dag, waarop degenen of één van degenen, die dezelve ondertekend hebben overleden zijn.” ²⁾

Dat de woorden, „processen verbaal van boedelbeschrijving” alleen als voorbeeld werden beschouwd, bleek uit het antwoord der regeering; in het ontwerp van 29 Mei 1833 werd trouwens dit voorbeeld weggelaten.

1) Ontwerp 1820 art. 3327.

2) Voorduin V blz. 490.

Het voorstel verder der V^e afdeeling om te lezen: „ten overstaan van openbare ambtenaren” is door de regering niet overgenomen. ¹⁾

Men heeft dus art. 1328 C. N. bij ons alleen daarin gewijzigd, dat men *primo*, het voorbeeld van authentieke akten heeft weggelaten; *secundo*, hetzij bewust, hetzij onbewust, het verschil tusschen officiers publics en fonctionnaires publics hier doende vervallen, de uitdrukking officiers publics in art. 1328 C. N. niet vertaald heeft door bedienende beambten of dergelijke benaming, maar het woord openbaar ambtenaar bezigde, dat bij ons alle ambtenaren zonder onderscheid omvat, zoowel hen die een deel van het openbaar gezag of der openbare macht uitoefenen, of die den openbaren dienst waarnemen, als hen die alleen tot het verrichten of constateren van privaatrechtelijke handelingen worden geroepen ²⁾; en *tertio* nog bijvoegde de volgende clause: „of wel „op den dag waarop de derde tegen wien men zich van „de akte bedient, derzelver bestaan schriftelijk heeft „erkend;” eene clause die door Asser als zeer billijk wordt geroemd. ³⁾

Dit is het ontstaan geweest van art. 1917 B. W., ik zal thans overgaan te trachten eenige vragen op te lossen die zich naar aanleiding van de woorden van dit artikel hebben voorgedaan.

1) Voorduin V blz. 471.

2) Rechtsgel. adv. VII blz. 104.

3) Asser § 877.

I.

WIE ZIJN DERDEN IN DEN ZIN VAN ART. 1917 B. W.

Wil men in 't algemeen eene wetsbepaling kunnen toepassen, dan zal men steeds moeten beginnen met de oplossing der volgende vragen: t. w. Door welke personen, op welke wijze, in welke gevallen, die bepaling kan gebruikt worden, en tegen welke personen zij van toepassing is. Op dezen regel maken noch art. 1917 B. W. noch art. 1328 C. N. eene uitzondering, en vooral de eerstgenoemde vraag heeft vrij wat verschil van gevoelen doen ontstaan; voornamentlijk echter in Frankrijk is over dit punt hevig getwist, van welken strijd de uitdrukking „tiers” in art. 1328 C. N. de aanleidende oorzaak was ¹⁾.

Toullier gaf hiertoe den eersten stoot.

Wat beweerde hij?

Men kon, zeide Toullier, onder het woord „tiers” in art. 1328 C. N., geen en anderen persoon verstaan dan hem die geen heritier of ayant-cause van een der contracterende partijen was, en hij verdedigde deze stelling daarmede, dat anders art. 1328 C. N. in strijd zou zijn met art. 1322 C. N. ²⁾.

Om dus de bedoeling van art. 1328 C. N. te verstaan

1) Troplong Hypoth. 529.

2) Toullier VIII 245.

moet men eerst nagaan wat art. 1322 bepaalt. Nu doet zich dadelijk deze vraag voor: wat is de beteekenis van de uitdrukking „ayant-cause.”

Toullier geeft de volgende definitie van dit woord: „ayant-cause est celui à qui les droits d'une personne „ont été transmis à titre particulier comme legs, donation, vente etc.” ¹⁾

Daartegen kwam Pailliet op met de volgende woorden: „ainsi quand M. Toullier définissait, l'ayant-cause..... „il a trop généralisé, il fallait dire que les droits ont „été transmis valablement, selon l'espèce que nous „avons résolue” ²⁾ en ik geloof dat de tegenwerping van Pailliet zeer juist is, daar men toch geen ayant-cause kan zijn ten opzichte van een recht dat men niet wettig verkrijgen kon, omdat degene aan wien men zijn recht dan zou ontleenen, geene bevoegdheid had dat recht te vervreemden.

Zoo zegt ook Duranton o. a.: „mais si le vendeur „n'avait plus de droit, lorsqu'il a fait la seconde vente, „ce qui est vrai, comment peut on dire que le second „acheteur est son ayant-cause” — dit beweerde nl. Toullier — „comment être l'ayant-cause de celui qui „n'avait plus de droit;” en dan overgaande tot de beteekenis van ayant-cause in art. 1322 geeft hij de volgende definitie van ayant-cause in 't algemeen vooraf:

„Ce mot ayant-cause est une expression générique „employée pour indiquer la qualité d'une personne qui „exerce les droits d'une autre personne” d. w. z. die de bevoegdheid had de rechten van eenen anderen persoon uit te oefenen, want iets verder zegt Duranton nog: „les acheteurs..... puis qu'évidemment aussi ils tirent „leur titre, la cause de leur possession, leur droit

1) Toullier VIII 245.

2) Pailliet manuel de droit Fr. aant. 3 op art. 1322.

„en un mot, de la personne qui le leur a conféré.” 1)

Bij bezit a non domino, te goeder trouw, is, in geval van verjaring ad usucapiendum, de wetgever de „personne conférente.”

Tegen ayants-cause nu geldt, zooals Toullier zegt, art. 1322 C. N., ook wat betreft den datum dier akte, en dus kunnen deze zich niet bedienen van art. 1328 C. N. wanneer hun een acte sous seing privé, zonder date certain, wordt tegengeworpen. 2)

Ik geloof dat deze meening onjuist is, trouwens zij is ook door vele Fransche schrijvers *ernstig bestreden*. Wanneer men nl. nagaat wat de bepaling van art. 1322 C. N. inhoudt, dan moet men tot eene andere gevolgtrekking komen.

In art. 1322 C. N. wordt gesproken van eene acte sous seing privé; nu is het de vraag: behooren alle actes sous seing privé onder deze bepaling begrepen te worden?

M. i. kan men dit gerust toestemmend beantwoorden, mits degene, aan wien zulk eene acte wordt tegengeworpen, werkelijk is heritier of ayant-cause van een der partijen, zoowel ten opzichte van den inhoud als van de dagteekening der akte.

Dit staat echter bij eene onderhandsche akte niet a priori vast, wanneer de dagteekening, wat hare echtheid betreft, niet gewaarborgd is.

Maar indien dit laatste waar is, zooals ik verder zal trachten aan te toonen, dan kan ook art. 1322 C. N. in 't geheel niet in strijd zijn met art. 1328 C. N.; want zij, die nog niet blijken heritiers of ayants-cause ten opzichte eener dagteekening te zijn — iets wat immers in art. 1322 ook moet blijken — zijn natuurlijk derden, en vallen onder het begrip „tiers” van art. 1328.

1) Duranton XIII 135.

2) Toullier VIII 246.

Hetzelfde geldt ook voor ons recht waar art. 1912 B. W. en 1917 B. W. in gelijke verhouding tot elkander staan als de beide genoemde artikelen in het Fransche wetboek.

Volgens Merlin echter, is in art. 1322 C. N. sprake van een acte sous seing privé „dont les arquéteurs doivent leur qualité d'ayant-cause,” ¹⁾ of zooals Troplong het uitdrukt: „cet article a voulu parler du titre commun qui sert de fondement au droit de ceux qui l'ont souscrit et de leurs successeurs et ayants-cause.” ²⁾

De stelling van Merlin is het beste duidelijk te maken met het voorbeeld door hem zelf gegeven. ³⁾ Dit luidt als volgt: „Le premier Octobre, A. vend un immeuble à B. par acte sous seing privé. Le quinzième du même mois, B. revend le même immeuble à D. aussi par acte sous seing privé. — Enfin le premier Novembre suivant B. revend une seconde fois à C. le même immeuble qu'il avait acquis de A. sans parler de la vente déjà faite à D. quinze jours auparavant. C. fait enregistrer son contrat avec celui consenti à B. par A. le premier Octobre précédent. D. prétend que son contrat d'acquisition doit l'emporter sur celui de C., parceque, dit-il, nous sommes tous deux ayants-cause de B. L'acte que je produis est son ouvrage; il doit faire foi contre vous, tout de la date que de son contenu. Mais C. répond: vous vous méprenez étrangement sur le sens de l'art. 1322; il suppose un acte sous seing privé, fait entre deux personnes, tel qu'est dans notre espèce celui du premier Octobre 1820, par lequel B. a acquis de A. l'immeuble que vous réclamez. Et que dit-il au sujet de cet acte? qu'il fait foi, non seulement contre

1) Merlin Questions de droit V^e tiers.

2) Troplong Hypoth. 530.

3) Merlin l. c.

„ A. aussi bien que contre B., non seulement contre les
 „ héritiers de l'un et de l'autre, mais encore contre leurs
 „ ayants-cause respectifs. — Il dit donc, et rien de plus,
 „ que l'acte du premier Octobre fait foi contre moi aussi
 „ bien que contre vous, tant de la date que de tout son
 „ contenue; et cela doit être ainsi, cet acte étant le titre
 „ de la propriété de B. notre vendeur commun il faut
 „ bien que pour établir qu'il a eu le droit de m'en trans-
 „ férer l'effet, je le reconnaisse comme vous. Quel rap-
 „ port y a-t-il entre la foi que nous devons tous les deux
 „ ajouter à ce premier acte, à cet acte fondamental de
 „ mon droit et de votre prétention et la foi qu'il vous
 „ plait d'attribuer contre moi à l'acte particulier par le
 „ quel vous prétendez avoir acheté avant moi de B.,
 „ la propriété qu'A. lui avait vendue? Que votre contrat
 „ fasse foi entre vous et B. j'en conviens, et cela résulte
 „ des termes de l'article entre ceux qui l'ont
 „ souscrit, mais pour qu'il fit également foi contre moi
 „ il faudrait qu'il servit, comme le premier, de fonde-
 „ ment à ma propre acquisition; il faudrait que je fusse
 „ obligé d'en argumenter, comme je suis obligé d'argu-
 „ menter du premier, pour vous prouver que B. a eu
 „ le droit de me vendre. Or, bien loin de l'invoquer
 „ comme le titre originaire de mon acquisition, je le
 „ repousse comme un titre fabriqué en fraude de mes
 „ droits; et vainement pour me l'opposer vous prévalez
 „ vous des termes subsequens du même article: entre
 „ leurs héritiers et ayant-cause. Ces termes ne peuvent
 „ pas être séparés des précédens; ils se réfèrent donc,
 „ comme ceux-ci à un autre acte primitif qui forme le
 „ titre commun des ayants-cause ils ne peuvent donc
 „ pas s'appliquer à l'acte de vente que vous me présentez
 „ sous la date du quinzième Octobre. Cet acte vous
 „ constitue bien l'ayant-cause de B., mais il n'est rien
 „ pour moi. Je suis quant à cet acte, ce que l'art. 1328

„apelle un tiers: je ne suis donc point tenu d'en reconnaître „la date.” Merlin erkent hier dus dat ayants-cause ten minste in de uitdrukking tiers van art. 1328 C. N. begrepen zijn.

Dit voorbeeld vindt echter Palliet minder goed, hij beweert dat hier wel degelijk sprake is van eene acte sous seing privé die geen titre fondamental is van het recht waarop beide twistende partijen zich gronden, maar integendeel zoodanige akte die zoo zij geldig werd bevonden aan beide partijen in het geding dezelfde rechten zou toekennen, op de zelfde zaak van den zelfden „auteur commun” bijv. twee koopakten van den zelfden verkooper afkomstig. ¹⁾

Ook Troplong is de meening van Merlin toegedaan zooals ik boven aantoonde; hij zegt dan ook nog: „les ayants-cause (in art. 1322) sont ceux „qui sont obligés „de remonter à l'acte même comme à la source de leur droits.” ²⁾

Mijne meening is echter dat men zich niet tot die beide soorten van onderhandsche akten behoeft te beperken. Alle actes sous seing privé kunnen onder de bepaling van art. 1322 C. N. begrepen worden, ook al heeft degene, aan wien ze wordt tegengeworpen ook niet zijne qualiteit van héritier (men heeft in het Fransche recht nog het olographisch testament) of ayant-cause aan haar te danken, of al draagt ze niet hetzelfde recht over aan eenen anderen persoon, dat men zelf uit eene akte beweert te hebben verkregen van den zelfden auteur, mits ze echter date certaine hebben. Een voorbeeld zal hoop ik mijne bedoeling duidelijker maken, A. sluit met B. eene overeenkomst waarvan een schriftelijk bewijs wordt opgemaakt nl. een acte sous seing privé, deze

1) Pailliet manuel aant. 3 op art. 1322.

2) Troplong Hypoth. 530.

akte wordt bovendien geregistreerd en verkrijgt dus volgens art. 1328 C. N. (1917 B. W.) ook date certaine tegenover derden. — A. sterft en C. wordt zijn erfgenaam. Zijne qualiteit van erfgenaam heeft C. natuurlijk niet aan die akte te danken, zij strekt hem niet tot „fondement de droit,” en toch zoude ik meenen dat, wanneer C. deze akte erkent, zij ten opzichte van hem volkomen zoude gelden, ook wat betreft den datum; en dit laatste juist omdat die volgens de wet zeker is, ware dit niet het geval, dan zoude, daar de erkenning eener onderhandsche akte niet insluit de erkenning ook van den datum waarop men beweert dat zij gemaakt is, ten opzichte van C. alleen art. 1328 C. N. (1917 B. W.) gelden.

Een ander voorbeeld: stel nu dat C. *ayant-cause à titre particulier* van A. is, bijv. koper van diens huis. Het is waar dat tegenover C. alle verplichtingen gelden die A. met betrekking tot de zelfde zaak — in casu het verkochte huis — wettig op zich heeft genomen, mits zij werkelijk anterior aan het recht van C. zijn; ¹⁾ die akte behoeft daarom nog niet hetzelfde recht over te dragen als de titel van C., dus in casu geen koop-akte te zijn.

Heeft nu die akte eenen zekeren datum en wordt zij dan door C. erkend, dan geldt ze ook volkomen tegenover hem, omdat ze anterior is aan zijn recht. C. is dan bijv. verplicht eene huur-overeenkomst tusschen A. en B. gesloten vóór den verkoop van hetzelfde huis, aan hem (B.) gestand te doen; hij kan zich aan die verplichting niet onttrekken, want daar de datum zeker is, kan ook hij art. 1328 C. N. (1917 B. W.) niet inroepen.

Ik heb beweerd dat de erkenning eener akte nog niet

1) Zie Troplong Hypoth. 530, Bonnier traité des preuves 700, Marcadé V ad 1328 III.

de erkenning van den datum ipso jure met zich brengt, en voor die bewering vind ik in ons art. 1917 B. W. grond in de volgende woorden: „of wel van den dag waarop de derde tegen wien men zich van de akte zelf bedient derzelver bestaan schriftelijk heeft erkend.” Wanneer men nu het bestaan van iets, stel bijv. een kast, erkent, stemt men natuurlijk toe dat datgene wat voor een kast wordt uitgegeven ook werkelijk een kast is, anders zou men alleen het bestaan van gezaagde en geschaafde planken bijv. erkend hebben en niet het bestaan van een kast. Hetzelfde geldt ook omtrent eene onderhandsche akte, wanneer men haar bestaan heeft erkend heeft men feitelijk hare geldigheid aangenomen, en daar nu een akte op zichzelf niet altijd ongeldig wordt al is ze geantidateerd, maar slechts tegenover derden ¹⁾ op een later tijdstip van kracht zal zijn, is het natuurlijk dat men, door die erkenning, eenen datum nog juist niet als zeker behoeft te beschouwen, zoo deze niet zeker is volgens de wet.

Echter zijn er onderhandsche akten die, wanneer ze erkend zijn, noodzakelijk moeten gelden ook wat de dagteekening betreft tegenover derden. Als zoodanig kunnen voorkomen bv. akten van zulken aard, als Merlin, in zijn voorbeeld hierboven vermeld, opgeeft, of akten die, zooals Pailliet gelooft, elkander volkomen buiten-sluiten, zoodat de eene niet gelijktijdig kan bestaan waar de andere bestaat; b.v. twee koopakten van den zelfden verkooper over dezelfde zaak; ook akten die geheel nietig zouden zijn door het niet tevens als erkend beschouwen van den datum; b.v. als een der partijen sinds dien datum door krankzinnigheid of anderzins geene akte meer had mogen maken, enz. — Deze akten al

1) Ook tusschen partijen mits deze de antidade bewijzen.

hebben ze dan geen date certaine, zijn ook begrepen onder art. 1912 B. W. (1322 C. N.)

Ik geloof nu genoegzaam aangetoond te hebben dat art. 1912 B. W. (1322 C. N.) erfgenamen en rechtverkrijgenden hoofdzakelijk alleen beschouwt wat betreft den inhoud der akte.

Wat betreft de dagteekening is het dus, of mogelijk dat er geene bepaling bestaat voor erfgenamen en rechtverkrijgenden, maar het kan ook zijn dat zij onder de uitdrukking derden in art. 1917 B. W. (1328 C. N.) vervat zijn. Dit laatste is m. i. waar. Ik zal mij eerst bepalen dit aan te toonen voor het Fransche recht, hetzelfde geldt echter in hoofdzaak ook bij ons.

Ofschoon de heritiers in 't algemeen ayants-cause à titre universelle zijn van den overledenen, zoowel van diens verplichtingen, als van zijne rechten, is het bij eene acte sous seing prive zonder date certaine toch nog de vraag, of de overledene die verplichtingen of rechten juist op dien datum heeft aangegaan of verkregen, waarop de tegenpartij beweert, dat de overeenkomst gesloten is waarvan de akte als bewijs wordt vertoond. Bijv. A. komt met B. overeen om dezen jaarlijks eene som van f 500 te geven, ingaande met den dag der overeenkomst. De onderhandsche akte, daarvan opge maakt, is gedateerd op 1^o Januari — den dag waarop men beweert dat de overeenkomst gesloten is — maar niet geregistreerd. Twee jaar na dien datum sterft A. en laat eenen erfgenaam C. na. Nu komt B. op en eischt van C. f 1000, zijnde het hem verschuldigde over 2 jaar, wat, naar zijn beweren, de erflater had nagelaten te betalen. C. erkent de akte, maar niet den datum, en beroept zich daartoe op art. 1328 C. N. (1917 B. W.), bewerende derde te zijn in den zin van dat artikel. — „Tegen mij” zegt hij „geldt die akte eerst van den dag van het overlijden af.” — En terecht want B. heeft

geen recht hem in qualiteit van ayant-cause aan te spreken omdat het niet uit de akte blijkt, dat op 1° Januari de overeenkomst is gesloten, en dus de erflater, in wiens rechten en verplichtingen toch de erfgenaam treedt, reeds 2 jaar de in het contract genoemde som zou schuldig zijn. — C. is dus derde, zoolang B. niet bewijst, dat de dagteekening, onder de akte geplaatst, overeenkomt met den dag waarop de overeenkomst gesloten is maar dan is B. beperkt door art. 1328 C. N. (1917 B. W.)

Het is waar, dat de heritier of ayant-cause in geen beteren toestand kan verkeren dan zijn auteur ¹⁾, maar het is in casu de vraag — juist waar het op aan komt — of de erflater op 1° Januari die verplichting op zich had genomen. Bonnier neemt aan dat heritiers stricti juris als derden zouden moeten beschouwd worden, doch alleen „lorsque leur auteur a été frappé d'une incapacité „qui ne l'empêchait pas en fait de souscrire des actes, „par exemple s'il a été interdit,” ²⁾ de reden daarvoor geeft hij dan ook iets verder op, waar hij zegt: „les „héritiers ne sont après tout les ayants-cause du défunt, „il n'est leur auteur, que tant qu'il a eu le „pouvoir de contracter.” ³⁾ Maar is dit dan alleen mogelijk bij incapacité, m. i. kunnen er toch meer gevallen zijn waarin het zeker was dat de erflater zelfs onmogelijk de akte kon geteekend hebben op den datum, waarop men beweert dat zij gemaakt is. Volgens Bonnier echter, zou men alleen in geval van incapacité eene akte, die dus rechtens nietig zou zijn, kunnen doen gelden tegen héritiers wanneer men hen niet als derden aannam in den zin van art. 1328 C. N. Dit is te beperkt.

1) Zie o. a. Troplong Hypoth. 530.

2) Bonnier traité des preuves, 696.

3) Bonnier l. c.

Evenwel durft Bonnier toch niet het strenge recht volgen, hoewel hij beweert dat men het zelfs „par voie de conséquence” tot den incapable zelf zou moeten uitstrekken.

Hij redeneert aldus: „telles seraient les conséquences rigoureuses auxquelles il faudrait effectivement arriver, si la doctrine relative à la certitude de la date, était un de ces principes de raison qui dominent la science, et auxquels on ne doit pas hésiter à donner toute la portée dont ils sont susceptibles dans l'application. Mais cette nécessité d'une date certaine à l'égard des tiers, n'est autre chose qu'une précaution qui, inconnue pendant longtemps en jurisprudence n'a été introduit dans notre ancien droit que par des considérations d'utilité pratique.”¹⁾ Dit is m. i. onjuist, wat is toch het beginsel dat hier voornamentlijk geldt? Dit eenvoudig dat men bewijzen moet hetgeen men beweert; zoo moet ook hier het bestaan der akte op zeker tijdstip bewezen worden. Echter maakte de wet slechts het middel van bewijs beperkter tegenover derden dan tegenover partijen zelf. De laatsten moeten weten wat ze doen, en zorgen genoegzame zekerheid te hebben omtrent alles wat hunne overeenkomst betreft, dus ook omtrent den datum. Noch erfgenamen noch rechtverkrijgenden zijn daartoe in staat; daarom bepaalde de wet uit vrees voor bedrog dat slechts in die gevallen waarin en van dat tijdstip af waarop aan het bestaan der akte, volgens haar, niet meer kon getwijfeld worden, dit bestaan als bewezen zou gelden tegenover hen. De „précaution” waarvan Bonnier spreekt is niet het beginsel dat de datum zeker moet zijn (dit moet zij immers ook tusschen partijen) maar de beperking in de bewijsmiddelen tegenover derden.

Bonnier beweert dan ook verder: „Or en consultant..... il est facile de reconnaître que le but qu'on s'est proposé

1) Bonnier l. c.

„a été de protéger les tiers proprement dits
 „c. à. d. ceux qui traiteraient avec les parties contrac-
 „tantes contre le danger d'antidates pratiquées après
 „coup en fraude de leurs droits.” Dit is geloof ik ook
 te beperkt, want zou dan om eens een voorbeeld te nemen
 eene koopakte sous seing privé tusschen A. (verkooper
 en nondominus) en B. (kooper bona fide) tegen C. den
 werkelijken eigenaar wel date certaine hebben omdat C.
 niet met de contracteerende partijen handelde?

Want tegen hem zal men zich dan natuurlijk willen
 beroepen op de verkoopakte die men geantidateerd heeft
 om van den verjaringstermijn te kunnen gebruik maken.
 Ook de heritier heeft niet altijd gehandeld met de partijen
 en toch is hij, zooals ik beweer, derde, omdat het niet
 bewezen is of hij ten opzichte van den datum dier akte
 ayant-cause is van den erflater.

Nu beweert wel Bonnier: „mais on n'a jamais en-
 „tendu par tiers, ni les héritiers dont l'auteur aurait été
 „frappé d'incapacité pendant une partie de sa vie, ni
 „surtout l'incapable lui-même.”

Ten opzichte van den incapable zelf kan dit dan ook
 niet anders, de wet spreekt te duidelijk; want erkent hij
 de akte dan is het klaarblijkelijk dat hij „un de ceux” is
 „qui l'ont souscrit”, art. 1322 C. N. (1912 B. W.) geldt
 dus voor hem ook zelfs wat betreft den datum, want art.
 1328 C. N. (1917 B. W.) daargelaten nog of het voor
 héritiers geldt of niet, is nooit voor partijen geschreven. ¹⁾

Partijen zijn trouwens op geen enkele wijze ooit als
 derden tegenover elkander beschouwd noch te beschouwen.

Wat de héritiers betreft, het is hier weer dezelfde
 vraag: zijn ze ook héritiers van die verplichtingen of
 rechten uit de betwiste akte voortspuitende; want indien
 de erflater de akte gemaakt had „au temps de son inca-

1) Exposé des motifs du C. N. blz. 85.

pacité", zou deze zelf nietig en dus noch hij noch zijne héritiers ooit verbonden zijn geweest.

"Et pour remédier à une fraude exeptionnelle dans le cas ou l'incapable aurait souscrit des actes antidatés sans qu'il fut possible de reconnaître l'antidate, on tomberait dans l'immense inconvenient d'annuler tout écrit antérieur à l'incapacité, mais dont la date ne serait pas légalement établie. ¹⁾ — Dit is op zichzelf waar, maar het is hier de vraag niet welke voor- of nadeelen uit de toepassing eener bepaling volgen; en bovendien het is toch niet de schuld van de héritiers; partijen hadden zich daar toch wel beter tegen kunnen hoeden, als ze hunne akte hadden laten registeren; ze hadden dan altijd een wettig bewijsmiddel gehad ook tegenover derden.

Ook geloof ik niet dat het altijd zooveel gemakkelijker voor den héritier is om de antidatering te bewijzen, dan voor elken anderen ayant-cause. Kan hij niet tijdens het sluiten der overeenkomst afwezig zijn geweest, misschien zelfs nog niet eens bestaan hebben, of door andere oorzaken onkundig gebleven aan de overeenkomst, door zijnen erflater met een ander gesloten. In alle boedels vindt men geen bewijzen hoe en wanneer zulke handelingen plaats gehad hebben. Wat zou de erfgenaam dan moeten doen om het bedrog te ontkomen? Hij kan de erfenis geheel verwerpen, maar dan heeft hij niets; maar hij kan haar ook aanvaarden onder benefice van inventaris. Dit laatste middel zal echter dikwijls even nadeelig zijn als het verwerpen der erfenis, daar toch eene verplichting door den erflater op zich genomen gemakkelijk door eenvoudige antidatering kan vergroot worden.

Stel bijv. dat A. sterft met achterlating van C. als erfgenaam. Deze vindt in den boedel eene gezamentlijke

1) Bonnier l. c.

waarde van *f*5000, bestaande in meubelen, schuldverderingen, gereed geld enz.

Maar aan schulden, onkosten enz. moet te zamen betaald worden *f*2000. Er blijft dus over *f*3000 vrij. Nu komt echter B. op met eene onderhandsche onregistreerde akte waarin de erflater op zich had genomen om jaarlijks *f*1000 aan B. te geven. Feitelijk was de overeenkomst één jaar vóór den dood van A. gesloten, maar de akte is door B. geantidateerd op 3 jaren voor die gebeurtenis. Is nu C. geen derde tegenover dien datum, dan moet hij de volle *f*3000 betalen met de renten die door B. geeischt worden, en hij heeft aan zijne erfenis niets.

Is hij daarentegen wel als derde te beschouwen dan zegt hij tot B. die akte geldt tegenover mij niet dan van den dag van het overlijden van A. Dan lijdt B. wel is waar schade maar dat is zijn eigen schuld. C. kan dan gerust de erfenis aanvaarden zonder voor bedrog te moeten vreezen.

Marcadé is echter van hetzelfde gevoelen als Bonnier, en op dezelfde gronden.¹⁾

Ook volgens Duranton is de *héritier* geen derde. Dit kan men opmaken uit deze woorden: „Mais l'art 1322 n'entend évidemment parler que des ayants-cause seulement qui sont personnellement tenus de l'exécution de l'acte sous seing privé, comme ayant succédé à l'obligation de la personne” etc.²⁾ Duranton bedoelt hier natuurlijk de successeurs irréguliers ab intestato en de légataires ou donataires universels. Maar als hij nu deze niet als derden beschouwt kan hij immers noch minder de *héritiers* als zoodanige aanmerken, die toch de ayants-cause à titre universelle per excellentiam zijn.

1) Marcadé V ad. 1328 II.

2) Duranton XIII 136.

Uitdrukkelijk zegt hij het dan ook een weinig verder:
 „or un acte sous seing privé pouvant facilement être
 „antidaté, il ne prouve pas par lui même la réalité de
 „la date qu'il porte à l'égard de ceux qui n'ont pas été
 „partis à cet acte et qui ne représentent pas,
 „comme tenus de ses obligations, le signa-
 „taire: pour eux, la date n'est censée exister que du
 „jour seulement où elle est devenue certaine de l'une
 „des manières exprimées à l'art. 1328. 1)

Wat Duranton dus zegt voor de ayants-cause à titre particulier: „mais pour cela il est nécessaire que ceux
 „qui prétendent avoir acquis ces droits en justifient par
 „des actes faites à cette époque,” 2) moet niet alleen
 gedaan worden tegenover de ayant-cause à titre particu-
 lier, maar ook tegen de héritiers en ayants-cause.

Delvincourt daarentegen is van meening dat de héritiers
 wel als derden kunnen beschouwd worden, doch alleen
 „suivant les circonstances, par exemple si l'acte entamait
 „leur réserve légale; ou si, ayant accepté sous bénéfice
 „d'inventaire, ils étaient en même temps créanciers de
 „la succession.” 3)

De individueele meeningen der auteurs echter daarge-
 laten, vind ik nog bovendien in de woorden van den
 Franschen Staatsraad Bigot-Préameneu uitdrukkelijk mijn
 gevoelen omtrent de erfgenamen bevestigd. Zij luiden
 als volgt: „La date portée dans un écrit sous seing privé
 „ne fait donc foi qu'à l'égard de ceux qui ont
 „signé il faut qu'à l'égard des autres la date soit
 „d'ailleurs assurée.” 4)

Ik geloof, al stelde men nu ook de héritiers in alles
 de ayants-cause van den overledenen, men kan toch

1) Duranton, l. c.

2) Duranton, l. c.

3) Delvincourt VI, blz. 66.

4) Exposé des motifs du C. N., blz. 85.

moeielijk fingeeren dat hij „un de ceux” is „qui ont signé.”

Ook de tribuun Mouricault stelt tegenover tiers alleen les contractans als hij zegt: „il est évident que sans cela la choix de la date au préjudice des tiers serait à la discrétion des contractans.”

Heritiers zijn dus derden in den zin van art. 1328 C. N. Wat nu betreft de ayants-cause à titre particulier, hierover zijn in 't algemeen de bestrijders van Toullier het meer eens. Het is ongeveer op dezelfde gronden, die ik boven voor de héritiers aanvoerde, dat men hen ook als derden in den zin van art. 1328 C. N. (1917 B. W) moet beschouwen, alleen met dit verschil, dat deze vraag natuurlijk slechts dan te pas kan komen, wanneer men zich op eene acte sous seing privé beroept die over de zelfde zaak gemaakt is als de titel van den ayant-cause, die toch niet alle anterieure akten wettig door zijnen auteur gemaakt moet erkennen.

Het is hier maar weer de vraag: is de akte werkelijk anterieur aan zijn recht en blijkt dat uit de akte zelf.

Zooals ik boven aantoonde, beweerde Duranton dat alleen de ayant-cause à titre particulier als derde volgens art. 1328 C. N. kon beschouwd worden, hetgeen echter door Marcadé is bestreden, m. i. terecht. 1) „Cet article (1322 C. N.) zegt Marcadé parle de tous les ayants-cause sans restriction.” etc. 2)

Bonnier meent ook dat de ayant-cause à titre universelle niet als derde is aan te merken. 3) Door Toullier wordt het als eene groote onbillijkheid geacht om ayants-cause als derden te beschouwen, want men stelde daardoor volgens hem eene groote gelegenheid voor bedrog

1) Marcadé V ad 1328 III.

2) Marcadé V ad 1322 I.

3) Bonnier traité des preuves, 696.

open, daar men dan elke acte sous seing privé gemaakt en van geen date certaine voorzien te kwader trouw krachtelooos kon maken door eene volgende authentieke of onderhandsche en geregistreerde akte. Dit is best mogelijk maar daartegenover staat echter, dat degene die eene akte met date certaine heeft nimmer zeker is of hem niet soms eene acte sous seing privé zal worden tegen-
geworpen, die hem of van een groot deel, of misschien wel van zijn geheel recht zoude kunnen berooven. Wat zou hier nu erger zijn? Zij die de overeenkomst sloten, partijen dus, konden beter voor hunne rechten gewaakt hebben. Zij moesten gezorgd hebben dat er geen twijfel kon bestaan omtrent het tijdstip waarop de akte gemaakt was. Art. 1328 C. N. (1917 B. W.) is daar om hen te waarschuwen, want ik geloof dat Toullier verkeerd doet met te beweren dat zij in de wet geen richtsnoer vonden. 1) M. i. kan elke akte zekerheid van dagteekening noodig hebben, juist omdat de bedoeling van art. 1328 C. N. (1917 B. W.) betwist is. Wat kan daarentegen iemand, die goed voor zijne belangen trachtte te zorgen, die ook meer omslag en onkosten er voor over had, daar tegen doen, dat zijne tegenpartij later eene andere akte, over dezelfde zaak, ten zijnen nadeele maakt, en eenvoudig door antidatering al zijn omslag en onkosten te vergeefs gemaakt doet zijn, en de daardoor verkregen zekerheid als kaf voor den wind doet vervliegen? Eenvoudig in de meeste gevallen niets, want de ayant-cause zal niet altijd in staat zijn die antidatering te bewijzen. Nog een bewijs wil ik aanhalen dat men wel degelijk ayants-cause op het oog had bij het ontwerpen van den C. N.

In het rapport van den tribuun Favart geeft deze een voorbeeld, waarin een crediteur saisissant tegenover eenen

1) Toullier VIII 246, noot 2.

anderen crediteur van denzelfden debiteur derde genoemd wordt.

Maar is een crediteur dan ayant-cause van den debiteur?

Toullier maakt onderscheid; hij beweert dat een crediteur saisissant derde is ten opzichte van eenen „tiers saisi acquéreur par acte sous seing privé” want zegt hij: „c'est contre lui (debiteur) qu'il agit, l'acquéreur n'est que l'ayant-cause du debiteur.”¹⁾

Maar iets vroeger beweerde Toullier dat een crediteur saisissant ayant-cause is van den debiteur: „Caius créancier de Titius forme un saisie-arrêt; une quittance sous seing privé fera tomber le saisie-arrêt car Caius excerce les droits de son debiteur, il est à mon égard l'ayant-cause.”²⁾

Wel is waar in het eerste geval staat de crediteur tegenover eenen acquéreur, in het tweede geval tegenover eenen schuldenaar van zijnen debiteur.

Ik geloof niet dat de onderscheiding van Toullier juist is. Een crediteur is, of ayant-cause van zijnen debiteur of hij is het niet, maar in alle gevallen is hij het dan ook tegenover ieder, wie deze ook zijn moge; en m. i. is hij werkelijk de ayant-cause van den debiteur, maar alleen ten opzichte van rechten of verplichtingen die deze rechtmatig kon uitoefenen of op zich nemen; evenmin nu als een debiteur recht heeft om na de saisie-arrêt een zijner goederen te verkoopen, even zoo min kan hij daarna eene schuldvordering innen. Door beide handelingen benadeelt hij zijnen crediteur, want deze neemt zoowel de goederen, als de schuldvorderingen in beslag; de debiteur zou dus de koopakte in het eene geval, of de kwitantie in het andere geval,

1) Toullier VIII 251.

2) Toullier VIII 249.

moeten antedateeren, maar dan maakt de crediteur in alle gevalle gebruik van art. 1328 C. N. (1917 B. W.) Alle akten door den debiteur echter gemaakt vóór de saisie-arrêt, zijn tegenover den crediteur-saisissant van waarde, tenzij deze het in fraudem creditorum bewijze.

Maar dit is bij eene onderhandsche akte sans date certaine immers juist de vraag.

Duranton echter is, in strijd met zijn gevoelen „qu'un tiers est celui qui est étranger à la convention „intervenue entre deux personnes,” ¹⁾ van meening, dat een crediteur saisissant tegenover eenen tiers saisi debiteur ayant-cause is, hoewel hij overigens de willekeurige onderscheiding van Toullier afkeurt ²⁾. Dit wordt hem dan ook door Marcadé verweten. ³⁾

Duranton verdedigt het evenwel met de woorden: „cela est incontestable le saisissant n'exerce que les „droits du debiteur sur le tiers saisi.” ⁴⁾

Maar de debiteur had geen recht meer te ontvangen, de kwitantie bewijst het niet; hoe kan de crediteur ayant-cause zijn tegenover die kwitantie, d. w. z. de verplichting overgenomen hebben om die kwitantie ⁵⁾ te eerbiedigen, eene verplichting die zijn oorspronkelijke debiteur niet eens meer op zich kon nemen.

Het gevoelen van Marcadé was ook dat van Bonnier. ⁶⁾

Maar Duranton is zelfs in strijd met de woorden van den tribuun Favart ⁷⁾ als hij beweert „un créancier..... „ne doit pas être exclu de la distribution, sur le seul

1) Duranton XIII 136.

2) Duranton XIII 135.

3) Marcadé V ad 1328 V.

4) Duranton XIII 135.

5) Zie over de vraag in hoeverre kwitantiën onder art. 1328 C. N. en 1917 B. W. vallen, aanteekening IV blz. 63. (f)

6) Bonnier traité des preuves 700.

7) Exposé des motifs du C. N. blz. 180.

„fondement que son titre n'aurait pas de date certaine
„antérieure aux saisies.” 1)

Resumeer ik nu hetgeen ik betoogd heb dan kom ik tot de volgende conclusie.

1°. Alle actes sous seing privé met date certaine vallen onder art. 1322 C. N. zoowel wat partijen als erfgenamen en rechtverkrijgenden betreft.

2°. Alle actes sous seing privé zonder date certaine alleen wat partijen betreft.

3°. Ayants-cause volgens art. 1322 C. N. (1912 B. W.) zijn zoowel ayant-cause à titre universelle als à titre particulier.

4°. Art. 1322 C. N. (1912 B. W.) is niet in strijd met art. 1328 C. N. (1917 B. W.)

5°. Derden in den zin van art. 1328 C. N. (1917 B. W.) zijn allen behalve partijen in de akte.

Voor het Nederlandsch burgerlijk recht is door Prof. Diephuis en Mr. A. de Pinto de stelling van Toullier verdedigd. 2)

Wat betreft de erfgenamen o. a., beweert Prof. Diephuis dat zij alleen kunnen gebruikmaken van art. 1917 B. W. wanneer zij de nalatenschap verwerpen, en bij uitzondering, wanneer zij deze aanvaarden onder benefice van inventaris.

Maar wanneer de erfgenaam de nalatenschap verwerpt, wordt hij geacht nooit erfgenaam geweest te zijn (art. 1104 B. W.), en is dus in dat geval of rechtverkrijgende titulo particulari, hetzij van den erflater, hetzij van een ander; wanneer bijv. de erflater eene zaak die hem niet toebehoorde had verkocht en de werkelijke eigenaar toevallig later zijn erfgenaam wordt. Deze toch is geen

1) Duranton XIII 141.

2) Diephuis B. R. IX. 153, de Pinto Handleiding tot het B. W. II § 1135.

rechtverkrijgende op die zaak van den erflater, maar van den rechtmatigen auteur die hem (erfgenaam) had overgedragen wat ten onrechte door den erflater als eigen goed was verkocht; of hij is derde (penitus extraneus). Maar de rechtverkrijgenden van den erflater zijn, volgens Prof. Diephuis, ook geen derden, dus valt alleen onder dit begrip in art. 1917 B. W. óf de penitus extraneus, of de rechtverkrijgende van een ander. Deze beiden echter hebben art. 1917 B. W. niet noodig, zij beroepen zich op den rechtsregel *res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest.*"

Ook hier echter geldt het slechts de vraag of de verplichting, in die akte uitgedrukt, reeds door den erflater op den datum dien zij draagt was op zich genomen, en dus van dien tijd af, zoowel hem, als zijne erfgenamen en rechtverkrijgenden, kon verbinden. Al erkent de erfgenaam of de rechtverkrijgende de akte dan is hij nog niet aan den datum gebonden.

Het gevoel van Prof. Diephuis wordt door hem verdedigd met de bewering, "dat gewoonlijk partijen met hunne erfgenamen en rechtverkrijgenden tegenover derden gesteld worden." ¹⁾

Dit is echter niet altijd het geval. In de laatst gehouden Juristenvergadering, ²⁾ zeide o. a. Mr. A. A. de Pinto, als praeadviseur over de vrije bewijs theorie sprekende, het volgende: "Het vervroegen der dagteekening van onderhandsche akten, is een te gemakkelijk en te gebruikelijk middel om de rechten van derden te verkorten, dan dat de erkenning der akte tusschen partijen ook de juistheid harer dagteekening tegenover derden zoude mogen bewijzen."

Ik geloof dat hier onder de uitdrukking partijen niet

1) Diephuis l. c.

2) Zie Handelingen der Jur. vereeniging 1879 Dl. I.

begrepen is, „en hunne erfgenamen en rechtverkrijgenden” diè vallen onder het begrip derden. Art. 1917 B. W. spreekt dan ook niet van derden in tegenoverstelling van erfgenamen en rechtverkrijgenden, doch alleen in tegenoverstelling van hen die de akte teekenden d. i. alleen partijen. Dit is ook de meening van Mr. Molster; hij noemt het „eene eenvoudige uitlegging van art. 1917” en haalt tot staving van zijn gevoelen een arrest aan van het hof te Nîmes, van 1 Februari 1822, en een van het hof te Brussel, van 15 November 1809. — ¹⁾

Er is nog een verdediger van dit beginsel opgetreden in het Weekblad van het Recht. ²⁾ In eene kritiek van een arrest van den Hoogen Raad van 11 December 1846 zegt hij, dat de H. R. o. a. aannam dat een *ayant-cause titulo speciali* geen derde is in den zin van art. 1917 B. W. en oordeelt dit onjuist en in lijnrechten strijd met de jurisprudentie en met de goede trouw. Taalkundig zegt hij is art. 1917 alleen voor ieder die niet als partij handelde in de onderhandsche akte. Dit blijkt uit de redactie en uit vergelijking met andere wetsbepalingen bijv. art. 1470 B. W. (2 crediteuren van eenen debiteur dus 2 *ayants-cause* die daar derden genoemd zijn) of bijv. art. 1815 B. W. (de *ayant-cause* van den geldschietster wiens behoefte eene lijfrente genomen wordt is derde) zie ook B. W. art. 283, 928, 1244 enz.

Hij beroept zich verder ook op de woorden van Bigot-Préameneu en eindigt zijn betoog met de volgende woorden: „en 1917 en 1328 zijn juist voor *ayants-cause* geschreven.”

Hiertegen had de redactie van het weekblad bezwaren. — Volgens haar zoude dit stelsel te veel belemmering in den handel te weeg brengen in 't algemeen, in elke

1) Jur. Correspondent I 277.

2) W. 767.

schuldvordering, die niet door getuigen bewezen kon worden, hoe deugdelijk zij ook zijn mocht, worden vernietigd.

Dit is echter m. i. nog geen bewijs, dat art. 1917 B. W. niet juist die bepaling bevat, die de ongenoemde schrijver in het weekblad verdedigde; en overigens behandelt de redactie de vraag slechts op handelsterrein. In de volgende aantekening zal ik pogen aan te toonen of art. 1917 B. W. ook op zaken van koophandel toepasselijk is of niet.

Laat mij echter eenige der artikelen van het B. W. waarop de schrijver zich beroept, even nagaan.

Volgens art. 1470 B. W. bijv. heeft er geene vergelijking plaats ten nadeele der verkregen rechten van derden. Die derden zijn dus rechtverkrijgenden wat ook uit het voorbeeld in de 2^e alinea van ditzelfde artikel duidelijk blijkt, waar men zoo niet alle rechtverkrijgenden, onverschillig aan wien zij hun recht hebben ontleend, toch in allen gevalle op het oog had den rechtverkrijgende van een der partijen. Om bijv. beslag te kunnen leggen onder A, debiteur van B, moet men het recht op die schuldvordering hebben, d. i. ayant-cause zijn; en art 1470 bezigt toch de uitdrukking derde.

Wie is bijv. volgens art. 1815 B. W. de rechtverkrijgende? immers degene ten wiens behoeve de lijfrente gevestigd wordt; en ook hier heet hij toch derde, d. i. degene die de akte niet medeteekende.

Nog één artikel tot verklaring. Is hij die in art. 928 B. W. derde genoemd wordt niet feitelijk, al is het dan ook onder zekere voorwaarde de rechtverkrijgende na den bezwaarden erfgenaam? — Men zou daartegen misschien kunnen beweren, dat de wet hem daarom derde noemt, omdat hij feitelijk nog geen rechtverkrijgende is, en het van eene zeer onzekere gebeurtenis zal afhangen of hij het wel ooit wordt. Hiertegen

echter geldt, dat zijn recht niet ontspruit uit het al of niet nalaten van eenig deel der erfenis door den bezwaarden erfgenaam, maar uit het testament zelf dat hem het recht gaf op hetgeen over zoude blijven, en alleen aan den bezwaarden erfgenaam de vrijheid overliet zooveel of zoo weinig als hij zelf wilde of kon over te laten, zoodat dus hier de erflater het recht zelf geeft, terwijl de bezwaarde erfgenaam de mogelijkheid om dat recht te kunnen genieten bepaalt.

Men ziet dus dat de uitdrukking derde niet altijd de erfgenamen en rechtverkrijgenden uit sluit.

Zoo ook art. 1917 B. W.

Hoewel 't waar is, zooals Prof. Diephuis zegt, „dat „de voorname reden waarom men Toullier bestreed bij ons is vervallen”, ¹⁾ kunnen er zich nog te veel en te gewichtige gevallen voordoen waarin dit stelsel moet aangenomen worden, en ik geloof dus niet met Prof. Diephuis te kunnen aannemen „dat het bezwaar om „rechtverkrijgenden tegenover derden te stellen, bij ons „niet meer bestaat”, want huur bijv. is toch geen zakelijk recht en heeft toch juist, omdat het huurcontract gewoonlijk onderhands wordt opgemaakt, veel kans om een punt van verschil op te leveren. Zie onder anderen een vonnis van den kantonrechter aangehaald door Mr. Molster ¹⁾; een dito van de rechtbank te Maastricht 28 Januari 1858, en een van de rechtbank te Utrecht 19 November 1852.

Dat Zachariae niet consequent was, zooals Prof. Diephuis beweert, bewijst nog niet dat zijne stelling willekeurig was. Ook hij rekent toch derden de ayants-cause, maar wilde bij kwitanties art. 1328 C. N. niet toegepast zien.

Dat verder de rechtverkrijgenden zich in 't algemeen

1) Jur. Corr. I. 277.

slecht tegen kwade praktijken hunner auteurs kunnen waarborgen, heb ik reeds boven aangetoond.

Voor 't overige geloof ik dat men te weinig eene onderhandsche akte laat registreren. Dat dit middel veel meer kosten veroorzaakt is waar, doch het is evenzeer niet te ontkennen dat men er meer oneenigheid mede voorkomt. Een groot beletsel echter schijnt de heffing van het zoogenaamd proportioneel recht te zijn, zooals Mr. de Martini terecht aanmerkte. ¹⁾

1) De Martini, de Ned. wetboeken op art. 1917 B. W.

II.

IS ART. 1917 B. W. OOK TOEPASSELIJK OP ZAKEN VAN KOOPHANDEL?

In welke gevallen eene wetsbepaling in 't algemeen kan toegepast worden, is, zooals ik in den beginne aantoonde, een der vragen die zich dadelijk aan ons voordoen. Bij art. 1328 C. N. en 1917 B. W. bleef zij dan ook niet achterwege, en deed zich voornamentlijk voor in de twee volgende hoofdvormen.

a. Is genoemd artikel ook toepasselijk op zaken van koophandel?

b. Is het ook toepasselijk in meer gevallen dan die door het artikel zelf worden opgenoemd m. a. w. is de bepaling limitatief?

De eerste dezer twee vragen is over het algemeen in Frankrijk ontkennend beantwoord voor art. 1328 C. N. Daarentegen is men bij ons van een tegenovergesteld gevoelen wat betreft art. 1917 B. W.

M. i. zoude ik liever het tegenovergestelde willen aannemen, zoowel voor het Fransch als voor het Nederlandsch recht, d. w. z. dat in Frankrijk art. 1328 C. N. wel degelijk toepasselijk is op zaken van koophandel, terwijl daarentegen bij ons art. 1917 B. W. geheel wordt uitgesloten in het handelsrecht.

Voor beide artikelen wil ik dit betoogen.

In Frankrijk toch was 't over 't algemeen moeilijker dan bij ons om te kunnen beslissen in hoeverre de beginselen van den C. N. in 't algemeen toepasselijk konden geacht worden in zaken van koophandel, wanneer de Code de Commerce onvolledige bepalingen inhield, of wanneer ze geheel zweeg. — De Code de Commerce zelf toch, bood geen richtsnoer aan waarnaar men moest handelen, want het had niet onze algemeene bepaling daaromtrent, vervat in art. 1 Wetboek van koophandel. Slechts in enkele artikelen verwees de C. d. C. naar den C. N. ¹⁾ zooals, omgekeerd, deze ook niet in eene algemeene bepaling, maar voor afzonderlijke gevallen, in enkele harer artikelen ten opzichte van het handelswetboek besliste, hetzij om die bepaling ook toepasselijk te verklaren in het handelsrecht, ²⁾ hetzij met het tegenovergestelde doel. ³⁾

De meeste Fransche schrijvers nemen toch aan dat men zich tot het gemeene recht moet wenden, ingeval het handelswetboek zwijgt.

O. a. Massé zegt daarvan het volgende:

„Les lois influent donc puissamment sur le commerce et cette influence appartient non seulement aux lois commerciales, mais encore aux lois civiles dont l'objet principal est l'état général de la société” etc. ⁴⁾

Verder, de handelswet beschouwende als eene bijzondere wet, die geene algemeene, maar slechts bijzondere regels geeft aan sommige handelingen bepaald eigen aan den handel, gaat hij aldus voort: *„les lois civiles influent encore sur le commerce à un autre titre comme sup-*

1) Zie bijv. art. 6, 7, 18, 65, 92 C. d. C. enz.

2) Zie in dezen zin bijv. art. 1107 C. N.

3) Bijv. art. 1341, 2084, 1153 C. N. enz. Zie ook art. 220 C. N. art. 1426 C. N.

4) Massé le droit commercial en rapport etc. I 63.

„plement des lois commerciales; la loi civile étant la
 „règle générale des actions des citoyens et la loi com-
 „merciale n'étant que la règle particulière de certaines
 „actions on doit reconnaître en principe que dans tous
 „les cas ou la loi particulière se tait, la loi générale ou
 „le droit commun reprend son empire..... ce prin-
 „cipe est consacré et reconnu par la loi commerciale et
 „par la loi civile elles-mêmes” etc. ¹⁾

Echter bleef er nog altijd zwaarigheid bestaan, wanneer men moest aannemen dat het droit civil toepasselijk was, of wanneer de C. de C. zweeg. Dit voelde Massé ook, en hij achtte het daarom noodig eenen algemeenen regel ten dien opzichte te geven. Op zijne woorden „mais
 „dans l'application ce principe soulève les plus sérieuses
 „difficultés parce qu'il n'est pas toujours facile de recon-
 „naître” etc. laat hij dan ook volgen: „Néanmoins on
 „peut dire qu'en général lors que la loi civile
 „tracce une règle qui en égard aux choses ou aux
 „actes qu'elle a pour objet peut être considérée comme
 „une règle du droit commun, cette règle est applicable
 „en matière commerciale, à moins qu'une disposition
 „contraire du droit commercial n'y ait dérogé, mais qu'il
 „en est autrement lorsque la règle posée par le droit
 „civil peut être considérée comme une exception au
 „droit commun ou à l'équité naturelle; dans ce dernier cas
 „cette règle n'est pas applicable en matière commerciale,
 „à moins qu'une disposition du droit commercial l'ait
 „pareillement consacrée. ²⁾

De vraag zou dus in casu hierop neerkomen of art. 1328 C. N. kan beschouwd worden als een „règle du droit commun” of omgekeerd, en het komt me voor dat men die vraag in den eerstgemelden zin moet beantwoorden

1) Massé l. c.

2) Massé l. c.

en dat wel op de volgende gronden: Zooals ik boven aantoonde in aantekening I is art. 1328 C. N. noch art. 1917 B. W. iets anders dan eene toepassing van den regel dat hij, die iets beweert dat moet bewijzen, doch in meer beperkten zin wat betreft de bewijsmiddelen. Dit deed men uit vrees voor bedrog; het is dus een regel van gemeen recht omdat het bewijs eischt tegenover derden van hetgeen men beweert, maar het is een regel van billijkheid om die derden, die niet zoo goed als partijen in staat zijn om een gepleegd bedrog door tegenbewijs te ontzenuwen, eenigszins te beschermen door tegenover hen meer zekerheid te eischen dan gewoonlijk. Wel is waar begaat men dan eene onbillijkheid tegenover partijen te goeder trouw, die mogelijk niet aan al die vereischten hebben gedacht, doch de wet is nu eenmaal daar om hen te waarschuwen, hare bepalingen zijn gemaakt om nageleefd te worden, en hoewel ik het op zichzelf niet goedkeur dat daardoor eene onbillijkheid gewettigd wordt, zouden derden daarentegen, zonder die bepaling geheel aan de willekeur van partijen zijn overgeleverd.

Nemen wij nu de stelling van Massé over dan zou art. 1328 C. N. ook op zaken van koophandel toepasselijk moeten zijn, omdat ze *„un règle du droit commun”* is en de C. d. C. nergens ten dien opzichte eene strijdige bepaling bevat.

Dit is echter door verscheidene Fransche schrijvers niet aangenomen, zooals Toullier, Bonnier, Marcadé enz.

Toullier maakt de volgende opmerking: *„c'est une question très importante qui paraît abandonnée à la prudence des tribunaux de commerce. Ils peuvent d'après les circonstances, appliquer le principe, le modifier ou en écarter l'application suivant que l'équité et l'intérêt du commerce paraît l'exiger.”* ¹⁾ Dit gevoelen kan zijn

1) Toullier VIII 244.

oorsprong niet hebben ontleend aan de bepaling van art. 1341 C. N. in verband met art. 49 en 109 C. d. C. ¹⁾ Hoe volgt nu uit dit verband de conclusie dat art. 1328 C. N. niet toepasselijk is? Art 1341 C. N. handelende over het bewijs door middel van getuigen bepaalt dat dit niet zal toegelaten worden „de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs,” en ook niet tegen en boven de akte enz.; maar in de tweede alinea volgen deze woorden: „le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.”

Nu beweert Toullier: „les tribunaux peuvent admettre la preuve testimoniale même des conventions non écrites excédant 150 francs. Ils pourraient à plus forte raison, l'admettre pour établir la vérité ou la fausseté d'un acte sous seing privé.” ²⁾ Dit zou waar kunnen zijn wanneer de Code de Commerce dit getuigen bewijs ergens in 't algemeen voor alle overeenkomsten had toegelaten; dat is echter niet het geval, in tegendeel sluit de Code de Commerce in art 41 het uitdrukkelijk uit, terwijl zij het overigens slechts in 2 artikelen toelaat, dit zijn artt. 49 en 109 C. d. C. en dan nog niet zoo onbeperkt zooals uit de woorden dier artikelen zelf blijkt art. 49 C. d. C. toch zegt: „les associations en participation peuvent être constatées..... par la preuve testimoniale si le tribunal juge qu'elle peut être admise; en art. 109 C. d. C.: les achats et ventes se constatent..... par la preuve testimoniale, dans les cas où le tri-

1) Want Toullier zelf zegt: „mais on ne s'aperçut pas que cette nouvelle rédaction rapprochée de l'art 1341 du code civil, laissent subsister du doute, sur le point de savoir si les tribunaux de commerce peuvent indéfiniment, dans tous les cas, recevoir la preuve testimoniale sans commencement de preuve par écrit. Toullier IX 231.

2) Toullier VIII 244.

„bunal croira devoir l'admettre. Men mag dit nu niet willekeurig uitbreiden tot alle andere handels-overeenkomsten in een wetboek dat geene algemeene verwijzing naar het burgerlijk recht bevat. ¹⁾

Evenwel ziet Marcadé hierin geen bezwaar hoegenaamd, hij beweert immers: „or les achats et ventes sont le „type de toutes les affaires commerciales, ils sont les „plus frequents et les plus importants des actes com-
„merciaux. Le moyen de preuve formellement admis pour „eux l'est donc implicitement pour toutes autres opéra-
„tions, et tel était l'ancien usage du commerce, auquel „rien n'indique que notre législateur ait voulu apporter „de changement.” ²⁾

Deze meening van Marcadé komt me voor onjuist te zijn, want indien de Fransche wetgever niet van het oud gebruik wilde afwijzen had hij niet noodig gehad dit in een afzonderlijk artikel uit te drukken, en ware dit laatste alleen het geval geweest met art. 109 C. d. C. dan zou men misschien nog met Marcadé kunnen aannemen dat, omdat koop en verkoop het hoofddenkbeeld is in den handel, ook datgene wat ten opzichte dier overeenkomst als bewijsmiddel geldt, à plus forte raison zou aangenomen kunnen worden voor alle andere handelsovereenkomsten. De C. d. C. laat echter ook nog in art. 49 getuigenbewijs toe bij de associations en participations, die niet altijd koop en verkoop ten doel hebben.

Bonnier komt tot dezelfde conclusie als Toullier en Marcadé, maar hij voert voor zijne bewering geen en enkelen grond aan, dan het feit, dat men het over dit punt nog al eens is. Verder voert hij als stimulans het volgende

1) Zie ook Toullier IX 231, die het ook niet op de woorden der wet durft gronden hoewel hij van gevoelen is dat de wetgever het tegenovergestelde bedoelde.

2) Marcadé V ad 1348 VII.

aan: „Un point..... c'est que la certitude de la date
 „n'est pas réquise , même à l'égard des tiers, dans les
 „operations commerciales, qui sous le double rapport de
 „la célérité de l'économie ne peuvent être soumises à
 „la nécessité de l'enregistrement.” ¹⁾ Maar dit is een
 vraag de jure constituendo volgens het jus constitutum
 evenwel kan ik dit niet aannemen.

primo: omdat zooals ik reeds aantoonde de C. d. C.
 in geen artikel het getuigenbewijs in 't algemeen, maar
 in 2 artikelen slechts voor bijzondere gevallen toelaat. ²⁾

secundo: omdat de bepaling van art. 1328 C. N. une
 règle de droit commun et d'équité is.

tertio: omdat nergens blijkt dat men hier van het
 droit civil wilde afwijken.

Het is waar dit is een leer van streng recht, maar ik
 kan me volkomen vereenigen met de woorden van Mr.
 A. de Pinto, die gelooft dat men deze (de wet) blind
 moet en kan volgen, maar dat het streven naar zooge-
 naamde billijkheid en rechtvaardigheid eene ijdele poging
 is, die ons van den rechten weg afvoert, en op het
 dwaalspoor geleidt. ³⁾

De Fransche schrijvers geven hier meer toe aan een
 gevoel van billijkheid ten opzichte van den handelaar, dan
 dat hunne meening gesteund wordt door de wet. Mr. A.
 de Pinto is van hetzelfde gevoelen.

„Ook dat voorschrift, zegt hij, van art. 1 W. v. K.
 „immers in dien algemeenen zin ontbrak aan het Fransche
 „regt. Wel zeide art. 1341, hetwelk voor burgerlijke
 „zaken het getuigenbewijs in den regel uitsluit, le tout
 „sans préjudice de ce qui est prescrit dans
 „les lois relatives au commerce. Maar in den

1) Bonnier traité des preuves 702.

2) Art. 1341 C. N. zegt letterlijk: le tous sans préjudice de
 ce qui est prescrit etc.

3) de Pinto Handl. tot h. W. v. K. II. Inleiding i. f.

„Code de Commerce zocht men vruchteloos naar eene
 „bepaling, welke letterlijk en uitdrukkelijk hetzelfde voor
 „handelszaken in het algemeen toeliet; integendeel waren
 „er, die uit den inhoud van de artikelen 39, 40, 49,
 109, 311, 332, en anderen, misschien niet geheel ten
 onregte meenden te moeten opmaken, dat ook de regter
 „in zaken van koophandel, geen getuigenbewijs mogt
 „aannemen, dan alleen voor de zoodanigen, waar de
 „wet zulks uitdrukkelijk toestond. Intusschen is deze
 „leer van het strenge regt, welke zeker in strijd was
 „met de bedoelingen van den wetgever, steeds verwor-
 „pen door de leer zoowel der beste schrijvers als der
 „jurisprudentie, welke algemeen aannam, dat het bewijs
 „door getuigen in handelszaken, in den regel, geoorloofd
 „was.” ¹⁾ Ik weet niet of de bedoeling van den wetgever
 was het streng recht hier te handhaven of niet, maar
 dat is zeker, dat het uit de wet zelf, die toch de
 uitdrukking van den wetgever is, niet blijkt, hoewel
 men uit art. 49 en 109 C. d. C., en die door Mr. de
 Pinto aangehaald, meer genegen zou zijn te gelooven,
 dat het streng recht wel in de bedoeling van den wet-
 gever lag. Hij schijnt toch wanneer hij getuigenbewijs
 wil toegelaten zien, eene uitdrukkelijke bepaling nood-
 zakelijk geacht te hebben, zooals art. 49 en 109 C. d. C.
 Had hij het dus in 't algemeen in zaken van koophandel
 toepasselijk willen hebben, dan had hij een dergelijk art.
 als ons art. 1 W. v. K. in den C. d. C. moeten opnemen.

Hoe dit echter ook zij in het Fransche recht, bij ons
 heeft men die klip ontweken, en men zoude oppervlak-
 kig denken ook een einde gemaakt aan dien strijd. Dit
 is echter geenzins het geval. Bij ons is ook nog de
 vraag: is „art. 1917 B. W. op zaken van koophandel
 toepasselijk” in verschillenden zin beantwoord. Mijne

1) de Pinto Handl. tot h. W. v. K. II. § 2.

meening is zooals ik boven aantoonde, dat dit niet het geval kan zijn.

Wanneer wij nl. art. 1 W. v. K. beschouwen, lezen we het volgende: Het Burgerlijk wetboek is, voor zoo-verre daarvan bij dit wetboek niet bijzonderlijk is afge-weken, ook op zaken van koophandel toepasselijk. Dus de onzekerheid wanneer het burgerlijk recht te pas komt in handelszaken, die in Frankrijk bestond, is daarmede voor goed opgeheven. De vraag wanneer het W. v. K. afwijkt of niet van het burgerlijk recht, in eene *questio facti*; maar de 2^e alinea van hetzelfde artikel luidt als volgt: Behalve de bewijsmiddelen bij dit en bij het Burgerlijk wetboek aangewezen, zal in zaken van koophandel het bewijs door getuigen, in alle gevallen en zonder aanzien van den aard of het bedrag des onderwerps, worden toegelaten, ten ware, bij dit wetboek, een bepaald middel van bewijs bij uitsluiting is voorgeschreven.

Het B. W. geldt in zaken van koophandel boven het gebruik; men denke slechts aan art. 3 Alg. Bep. dat ook voor het Wetboek van Koophandel geldt nl.: „dat „gewoonte geen recht geeft tenzij de wet er naar verwijst.”

Ten opzichte van het bewijs geeft dadelijk art. 1 2^e al. W. v. K. eene bijzondere afwijking van het burgerlijk recht. Zoo vatten het niet alleen de vijf advokaten op in hunne aantekeningen op het W. v. K., maar ook Mr. A. de Pinto zegt er het volgende van: „Op den „regel volgt alzoo dadelijk nog in hetzelfde artikel eene „der gewichtigste uitzonderingen. In het Burg. regt „toch wordt het getuigenbewijs in den regel niet toege- „laten, dan in die gevallen, waarin de wet uitdrukkelijk „anders bepaalt..... In het handelsregt geldt het tegen- „overgestelde beginsel, dáár mag alles bewezen worden „door getuigen, tenzij de wet een bepaald ander be-

„ wijsmiddel, en wel bij uitsluiting, voorschrijve.
 „ Niet alleen de spoed, welke doorgaans in handelsover-
 „ eenkomsten vereischt wordt, en welke meerendeels het
 „ opmaken van schriftelijke akten onmogelijk maakt;
 „ maar daarenboven, en voornamentlijk, de onkreukbare
 „ trouw welke de ziel moet zijn van elken eerlijken han-
 „ del, maakte zulk eene bepaling noodzakelijk.” ¹⁾

Als nu bijv. A. met B. eene overeenkomst sluit en zij daarvan eene onderhandsche akte opmaken, waarvan de datum door C., aan wien deze akte wordt tegengeworpen, als antidade wordt aangevallen, dan kunnen A. en B. daartegen aanvoeren, op grond van art. 1 alinea 2 W. v. K., dat zij getuigenbewijs mogen aanwenden, en dus art. 1917 B. W. tegen hen niet geldt; en terecht want feitelijk kunnen ze de bepaling van art. 1 2^e al. W. v. K. hier in toepassing brengen daar de vereischten voor getuigenbewijs in casu aanwezig zijn, nl:

Primo het feit is afdoende en terzake dienende.

Dit is m.i. nog al gemakkelijk aan te toonen, want het feit is hier eerstens stellig afdoende, omdat het toch buiten twijfel is dat het recht van C. daarvan zal afhangen. Immers, indien bijv. niet wordt bewezen dat de akte werkelijk op dien datum is gemaakt dien men haar gegeven heeft, zal zij eerst tegen C. kunnen gelden, van af het tijdstip waarop zij hem in rechten wordt ver- toond; en tweedens ter zake dienende evenzeer, want wat wordt anders door C. betwist dan juist dat feit waarop zich de tegenpartij beroept, nl.: dat op dien zelfden dag en geen anderen zoowel de akte is ge- teekend als de overeenkomst gesloten.

Secundo. Het getuigenbewijs is niet door de wet uitgesloten.

Dit blijkt volgens mijne meening duidelijk uit de

1) de Pinto Handl. tot het W. v. K. II 2.

woorden: „in allen gevalle zonder aanzien van den aard „of het bedrag des onderwerps” in art. 1 al. 2 W. v. K. En in het geheele wetboek vind ik geen uitdrukkelijk verbod ten opzichte van den datum. Deze algemeene bepaling in het eerste artikel is immers eene bijzondere afwijking van het burgerlijk recht ten opzichte van het bewijs.

Tertio. Art. 1 al. 2 W. v. K. is imperatief „en de „regter heeft alleen te onderzoeken, wanneer het getuigenbewijs door éene der partijen gevorderd wordt: „1°. of de daadzaken, welke men bewijzen wil, ter zake „dienende en afdoende zijn (Art. 203 W. v. B. R.); „2°. of het bewijs door getuigen daarvan door eenige „wet uitdrukkelijk is verboden; — en, waar het „eerste wel, en het tweede niet het geval is, moet „hij de vordering tot bewijs toewijzen.” ¹⁾

Misschien zal men beweren dat van art. 1917 B. W. omtrent hare al of niet toepasselijkheid in zaken van koophandel, geen sprake kan zijn, daar dit voldoende uitgemaakt wordt door art. 1 al. 1 W. v. K., want dat de 2° alinea van hetzelfde artikel hier volstrekt niet te pas komt, omdat art. 1917 B. W. in 't geheel niet over bewijsmiddel spreekt, maar slechts eenige gevallen opnoemt, waarin zij den datum tegenover derden voor zeker houdt.

Maar sluit dan art. 1917 B. W. alle bewijs uit? dit kan niet waar zijn; wat toch is het geval: men wil het bestaan van eene akte op eenen bepaalden datum bewijzen. De wet echter achtte niet alle bewijsmiddelen tegen derden als genoegzame zekerheid gevende, maar noemde vier gevallen op die het bestaan der akte onwederlegbaar maken. Welnu, indien men, om bij het eerste geval eens alleen te blijven, het bestaan der akte op den datum waarop zij werkelijk gemaakt is wil be-

1) Mr. A. de Pinto Handl. tot het W. v. K. II, blz. 14.

wijzen, late men haar slechts op dienzelfden dag registreren. Dan valt de datum der registratie samen met dien der akte. De registratie bewijst dat zij op dien dag bestond, waarop zij ter registratie werd aangeboden; de datum der registratie valt samen met dien der akte, ergo: het bestaan der akte op den datum dien zij draagt en waarop men beweert dat zij gemaakt is, moet evenzeer bewezen zijn.

Zoo kan men eveneens handelen ten opzichte van het tweede geval (ofschoon dat uit den aard der zake weinig te pas zal komen) en ten opzichte van het vierde geval. Het derde heeft men natuurlijk niet in zijne macht.

Dit kan nu alles in zaken van koophandel volgens art. 1 al. 2 W. v. K. door getuigen bewezen worden.

Sommigen beweren dat art. 1917 B. W. evenzeer op zaken van koophandel toepasselijk is als in het burgerlijk recht, behalve ten opzichte van wissels, orderbriefjes en endossementen.

Volgens Mr. Kist volgt dit uit de bepaling zelf van art. 100 W. v. K. hij zegt nl.: „De wet toch heeft „expresselijk bevolen, dat wissels en endossementen ge- „dateerd moeten zijn en wel bepaaldelijk, opdat de „dagteekening ten aanzien van derden zoude blijken. „Tusschen partijen toch zal de dagteekening meestal „onnoedig zijn. De datum moet derhalve ook tegen „derden gelden, anders ware de geheele bepaling on- „noodig.” ¹⁾

Dit is echter nog de vraag. De wet wilde alleen in art. 100 W. v. K. eene definitie van den wissel geven, daarom moest ze ook van den datum spreken als formeel vereischte, maar daaruit volgt nog niet dat op de overige handelsovereenkomsten art. 1917 B. W. wel toepasselijk is. Dit kon men met veel meer grond beweren

1) Kist beginselen v. Handelsrecht II blz. 59—60.

voor den Code de Commerce, omdat deze geene bepaling bevatte als art. 1 al. 2 W. v. K. Maar bovendien, de wissel is eene geheel bijzondere instelling, aan geheel bijzondere regels van het gewone handelsrecht afwijkende onderworpen. Zij heeft bijv. een authentiek karakter ofschoon geen openbaar ambtenaar is tegenwoordig geweest, zij gaat ook over zonder akte van cessie, het accept verbindt den acceptant onvoorwaardelijk enz. Zij zou dus niet eens behoefte hebben aan getuigenbewijs, daar zij voor waar wordt aangenomen zoolang de valsheid niet bewezen is, ook wat den datum betreft.

Ook in Frankrijk beschouwde men haar als eene authentieke akte, zooals o. a. blijkt uit hetgeen bijv. Pardessus schreef: *"Ainsi une lettre de change, un billet à ordre, un endossement, font foi de leur date sans autre secours; c'est par ce motif que l'antidate en est punie comme un faux."* ¹⁾

En wat zegt Rogron in zijne aanteekening op art. 139 C. d. C.: *"L'interêt du commerce a voulu que les lettres de change, les billets à ordre, les endossements fissent foi de leur date, comme les actes authentiques; l'antidate à dû dès lors être punie des peines du faux, c'est à dire des travaux forcés à temps."* ²⁾

Prof. Diephuis is van hetzelfde gevoelen als Mr. Kist. Volgens hem omdat geene bepaling van het W. v. K. hiervoor grond oplevert ³⁾ (d. i. voor de niet toepasselijkheid van art. 1917 B. W. op handelszaken.) Maar iets vroeger, sprekende van de onderhandsche geschriften eens koopmans die gefailleerd is, zegt dezelfde schrijver het volgende: *"Men heeft de gevolgen dier meening (dat de curator van den gefailleerde derde is in den*

²⁾ Pardessus Droit Comm. 247.

³⁾ Rogron Code de Comm. expliqué ad art. 139.

³⁾ Diephuis B. R. IX 156.

„zin van art. 1917 B. W.) breed uitgemeten.....
 „maar men schijnt daarbij niet genoeg in het oog gehou-
 „den te hebben, dat de dagteekening veelal wel
 „van elders zal kunnen bewezen worden, vooral in
 „handelszaken waarbij het getuigenbewijs
 „algemeen is toegelaten, en ook de handelsboeken
 „deswege als bewijsmiddel kunnen gelden.” 1) Het komt
 mij voor dat deze twee plaatsen nog al met elkander
 strijden. Mijn gevoelen wordt ook nog gedeeld door den
 schrijver die in het Weekblad N^o. 767 opkwam tegen
 eene beslissing van den Hoogen Raad dat rechtverkrij-
 genden geen derden zijn in den zin van art. 1917 B. W.
 De vrees, toen door de redactie uitgedrukt, dat door het
 aannemen dier meening te veel belemmering in den
 handel zou ontstaan enz., weerlegt hij in een ander num-
 mer van het weekblad met de volgende woorden: „Immers
 „geene vordering van een eerlijk koopman berust alleen
 „op onderhandsche stukken van zijnen debiteur.

„Ieder koopman heeft zijne boeken om de deugdelijk-
 „heid der schuld te bewijzen, en konden hem die al soms
 „niet dienen, dan zou hij in den regel toch steeds met
 „getuigen kunnen bewijzen dat zijne onderhandsche stuk-
 „ken anterior aan het faillissement zijn; de Hooge
 „Raad schijnt dit te hebben over het hoofd gezien en
 „heeft daarom eene zwaarigheid gevonden, die in wer-
 „kelijkheid niet bestaat. Pailliet l.l. en alle Fransche
 „schrijvers beweerden reeds dat art. 1328 C. C. dit ge-
 „tuigenbewijs toeliet en bij ons kan daaraan niet meer
 „getwijfeld worden na de opname van het nieuwe 1^e
 „artikel in het W. v. K. 2) De bedenkingen der redactie
 „in het weekblad 767 vervallen dus geheel.”

Ik wenschte nu nog even een breed overzicht te geven

1) Diephuis B. R. IX 155.

2) W. 775.

der gevolgen voortspruitende uit hetgeen ik in mijne beide eerste aantekeningen op art. art. 1917 B. W. heb betoogd.

Vooreerst kunnen alle mogelijke curators hetzij over onbeheerde nalatenschappen, hetzij over krankzinnigen, hetzij over andere personen of zaken, alle bewindvoerders enz. tegenover eene onderhandsche akte zonder zekeren datum art. 1917 B. W. inroepen. De vraag of zij penitus extranei zijn of niet vervalt geheel.

Verder in 't algemeen alle erfgenamen en rechtverkrijgenden. Zij roepen allen art. 1917 B. W. te hulp.

Ook de lastgever is derde tegenover den datum eener ongeregistreerde onderhandsche akte door zijnen lasthebber geteekend, niet alleen na het eindigen der lastgeving zooals Prof. Diephuis beweert, ¹⁾ maar ook tijdens de lastgeving nog voortduurt en de lasthebber binnen den kring zijner bevoegdheid handelde, zoowel wat den aard der lastgeving zelf betreft, als omtrent den tijd waarvoor hij lasthebber was. Want, al is de lastgever ook de persoon in wiens naam gehandeld wordt, al wordt hij ook aangesproken tot vervulling der verplichtingen door zijnen lasthebber wettig voor hem op zich genomen, hij was daarom nog niet feitelijk degeen die de akte teekende, hij kan omtrent den datum gemakkelijk bedrogen worden, en is geheel derde tegenover die handeling wat den datum betreft. Die met eenen lasthebber handelt moet bovendien altijd dubbele voorzorg gebruiken, men moet zorgen dat men tegenover dengene voor wien de lasthebber handelde, alles kan bewijzen wat op de overeenkomst betrekking heeft.

Hetzelfde geldt ook ten opzichte van den meerderjarig gewordenene tegenover zijnen voogd.

Dit alles echter in het burgerlijk recht.

1) Diephuis B. R. VIII 824.

In het handelsrecht vervalt nu een groot punt van twist, dat tot een menigte beslissingen in beiderlei zin heeft aanleiding gegeven, nl.: of een curator in faillissement derde is ten opzichte van den datum eener onderhandsche akte want zelfs al ware art. 1917 B. W. toepasselijk op zaken van koophandel, dan nog zoude dit geen vraagpunt meer kunnen zijn daar allen derden zijn tegenover dien datum behalve partijen.

Kortom in het burgerlijk recht geldt art. 1917 B. W. tegen allen behalve partijen, in het handelsrecht geldt het tegen niemand of liever in het geheel niet.



III.

IS ART. 1917 B. W. BEPERKT TOT DE DOOR HAAR ZELF
OPGENOEMDE GEVALLEN?

De tweede hoofdvorm waaronder zich de vraag: in welke gevallen nl. art. 1328 C. N. zoowel als art. 1917 B. W. toepasselijk geacht kunnen worden, voordeed, was, dat men zich afvroeg: zouden ook andere omstandigheden dan die de artikelen zelf opnoemen, kunnen aangemerkt worden in hunne bepaling begrepen te zijn: m. a. w. zijn die opgenoemde gevallen slechts voorbeelden?

Beide artikelen zijn in bedoeling volkomen hetzelfde maar bij ons heeft men het noodig geacht eene kleine uitbreiding te geven aan de bepaling van art. 1328 C. N. wij hebben 4 gevallen aangenomen terwijl de C. N. er slechts 3 opnoemde.

Evenwel schijnt het toch, dat men in Frankrijk wel gevoeld heeft dat de redacteurs van den C. N. het artikel wel wat al te limitatief hadden gesteld, en zoo kon men dan ook tot een geheel tegenovergesteld gevoelen komen en o. a. aannemen, dat een derde, hoewel hij kennis van den datum had waarop de akte gemaakt was, zich zoude kunnen beroepen op het limitatieve karakter van art. 1328 C. N. waardoor hij zich niet gebonden zou achten aan zijne erkenning.

Daarom nam dan ook misschien het hof van Grenôble in een arrest aan: „que la connaissance qu'aurait eue „l'acheteur posterieur de l'acte sous seing-privé qu'on lui „oppose suffit pour donner à cet acte date certaine à son „égard.” ¹⁾

Dit was echter buiten de woorden der wet om en het arrest is dan ook verworpen door het hof van Cassatie den 27^{sten} Mei 1823.

Het kan niet onmogelijk zijn dat dergelijke overwegingen onzen wetgever er toe hebben gebracht een vierde geval op te nemen nl. de schriftelijke erkenning van derden.

Dat hij desniettegenstaande nog veel te beperkt te werk ging zal wel, geloof ik, door niemand betwijfeld worden.

Ten opzichte nu van deze gevallen kan men zich twee vragen voorleggen:

A. Is geen ander geval toegelaten dan de opgenoemde, of zijn deze slechts voorbeelden zooals Toullier ²⁾ beweert?

B. Welke gevallen zijn onder de bewoordingen der opgenoemden zelf begrepen, d. w. z. zijn die woorden zelf ook weer streng limitatief op te vatten of niet?

Deze beide vragen zal ik trachten te beantwoorden.

Vooraf echter eene kleine opmerking. De gevallen, in beide artikelen opgenoemd, kunnen tevens bewijsmiddelen zijn voor den werkelijken datum, d. i. voor dien waarop de akte gemaakt is, want, indien men slechts op dienzelfden dag de akte laat registreren, zoodat beide dagteekeningen, die der akte en die der registratie noodzakelijk samenvallen, is toch de datum bewezen

¹⁾ Zie dit arrest bij Bonnier 704 aangestipt en bij Duranton XIII 131 aangehaald.

²⁾ Toullier VIII 243 sqq

echt te zijn. Dit beweerde ik reeds op blz. 40 en 41. Tot meerdere staving evenwel van mijn gevoelen (dat nl. die gevallen ook bewijsmiddelen zijn), wil ik hier nog aanhalen de woorden van Mr. A. de Pinto in zijn praeadvies op de laatstgehouden juristenvergadering.

„Door het juiste beginsel”, zegt hij, „wordt echter „het zeer beperkte voorschrift van art. 1917 niet ge- „rechtvaardigd. Men kan aannemen dat hij die zich „tegenover derden beroept op eene tusschen partijen „erkende onderhandsche akte, in geval van het betwisten „der dagteekening, hare juistheid moet bewijzen, zonder „hem of den rechter te binden aan enkele in de „wet, met uitsluiting van andere, genoemde „bewijsgronden, gelijk onze wet op voorbeeld van „den Code met afwijking van art. 3327 van het ontwerp „van 1820, dat, na enkele omstandigheden te hebben „opgenoemd, waaruit de echtheid der dagteekening blijkt, „in zijn laatste nummer toeliet deze ook uit andere „omstandigheden ten genoege van den rech- „ter te bewijzen.”

Tevens blijkt hieruit dat ook volgens Mr. A. de Pinto art. 1917 geen ander bewijsmiddel toelaat.

Het komt mij daarom voor dat Prof. Diephuis ten onrechte van een tegenovergesteld gevoelen is als hij beweert: het bewijs hiervan (nl. van het tijdstip waarop de akte gemaakt was) is door art. 1917 niet uitgesloten, en kon ook niet uitgesloten worden; het is dus toegelaten. Dit geldt zelfs van het bewijs door getuigen en vermoedens, in de gevallen waarin deze bewijsmiddelen in 't algemeen zijn toegelaten. 1) Nu is het buiten twijfel dat — ondersteld dat hier geene andere bewijsmiddelen zijn uitgesloten en dus de meening van Prof. Diephuis juist blijkt te zijn — derden, zoolang de tegenpartij nog

1) Diephuis B. R. IX 151.

andere bewijsgronden kan aanvoeren, hetzij die bestaan in de door art. 1917 B. W. opgenoemde gevallen, hetzij in andere bewijsmiddelen dat de dagteekening der akte echt is, dit art. niet kunnen inroepen.

Stel bijv. dat A. op primo Januari eene overeenkomst sluit met B. waarbij getuigen tegenwoordig zijn. De akte van deze overeenkomst opgemaakt, wordt echter geregistreerd op den eersten Februari daaraanvolgend, het tijdstip nl. waarop men tegen derden gebruik wenscht te maken van dit onderhandsch geschrift, en wel in casu tegen C, die zich natuurlijk beroept op art. 1917 B. W. en beweert dat de akte tegen hem eerst geldt van af primo Februari. ¹⁾ Maar A. of B. kunnen nu getuigen bijbrengen en maken daar dan ook gebruik van. De datum echter door deze getuigen voor echt verklaard kan evenwel niet tegelijk gelden met dien der registratie. Want ze zijn in casu niet gelijk. Wat nu? Art. 1917 geldt natuurlijk niet of men moest het getuigenbewijs voor valsch houden. Sloot daarentegen art. 1917 alle andere bewijsmiddelen wèl uit, dan zoude noch getuigenbewijs, noch eenig ander bewijsmiddel, behalve de in het art. zelf opgenoemde, iets baten.

Ik kom dus van zelf tot de twee volgende onderstellingen.

1°. Is art. 1917 B. W. (1328 C. N.) alleen toepasselijk wanneer men geen ander bewijsmiddel meer kan bijbrengen om zijne bewering te staven? of:

2°. Geldt deze bepaling niettegenstaande men het beweerde feit door alle andere middelen zou kunnen

1) Art. 1917 B. W. is immers gebaseerd op het verschil tusschen de dagteekening der akte en die, waarop de door het art. zelf genoemde gevallen hebben plaats gehad. Zijn nu beide dagteekeningen gelijk, zoodat zoodanig geval de dagteekening zelf der akte authentiseert, dan komt art. 1917 B. W. niet te pas.

mogen bewijzen, zoodat het artikel feitelijk die bewijsmiddelen uitsluit?

Bij nadere beschouwing bestaan echter m. i. tegen de eerste onderstelling te gewichtige bezwaren, om haar te kunnen aannemen.

a. Zoowel art. 1328 C. N. als art. 1917 B. W. zijn te beperkt in hunne uitdrukkingen, die niet facultatief, maar imperatief gesteld zijn.

Moge al Toullier het tegendeel beweren, als hij zegt: „pour soutenir que la distinction de l'art. 1328 est limitative, on invoquerait inutilement la formule de sa rédaction: Les actes sous seing privé n'ont de date etc. que du jour etc.” ¹⁾ hij vervalt daardoor m. i. in eene willekeurige onderscheiding zooals blijkt uit hetgeen volgt: „On doit répondre que la limitation ne tombe pas sur l'énumération qui suit, du jour de la mort etc.” ²⁾ Dus wel op iets anders bijv. dat niet partijen maar alleen derden (volgens hem zelfs niet de ayants-cause) deze bepaling kunnen invoeren, of dat dit art. alleen toepasselijk is voor den datum, enz.

Toullier beroept zich voor zijne meening op Pothier, en het is niet te ontkennen dat deze alleen voorbeelden geeft, en niet limitatief spreekt; ook de leer van het bewijs is grootendeels volgens Pothier's gevoelen in den C. N. opgenomen. ³⁾ Ik kan me dan ook geheel vereenigen met de woorden van Prof. Opzoomer, ⁴⁾ dat in het Fransche recht nog eer twijfel mogelijk was dan in het onze, maar toch brengen me de beraadslagingen in den Franschen staatsraad over den C. N. gehouden, er toe ook het Fransche artikel eer limitatief dan enunciatief op te vatten. Marcadé, die Toullier op dit punt bestrijdt,

1) Toullier VIII 243.

2) Toullier l. c.

3) Pothier traité des obligations 750.

4) Opzoomer B. W. ad art. 1917.

zooals trouwens de meeste Fransche schrijvers het doen, zegt o. a. ook het volgende: „ Sans doute tel aurait pu être le système du législatif (nl. om het art. enunciatief „ vast te stellen) mais tel n'est pas celui qu'il a adopté, „ et les travaux préparatoires du code prouvent que à tort ou à raison, on a entendu limiter les cas en dehors les quels il serait défendu aux juges de déclarer la date incertaine.” ¹⁾

En bewijzen dit nu die voorbereidende werkzaamheden werkelijk? Ook dit blijft Marcadé niet in gebreke aan te toonen: „ Notre article en effet, zegt hij, qui dans le „ projet (où il portait le n°. 217) n'admettait comme „ donnant date certaine, que l'enregistrement et la mort, „ fut critiqué comme incomplet, et parce qu'il ne „ présentait pas, fut-il dit, toutes les circonstances „ pouvant donner la certitude de la date. Ce seul fait „ est péremptoire.” Dat geloof ik ook. De staatsraad Berlier stelde daarom voor een derde geval op te nemen. Hij zeide o. a.: „ que hors le cas d'une apposition de „ scelles..... il ne conçoit pas d'autres espèces à joindre „ à celles exprimées dans l'article, car le simple mention „ dans un acte public ne saurait donner une grande con- „ sistance à l'acte sous seing privé, dont elle ne ferait „ point connaître la teneur; d'ailleurs on ne mentionne „ dans un acte public les écrits sous seing-privé, qu'autant „ qu'ils ont été préalablement enregistrés.” ²⁾

Hij verzette zich echter niet tegen de gevraagde „ renvoi au section.” Deze veranderde het zooals Marcadé zegt: „ généralisant l'amendement de M. Berlier et prévenant „ l'inconvénient par lui signalé” en liet als derde geval toe „ la relation dans un acte public quelconque..... de „ la substance de l'acte privé.” ³⁾

1) Marcadé V ad 1328 IV.

2) Conférence du C. N. blz. 171.

3) Marcadé V ad 1328 IV.

Duranton daarentegen die ook van gevoelen is dat men geene voorbeelden moet zien in de gevallen door art. 1328 opgenoemd, laat zich echter m. i. door zijn billijkheidsgevoel wat te ver drijven, waar hij zegt: „doit on d'ailleurs s'interesser si vivement au sort des „actes sous seing-privé quand il s'agit de l'intérêt des „tiers, si l'on songe que ceux qui ne les font point „enregistrer ont le plus souvent en vue de priver le „fisc des droits qui lui sont dus” ¹⁾ enz. Dit is de vraag niet. Is de fiscus benadeeld dan moet zij dat zien uit te maken met hen die haar onrecht aandeden, maar dit mag en kan geen reden zijn om tegenover ongerege- streerde akten een laissez-aller aan te nemen, en te zeggen laat ons toch geen moeite doen om te weten wat de wet daaromtrent bepaalt, of zij het bewijs gemak- kelijker of moeilijker heeft gemaakt. Het is alleen de taak van den wetgever om te beoordeelen of eene zaak gewichtig genoeg is om eene bijzondere aandacht in de wet te verdienen. De rechter mag alleen, de wet toe- passende, onderzoeken wat zij ten dien opzichte bepaalt.

Was het in Frankrijk nu nog mogelijk te twijfelen aan het limitatieve karakter van art. 1328 C. N., bij art. 1917 B. W. kan van twijfel geen sprake meer zijn. „Of kende „onze wetgever de strijdvraag niet, die het Fransche „artikel had opgewekt, en toonde hij niet, door het niet „zeer gelukkig opnemen van eene nieuwe uitzondering, „dat hij voor geene verandering terugdeinsde? En niet „tegenstaande dat liet bij het Fransche artikel in alle „andere punten onveranderd, en voegde er niets bij om „aan te duiden dat hij slechts voorbeelden opnoemde.” Deze woorden van Prof. Opzoomer ²⁾ zijn m. i. duidelijk genoeg om aan te toonen dat men geene andere meening

1) Duranton XIII 131.

2) Opzoomer B. W., ad art. 1917.

kan voorstaan en noch in art. 1328 C. N. noch in art. 1917 B. W. vindt men eene bepaling die deze beperking van bewijs slechts toelaat wanneer er geene andere bewijsmiddelen meer voorhanden zijn.

b. Art. 1328 C. N. en 1917 B. W. vormen en wet-
telijk vermoeden dat tegenbewijs uitsluit.

Waarin bestaat dan hier het vermoeden der wet?

Zij neemt aan dat, wanneer men zich op eene onderhandsche akte beroept tegen derden en — daar in de akte zelf geen zeker bewijs omtrent den datum te vinden is — niet gezorgd heeft dat die dagteekening boven twijfel verheven is, er antidatering heeft plaats gehad ten nadeele van derden. Daartegen heeft zij zooveel mogelijk willen voorzien en daarom bepaald, dat in slechts enkele, door haar opgenoemde gevallen, een zekere datum tegenover derden bestaat; maar ook alleen in die gevallen en niet meer, dus niet bijv. in het geval dat men getuigen kan aanvoeren, die bij het opmaken der akte tegenwoordig waren. enz.

Het is daarom onjuist wanneer Toullier zegt: „On
„pourrait dire encore, car de quoi l'esprit de litige n'ar-
„gumente-t-il point, que suivant l'art. 1352 nulle preuve
„n'est admise contre la présomption de la loi lorsque sur
„le fondement de cette présomption elle annule certains
„actes ou denie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait
„réservé la preuve contraire.”

„Ce n'est point ici le cas. L'art 1328 n'annule point
„les actes sous seing privé, elle ne denie point l'action
„fondée sur ces actes.”¹⁾

Maar art. 1352 bedoelt geenszins „actes” in den zin van geschreven stukken, maar in den algemeenen zin van handelingen, zooals het artikel dan bij ons ook is overgenomen, waar men het woord actes door „hande-

1) Toullier VIII 243 noot 1.

lingen" vertaalde. En hier is het natuurlijk die handeling, die bestaat in het neerschrijven van eenen datum, wat volgens het vermoeden van de wet gedaan is om derden te benadeelen, dus in casu antidatering zal daarstellen.

De wet beschouwt daarom deze handeling als niet gedaan, d. i. vernietigt ze, maar daarvoor stelt ze eenen anderen datum, dien der vier (drie in den C. N.) genoemde gevallen, zoo deze zich voordoen.

Wat Marcadé van de *présomptions légales* zegt: "il n'est pas assurément que ces présomptions de la loi ne puissent être quelquefois en défaut." geldt met recht ook hier door de zeer beperkende bepaling van art. 1328 C. N. (1917 B. W.) maar het doel dat men beoogde was goed, want ook hier geldt, wat dezelfde schrijver verder zegt: "mais le législateur pour atteindre plus sûrement la fraude, dans le cas où elle lui paraissait plus à craindre, a préféré une annulation absolue à un système qui plus juste en apparence, ¹⁾ aurait laissé à cette fraude quelque chance de triompher par des moyens de preuve habilement ménagés." ²⁾

c. De bepaling van art. 1328 C. N. zoowel als die van art. 1917 B. W. zouden overbodig zijn.

Het is toch natuurlijk dat wanneer men geen bewijs kan leveren van het bestaan der akte op den daaronder geschreven datum, er toch een ander tijdstip moet zijn waarop aan dat bestaan niet meer te twijfelen is, ingeval nl. deze zelf erkend is of als zoodanig beschouwd wordt. Maar dit behoefde niet gezegd te worden in een of ander artikel zij het dan ook alleen voor derden evenmin als het dan noodig zoude geweest zijn te vermelden dat eerst van dien dag de akte en rechten tegen derden konde gelden.

1) Toch zoude er een billijker systeem kunnen gevonden worden en tevens het wettelijk vermoeden behouden. Hierover echter later.

2) Marcadé V ad 1352 II.

Maar zal men misschien aanvoeren „die artikelen „noemen slechts enkele gevallen op in het geheel niet „allen die een ontwifelbaar bewijs van het bestaan der „akte opleveren zij zijn dus zoo geheel noodeloos niet” en men zoude dan wel het limitatieve karakter van art. 1328 C. N. en 1917 B. W. huldigen maar op geheel andere gronden dan ik geloof dat waar is. — Niet omdat men van alle gevallen die men zóo zeker achtte het bestaan der akte te bewijzen dat daaraan geen twijfel meer mogelijk was, slechts enkele opnam, maar omdat men slechts enkele gevallen als zoodanig beschouwde maakte men de bepaling limitatief.

Dit kan blijken o. a. uit de opvatting van Toullier. Deze had niet tot het besluit kunnen komen dat de opgenoemde gevallen slechts voorbeelden waren wanneer het zeker ware geweest dat men in den C. N. van alle gevallen slechts de in art. 1328 genoemden bij uitzondering had erkend. Maar nog meer komt dit uit als wij nagaan wat Berlier zeide: „Il ne conçoit pas d'autres espèces à joindre à celles exprimées dans l'article” enz. dit staat immers van hem in den conférence du Code Napoléon te lezen. ¹⁾

Zoo vat Bonnier het ook op „l'intention du législateur zegt hij a été évidemment restrictive, car le cas de mort d'un des signataires était le seul prévu dans le projet ²⁾ enz.

Op deze drie gronden neem ik aan dat men onmogelijk de bedoeling heeft kunnen hebben om nevens de gevallen in art. 1328 C. N. en 1917 B. W. ook alle andere gevallen of bewijsmiddelen toe te laten.

Ik verval dus op de tweede onderstelling. Zonder

1) Conférence du C. N. blz. 171.

2) Bonnier traité des preuves 704.

bezwaar evenwel doe ik dit niet, want het valt niet te ontkennen dat ook deze opvatting tot zeer veel tegenstrijdigheid aanleiding geeft. Om een voorbeeld te noemen, men kan volgens art. 1933 B. W. het bestaan eener akte (natuurlijk ook tegenover derden, art 1933 onderscheidt niet) bewijzen door middel van getuigen mits de vordering beneden de driehonderd gulden is; den datum echter d. i. de dag waarop zulk eene akte gemaakt is kan men evenwel niet anders aantoonen dan door de in het artikel zelf opgenoemde middelen. Door Prof. Opzoomer wordt eveneens art. 1917 B. W. in 't algemeen over zijn limitatief karakter gelaakt, hij drukt zich aldus uit: „Ik ben de eerste, om toe te stemmen dat het „streng vasthouden aan de woorden dezer bepaling menigmaal tot de ongerijmdste regterlijke uitspraken zal „moeten leiden, maar waar de wetgever op had moeten „letten, mag daar de regter op letten? ¹⁾

Ten slotte nog een Fransch arrest en twee arresten gewezen in Nederland die hetzelfde beginsel huldigen dat ik voorsta.

Het arrest van 27 Mei 1823, dat de beslissing van het hof van Grenoble verwierp, gewezen door het hof van cassatie, nam o. a. de volgende overweging, bij Duranton aangehaald met deze woorden: „La cour „de cassation par son arrêt du 27 Mei 1823 a confirmé cette interprétation (nl. dat art. 1328 C. N. „limitatief was) en cassant un arrêt de la cour de Grenoble qui ne l'avait pas suivi: „vu l'art. 1328 du „Code Civil, considérant que cet article n'attache la „certitude de la date des actes sous signature privée „qu'on oppose aux tiers, que dans les trois circonstances précises qu'il détermine, et qu'aucune de ces circonstances ne se trouve dans l'espèce

1) Opzoomer B. W. ad art. 1917.

„de la cause; d'où il suit qu'en jugeant malgré cela,
 „que le contrat de vente dont il s'agit avait acquis une
 „date certaine au préjudice des demandeurs, la cour
 „royale de Grenoble a violé les dispositions de l'art
 „précité.” ¹⁾

Dit besliste men in Frankrijk. In ons recht hebben nu twee arresten eene dergelijke beslissing gegeven.

Het eerste een arrest van het hof te Maastricht van 6 November 1845 nam de volgende overwegingen:

O. dat de eischers de in hunne laatste conclusie vermelde feiten hebben voorgesteld om door alle middelen van regten zelfs door getuigen, te worden toegelaten tot het bewijs, dat de verweerdster, voor den dag der registratie kennis heeft gehad van de overeenkomst en van de akte, en dezelve heeft bekrachtigd;

O. evenwel dat de drie eerste daadzaken vreemd zijn aan de rechtsvordering;

O. dat die sub n^o 4 en 5..... de bekrachtiging der overeenkomst niet kunnen daarstellen enz.;

O. dat de sub n^o. 6 voorgestelde daadzaak strekt om het bestaan der akte vóór den 14^{en} Juli j.l. te bewijzen enz.;

O. dat het bewijs van deze daadzaak daarenboven bij de bepaling van gezegd art. 1917 ontzegd is, nadeemaal de dagteekening van onderhandsche akten ten aanzien van derden door geene andere dan de aldaar aangeduide omstandigheden mag bewezen worden;

Verklaart hen niet ontvankelijk enz.

Het tweede is een arrest van den Hoogen Raad van 30 Januari 1852 waarbij tegen de conclusie van den advocaat-Generaal Mr. Gregory een arrest van het hof van Gelderland van 28 December 1850 werd vernietigd op de volgende gronden:

1) Zie Durantou XIII, 131.

O. dat bij het ingeroepen art. 1328 van het Wetb. Nap. uitdrukkelijk is bepaald, dat onderhandsche akten tegen derden geene vaste dagteekening erlangen, dan van den dag waarop zij zijn geregistreerd enz.;

O. dat geen dezer gevallen heeft plaats gevonden enz.;

O. toch dat het voorschrift van voornoemd artikel toch is zoodanig bepaald, beperkt en limitatief, dat geenerlei ander bewijs van vroegere dagteekening, dan bij het art. is bepaald, in regten is aannemelijk daar nergens bij de wetgeving eenig ander daarvan afwijkend bewijsmiddel is toegelaten.

Verwerpt enz.

Ik kan dus nu vraag A. als afgehandeld beschouwen en overgaan tot vraag B.

Vier gevallen doen zich hier voor:

- a. registratie der onderhandsche akte;
- b. dood van één of meer der partijen;
- c. akte door openbare ambtenaren opgemaakt;
- d. schriftelijke erkenning door den derde.

Ad a. Hier heeft zich eene belangrijke vraag voorgedaan, die trouwens ook niet kon uitblijven, nl.: of eene onderhandsche akte door registratie in het buitenland eene zekere dagteekening kon krijgen krachtens die registratie.

Het hof te Brussel, waarbij zulk een geval berecht werd, nam hierin eene beslissing, waarmede ik mij wel kan vereenigen. Het vonnis hield o. a. in: dat de registratie van eene onderhandsche akte buitenslands en door eenen openbaren ambtenaar, het bestaan van die akte en van hare dagteekening authentiseert, en dat de authenticiteit of zekerheid van dagteekening haar ook in andere landen blijft volgens den rechtsregel „locus regit actum”. ¹⁾ De schrijver, die in het tweede deel van

1) Zie Jur. Vraagal. II. 93.

den Juridischen Vraagal dit arrest aanhaalt, voegt er nog een argument bij dat mij voorkomt juist te zijn gebezigd. „Bij art. 23 der wet van den 22^{sten} Frimaire „VII^e jaar,” schrijft hij, en bij art. 9 der wet van „16 Juni 1832, is wel voorgeschreven dat eene zoodanige „akte hier te lande noch bij openbare akte noch in „rechten noch voor eene andere gevestigde macht ge- „bruik kan worden gemaakt zonder voorafgaande of „gelijktijdige registratie, doch deze bepaling moet in „casu beschouwd worden uit het oogpunt der zekerheid „van dagteekening.” ¹⁾ Ik erken dan ook dat deze bepalingen alleen uit het oogpunt van belasting zijn te beschouwen (de geheele registratie wetgeving is trouwens niets anders dan eene indirecte belasting) en al mag men nu eene buitenslands geregistreerde akte niet in rechten gebruiken zonder ze eerst aan eene dergelijke formaliteit hier te lande te onderwerpen daarmede wordt toch immers niet ontkend dat de akte reeds bestond toen zij in het buitenland werd geregistreerd.

Ad b. Niettegenstaande art. 1917 B. W. het tegendeel aanneemt is het geloof ik niet te ontkennen dat de dood van één of meer der partijen nog niet altijd bewijst dat de gestorvene werkelijk de bedoelde akte heeft onderteekend al zal zich zulk een geval uit den aard der zaak niet zeer dikwijls voordoen. Immers het is niet zoo geheel onwaarschijnlijk, dat men boven een blanc-seing van den overledenen, ter benadeeling van derden, een akte kan schrijven, of zelfs dat de overledene werkelijk eene akte onderteekent, maar geschreven bijv. met inkt die in korten tijd geen sporen meer nalaat, zoodat men weer zuiver een blanc-seing verkrijgt, en dan kan men er immers toch weer boven schrijven wat men wil. ²⁾

1) Jur. Vraagal. II 93.

2) Van een dergelijk feit zijn onlangs de gebroeders H. L. en J. J. D., balanssen-fabrikanten te Rotterdam, beschuldigd. De be-

De dood zou dus strikt genomen niet meer bewijzen dan het bestaan der handteekening ¹⁾ en geenszins — zooals dat ook trouwens bij legalisatie evenzeer het geval kan zijn — der onderteekening. ²⁾

Maar wanneer men zich op art. 1917 B. W. (1328 C. N.) zou willen beroepen kan men die onderstelling toch niet aannemen, omdat dan toch de akte, wier anti-datering beweerd wordt, moet erkend zijn of als zoodanig beschouwd worden; want neemt men het overlijden van den onderteekenaar niet als bewijs aan dat hij werkelijk onderteekenaar was, dan begint men met die akte van valsheid te beschuldigen, en dan komt men op geheel ander terrein.

Zoo besliste ook de Arrondissements Rechtbank te 's Hertogenbosch den veertienden Juni 1871 ten aanzien eener vrouw, die zich, tot behoud van het bezit eener voorkamer, beriep op een onderhandsch huurcontract, geteekend door haren echtgenoot, die later was overleden, het volgende:

„dat de gedaagde ter staving van de wettigheid van
 „haar bezit zich beroept op een door de voorgangers
 „van de tegenwoordige diakenen, geteekend huurcontract;
 „dat het tusschen partijen in confesso is dat gedaagde's
 „man, die het contract heeft onderteekend,

schuldiging hield in, dat zij valsheid in onderhandsch geschrift hadden gepleegd, hierin bestaande, dat zij boven de handteekening van een persoon, die van hen geld te vorderen had, eene quitantie tot het gevorderde bedrag hadden gesteld. Zij hadden daartoe eenige regels potloodschrift, die eerst boven de handteekening hadden gestaan en eene berekening van kosten betroffen, moeten uitwisschen.

1) Bewijzen eigenlijk weer niet, want de handteekening kan nagemaakt zijn, maar wel hoogstwaarschijnlijk maken.

2) Hoewel daar ook waarschijnlijkheid voor bestaat, maar in veel minder mate.

„1 December 1869 gestorven is, en dat destijds Burghout
„en Treffers, voornoemd, nog diakenen waren;

„dat het contract alzoo moet zijn aangegaan
„voor het overlijden van Haaze, alzoo voor
„1 December 1869;”

En dit was in casu juist, omdat de eischende gemeente niet ontkende dat de overledene werkelijk dat huurcontract had onderteekend, maar wel daarentegen beweerde, dat de overeenkomst eerst na den dood van Haaze als gesloten moest beschouwd worden, omdat de overige partijen eerst daarna hunne onderteekening hadden geplaatst.

De Arrondissements Rechtbank was echter van een ander gevoelen zooals blijkt uit het volgende:

„dat de mogelijkheid wel bestond, dat de akte toen
„nog door de andere partijen niet was geteekend,
„maar dat het op het tijdstip van het sluiten der overeenkomst, niet op het tot stand komen van het bewijsstuk aankomt,” enz.

Zij ontzeide dan ook aan de eischende gemeente hare vordering. ¹⁾

De meening van Prof. Diephuis dat de akte wel „een
„zeker bestaan kan verkrijgen in geval van afwezigheid
„en verklaring van vermoedelijk overlijden van een der
„onderteekenaars” ²⁾ zoude ik gaarne willen overnemen, doch met de woorden der wet kan ik het niet best overeenbrengen.

Primo omdat art. 1917 B. W. (en evenzoo art. 1328 C. N.) te beperkt is in hare uitdrukking; het spreekt alleen van den dag waarop degenen, of een van degenen ... overleden zijn — er staat niet van den dag waarop

1) N. Regtsg. Bijbl. XXII 533.

2) Diephuis B. R. IX 15.

zij vermoedelijk overleden zijn of eene dergelijke uitdrukking.

Secundo omdat zooals Prof. Opzoomer terecht beweert de dood van een der ondertekenaars moet bewezen zijn. ¹⁾

Tertio omdat dit niet het geval is bij eene verklaring van vermoedelijk overlijden, en men kan deze verklaring daar niet voor in de plaats stellen.

„Logisch toch ligt in de onzekerheid van iemands
„bestaan alleen de mogelijkheid maar volstrekt
„niet de waarschijnlijkheid, het vermoeden van zijn over-
„lijden opgesloten. Wanneer iemand 1 Januari 1850
„zijne woonplaats heeft verlaten zonder dat men later
„ooit meer van hem gehoord heeft, zoodat zijn leven
„dus reeds van 2 Jan. 1850 af onzeker is geweest, ligt
„dan in die onzekerheid eene voldoende positieve grond
„om aan te nemen, dat er al van dienzelfden dag af
„ook een vermoeden van zijn dood heeft bestaan? Nie-
„mand zal het durven beweren ²⁾..... En zoo
„kan het ons niet bevreemden, dat onze wetgever, in
„navolging van den Franschen en van het oudere Deutsche
„recht, den knoop manhaftig heeft doorgehakt, en de
„logica eenvoudig prijsgegeven.” ³⁾

Ik geloof dat hij hier hetzelfde gedaan heeft maar op andere manier. In den eersten titel van het eerste boek van het B. W. fingeerde hij een tijdstip van den dood eens individu's, in art. 1917 bepaalde hij zich alleen tot het oogenblik dat iemand werkelijk is gestorven, maar naar het mij voorkomt spruit dit meer voort daaruit dat hij de andere gevallen niet voor oogen had — zooals hij trouwens meer gevallen, die zekere datum konden geven, uitsloot — dan dat hij ze opzettelijk zoude hebben willen

1) Opzoomer B. W. ad art. 1917.

2) Opzoomer het B. W. verklaard. Dl II blz. 551.

3) Opzoomer l. c. blz. 553.

uitsluiten. In allen gevalle komt het mij voor dat de verklaring van vermoedelijk overlijden, geenen zekeren datum kan geven, volgens art. 1917 B. W., aan onderhandsche akten.

Dat hieruit weer groote ongerijmdheid voortspruit is niet te ontkennen, maar men houde den rechtsregel in het oog *„lex quamquam dura attamen scripta.”* De wetgever deed verkeerd met art. 1917 B. W. limitatief te maken in dien zin.

Zoo ook geloof ik niet dat bij ons eene buitenlandsche onderhandsche akte kracht van datum zal hebben van af den dag dat iemand (bijv. in Frankrijk) burgerlijk dood is verklaard; men heeft in art. 4 B. W. den burgerlijken dood immers afgeschaft, en daar zij niet als formaliteit aan den rechtsregel *„locus regit actum”* is onderworpen, zal zij bij ons geen date certaine kunnen geven.

Ad c. Wanneer men art. 1905 B. W. beschouwt zal men de volgende definitie van eene authentieke akte vinden: *„Eene authentieke akte is de zoodanige welke in den wettelijken vorm is verleden, door of ten overstaan van openbare ambtenaren die daartoe bevoegd zijn ter plaatse alwaar zulks is geschied.”*

Er wordt dus onderscheiden tusschen akte verleden ten overstaan, en akte opgemaakt door openbare ambtenaren. *„Dat verschil bestaat”* zooals Prof. Diephuis het uitdrukt *„hierin dat eene akte ten overstaan van eenen ambtenaar wordt verleden, wanneer partijen hare overeenkomst, of zij die op andere wijze eenige beschikking willen maken, hunnen wil aan dien ambtenaar te kennen geven, belijden of verlijden, opdat deze daarvan eene akte opmake en zij alzoo door zijne tussenkomst zich daarvan het zekerste bewijs verschaffen, terwijl daarentegen eene akte slechts door den ambtenaar wordt opgemaakt wanneer hij daarin verklaart wat hij zelf heeft waargenomen of ondervonden. De laatst bedoelde*

„akten worden veelal processen-verbaal genoemd.” 1)

Beschouwt men nu art. 1917 B. W. dan vindt men daar alleen gewag gemaakt van akten opgemaakt door openbare ambtenaren. Zouden dus akten ten overstaan van openbare ambtenaren verleden niet in de bepaling van art. 1917 B. W. begrepen zijn? Ik geloof het niet; integendeel beide soorten zijn naar het mij voorkomt, hier bedoeld, want in beide gevallen wordt immers de akte feitelijk toch door den openbaren ambtenaar gemaakt, en dit is de beteekenis, die men hier aan het woord „door” moet toekennen. Waarom toch zou niet evengoed uit eene notariële akte, opgemaakt tot bewijs eener overeenkomst, het bestaan eener onderhandsche akte kunnen blijken als uit een proces-verbaal? Het bewijs berust toch bij beide akten op de geloofwaardigheid van den ambtenaar, die in het eene geval relateert dat hem door partijen eene onderhandsche akte is vertoond, en in het andere geval verklaart zoodanig stuk te hebben gevonden, bijv. in eenen boedel. Zij laten zich ook in geen van beide gevallen uit over de echt- of onechtheid der dagteekening, die verkrijgt de onderhandsche akte eerst op den dag, dat de authentieke akte is opgemaakt. Zoo men hieraan nog zou kunnen twijfelen ten opzichte van het Fransche recht, omdat art. 43 der wet van 22 Frimaire an VII den notarissen etc. verbood, om in de door hen opgemaakte akten melding te maken van ongeregistreerde onderhandsche akten, bij ons is dit vervallen door art. 9 der wet van 16 Juni 1832 luidende: „Het is den notarissen geoorloofd akten op te maken krachtens of ten gevolge van ongeregistreerde onderhandsche akten, mitsgaders van akten buitenslands, of in de kolonien van het koninkrijk opgemaakt of verleden, van dezelve ten behoeve van den houder in hunne akten melding

1) Diephuis B. R. IX 82.

„te maken” ¹⁾ enz. Ook met de woorden der regering zou ik mijn gevoelen kunnen verdedigen. De redactie van het ontwerp van 1824 nl. gaf aanleiding tot de vraag door een der afdeelingen gedaan of de zekere dagteekening ook door processen-verbaal van verzegeling kon worden geconstateerd; en wat antwoordde de regering daarop: „dat de processen-verbaal van boedelbeschrijving „alleen bij wijze van voorbeeld zijn gesteld en geen „andere processen-verbaal of andere akten uitsluiten.” Om alle misverstand te voorkomen liet men dan ook in 1833 in het ontwerp elk voorbeeld weg omdat de bepaling van het artikel buitendien genoegzaam duidelijk was. ²⁾

Maar er heeft zich eene andere vraag voorgedaan, die ik pro memoria wil aanstippen. Men heeft nl. beweerd, dat een rijkstelegraphist geen openbaar ambtenaar was in den zin van art. 1917 B. W. en de door hem afgegeven reęus geene authentieken akten.

Tegen beide beweringen komt een ongenoemd schrijver in het zevende deel der rechtsgeleerde adviezen op, en ik kan mij met zijne argumenten wel vereenigen. Zij komen in hoofdzaak op het volgende neer: De Staat, beweerde men, was op het punt der telegraphie als privaat persoon, als eene particuliere maatschappij te beschouwen, de rijkstelegraphisten dus als bedienden dier maatschappij. Dit ontkent hij: de Staat handelt hier in het algemeen belang en beantwoordt dus aan zijne roeping, hij treedt hier dan ook op in zijn publiek rechterlijk karakter, nl. als Staat, evenals bij de posterijen, bij den aanleg van sommige spoorwegen enz. Rijkstelegraphisten zijn dus openbare ambtenaren. Bovendien achtte de wet van 7 Maart 1852 in zijnen considerans de telegraphie eene zaak van algemeen belang. Maar ook in den zin

1) Wet van 16 Juni 1832 Stbl. 29.

2) Voorduin V 490.

van art. 1917 B. W. zijn ze volgens hem als zoodanig te beschouwen, omdat de regering de door een der afdeelingen voorgestelde beperkende uitdrukking "ten overstaan van" niet heeft overgenomen. Wat de reus betreft die zijn volgens hem akten; *a* omdat de wetgever alle denkbeeld van uitsluiting heeft willen wegnemen, door geen voorbeelden op te noemen, zooals art. 1328 C. N. deed, en *b* omdat ze in alle gevallen aan de vereischten van eene akte voldoen, nl.: een zeker feit constateren, en dus in wezen processenverbaal zijn.¹⁾

Een ander vraagpunt is nog niet zoo geheel eenstemmig beslist. Het is hier de vraag of legalisatie eener handteekening, ook eene zekere dagteekening geeft aan eene onderhandsche akte. Volgens het oordeel van sommigen is dit wél het geval, volgens anderen kan dit niet aangenomen worden. Naar het mij echter voorkomt, ligt hier de waarheid in het midden, d. i. met andere woorden: Legalisatie kan evenzeer tot bewijs strekken van het bestaan der onderhandsche akte, als van de handteekening alleen, het hangt er slechts van af hoe de legalisatie is ingericht.

Daarom kan ik mij niet vereenigen met de woorden van Mr. A. de Pinto: "dat legalisatie is eene authentieke akte (1905 B. W.) die het bestaan van het stuk op het oogenblik harer handteekening bewijst,"²⁾ want daaruit zou volgen dat legalisatie ipso jure altijd het bestaan eener onderhandsche akte moest bewijzen, en dit is toch niet het geval. Het argument waarmede Mr. A. de Pinto zijne stelling dan ook verdedigt is niet afdoende. Hij zegt nl.: "Legalisatie in blanco is niet onmogelijk ook "niet waarschijnlijk; het is een zeer ongewoon geval, "dergelijk bedrog moet bewezen worden."³⁾

1) Rechtsgel. adv. VII 104.

2) Mr. de Pinto, Handl. t. h. B. W. II § 1137.

3) Mr. de Pinto l. c.

De mogelijkheid wordt dus door hem niet betwist, maar de bewering, dat dergelijk bedrog moet bewezen worden, kan niet opgaan tegenover derden, want wanneer men eenigen tijd na de legalisatie, boven de gelegaliseerde handteekening, eene akte schrijft, kan men feitelijk, wanneer men dit ter kwadertrouw doet, niet anders geacht worden dan antidateering te plegen. Maar antidatering zal juist altijd moeielijk te bewijzen zijn door den derden, die daarom in art. 1917 B. W. bescherming vindt tegen zulke kwade praktijken.

Ik houd mij dus aan het gevoelen, voorgestaan door eenen schrijver in *Recht en Wet* die juist eene meening bestrijdt die lijnrecht met het gevoelen van Mr. A. de Pinto in strijd is, zonder daarentegen ook weer diens gevoelen toegedaan te zijn.

De Hooge Raad had in een arrest van den zevenden Januari 1853 aangenomen dat legalisatie geen date certaine gaf aan eene onderhandsche akte.

Wat zegt nu de schrijver in *Recht en Wet*: „Gaarne „erkennen we de juistheid dezer beslissing. Er rijst „echter bij ons ook naar aanleiding van de bovengenoemde „2e en 3e overweging de vraag of de Hooge Raad ook „dan aan de onderhandsche akte van cessie eene zekere „dagteekening zou hebben ontzegd, indien uit de legalisatie der handteekening anders ingekleed zijnde, duidelijk ware geweest, dat de handteekening niet in blanco „was gelegaliseerd, maar bepaaldelijk nadat zij gesteld „was onder de akte in kwestie. Het is geenszins onze „bedoeling, die vraag thans te beantwoorden, maar zoo- „lang we er niet met overtuiging ja op durven zeggen, „aarzelen we ook, om met het Weekblad van het Recht „bij de opname van dit arrest, op de vraag, zooals die „ook aan het hoofd dezer regelen voorkomt, onbepaald „neen te zeggen.”¹⁾ en ik geloof dat hij gelijk heeft.

1) *Recht en Wet* 1853 blz. 293 sqq.

Het bovengenoemd arrest is echter ook aangehaald door een schrijver in de vijfde verzameling der rechtsgeleerde adviezen maar deze komt daar tot een geheel ander gevoelen. Hij zegt o. a.: „Legalisatie is de verklaring van een bevoegd ambtenaar dat eene handteekening is geschreven door hem die tot het schrijven van dien naam gerechtigd is, of dien naam gewoon is te voeren.” Dat stem ik volkomen toe en ook wat hij verder zegt: „De bewijskracht van deze verklaring kan echter niet verder gaan dan de inhoud der verklaring zelf.” Maar nu volgt er: „Deze verklaart echter niet dat de akte waaronder die handteekening zich nu bevindt op dien dag heeft bestaan m. a. w. zij bewijst wel het stellen der naamteekening, maar niet de onderteekening der akte; de verklaring geeft dus *signe certaine* en „geen *date certaine*.”¹⁾ Dit kan ik niet altijd aannemen ofschoon ik moet toegeven dat het de meest gewone vorm is waaronder de legalisatie zich voordoet. Er bestaat geen enkel wettelijk voorschrift dat den ambtenaar verbiedt om bijv. te verklaren dat de handteekening niet alleen door den daartoe bevoegden persoon was geplaatst, maar ook onder deze of gene bepaalde akte.

Ad *d*. Dat de uitdrukking schriftelijke erkenning alle andere erkenning hetzij door woorden hetzij door daden uitsluit spreekt van zelf. Maar eene andere vraag doet zich hier voor. Welken datum heeft hier de wetgever bedoeld: dien waarop de schriftelijke erkenning plaats heeft, of dien welke door dat geschrift als waar erkend wordt. Uit de woorden der wet kan men alleen de gevolgtrekking afleiden, dat hier eerstgemeld geval bedoeld is, want art. 1917 B. W. spreekt, evenals bij de andere gevallen, van den dag waarop. Ik zoude ook geene andere uitlegging durven aannemen, ofschoon het ook voor de

1) Rechtsgel. adv. V. 138.

hand ligt, dat de derde in die schriftelijke erkenning wel degelijk eenen anderen dag als waar kan erkennen, de wetgever schijnt dit geval niet voor oogen te hebben gehad, en men moet dus hier wel beperkend te werk gaan zooals ten opzichte van het schriftelijke der erkenning zelf.

Dat geschrift kan overigens authentiek of onderhandsch gemaakt worden, naar believen, mits het zelf maar eenen zekeren datum heeft.

Zal nu, wanneer de derde in eene schriftelijke erkenning eenen bepaalden datum als waar heeft aangenomen, en deze niet dezelfde is als de dagteekening die de erkenning draagt, genoemde derde zich op art. 1917 B. W. willen beroepen, dan moet hij natuurlijk zijne erkenning tegenspreken, d. w. z. de erkenning van dien datum. Maar dan moet hij dat ook kunnen bewijzen, want hij beschuldigt daardoor de akte van erkenning die hem tegengeworpen wordt van valsheid; en kan hij dit laatste niet bewijzen staven dan volgt daaruit dat, of de geheele erkenning gefingeerd is, of dat de datum die hij zou erkend hebben er ingelascht is; in het eene geval verkrijgt de onderhandsche akte daardoor geen date certaine, in het andere wel, maar eerst van den dag der erkenning af. Dit levert dan ook geen bezwaar op, want zelfs al bepaalde art. 1917 B. W. dat de zekere dagteekening bestond van af dien dag die door de derde is erkend als het tijdstip waarop hij aannam dat de onderhandsche akte bestond, dan zou toch die erkenning moeten bewezen worden zoo de derde haar ontkende; maar het is moeilijker wanneer de derde de valsheid van zulk eene erkenning niet kan bewijzen. Zij zelf moet dan natuurlijk voor echt worden gehouden en dus ook de daarin voor echt erkende datum. Maar die mag geen zekerheid van datum geven volgens de woorden van art. 1917 B. W. Ziedaar nu een nieuw strijdpunt.

Wel zou men tot eene oplossing kunnen komen doch dat zou m. i. buiten de wet om zijn. Wanneer men nl. aanneemt dat in art. 1917 B. W. alleen zoodanige schriftelijke erkenning bedoeld wordt waarin geen bepaald tijdstip wordt genoemd waarop men acht dat de akte bestond. Maar, zooals ik zeg, dat bedoelt de wet niet, zij spreekt in 't algemeen van eene schriftelijke erkenning, zonder te bepalen of deze alleen het bestaan der onderhandsche akte constateren moet, of ook een bepaalden datum voor dat bestaan aannemen, en „ubi lex non distinguit nec nobis est distinguendum.” De rechter, het is niet te ontkennen, zal zich dan in eene moeilijke positie bevinden, want hij mag in geen geval recht weigeren, „onder voorwendsel van het stilzwijgen, de „de duisterheid of onvolledigheid der wet” zooals art. 13 der Algemeene Bepalingen het uitdrukt en hij zou toch in casu geen recht kunnen spreken zonder in strijd met de wet te zijn.

Prof. Opzoomer zegt dus ook terecht of kende onze wetgever de strijdvraag niet, die het Fransche artikel had opgewekt, en toonde hij niet, door het niet zeer gelukkig opnemen van eene nieuwe uitzondering dat hij voor geene verandering terugdeinsde? ¹⁾

Maar Prof. Opzoomer stelt den zin van het art. m. i. verkeerd voor waar hij zegt: de „dagteekening is „niet zeker geworden, maar tegenover dien bepaalden „derden die hare zekerheid erkende, moet zij als zoo-„danig worden behandeld.” ²⁾ Dat zegt art. 1917 B. W. geloof ik niet, het beweert slechts dat alleen van den dag waarop de erkenning plaats heeft er zekerheid van bestaan is, natuurlijk alleen tegenover dien bepaalden derden, maar geenzins dat de dagteekening tegenover dezen zeker is geworden.

1) Opzoomer III ad art. 1917.

2) Opzoomer III ad art. 1917.

IV.

VALLEN KWITANTIËN ONDER HET BEGRIP VAN ONDERHANDSCHE AKTEN IN ART. 1917 B. W.?

Deze vraag is over 't algemeen eenstemmig beantwoord in ontkennenden zin, maar de motieven waarom men, voornamentlijk in Frankrijk, deze meening verdedigde, berustten meer op gronden van billijkheid en practisch nut, dan dat ze volgen uit de bepaling van art. 1328 C. N.

Dit zal blijken uit voorbeelden, zooals o. a. bij Duranton. Hij zegt: „on n'est pas dans l'usage de tirer
„des quittances authentiques, ni de faire enregistrer
„celles que l'on reçoit par acte sous signature privée....
„et il eut été par trop intolérable d'être obligé de payer
„de nouveau parceque le créancier se serait exposé à
„des saisies-arrêts” 1).

Marcadé gelooft zelfs, dat het niet in de bedoeling der wet kon liggen, om de kwitanties aan den regel van art. 1328 te onderwerpen, en wel: primo om de reeds bij Duranton aangehaalde reden, en secundo omdat, zooals Marcadé zelf het uitdrukt: „l'exception existait
„dans l'ancienne jurisprudence, et que nos rédacteurs
„ne l'auraient pas supprimée sans faire à cet égard quel-
„ques observations dont on ne trouve aucune trace dans
„les travaux préparatoires” 2).

1) Duranton XIII 133.

2) Marcadé V ad art. 1328 V.

Echter is dit slechts eene gissing van Marcadé, want niets bewijst, dat de redacteurs van den Code Napoléon onder de *actes sous seing privé* niet ook de "*quittances*" zouden hebben begrepen. Zij stelden slechts in 't algemeen eene bepaling vast om derden tegen kwade praktijken te beschermen, die toch even goed door middel van geantidateerde kwitanties, als door elke andere onderhandsche akte kunnen gepleegd worden.

Om echter tot de oplossing dezer vraag te geraken, moet men zich twee andere vragen voorstellen:

A. Is eene kwitantie eene onderhandsche akte?

B. Kan eene kwitantie ook worden tegengeworpen aan hem, die volgens art. 1917 B. W. (1328 C. N.) derde is?

Wat de eerste vraag betreft, is het hier een eerste vereischte, om te bepalen wat eene onderhandsche akte is, en wat men er in Frankrijk onder verstond.

Duranton geeft de volgende definitie of liever uitlegging: "*Le mot acte, actus, du verbe agere, signifie ce qui a été fait, ce qui c'est passé entre les parties; et dans ce sens il se prend souvent pour la convention, pour le contrat: Actum quidam generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur ut in stipulatione vel numeratione (L. 19 ff. de verb. signif.). Mais il se prend souvent aussi pour la preuve du titre ou de la convention, pour l'écrit qui a été rédigé pour la constater et c'est sous ce point de vue qu'on l'envisage ici*" ¹⁾.

En niet alleen als "*preuve d'une convention*", maar, zooals Pailliet terecht het uitdrukt, "*il y a beaucoup d'actes qui n'en referment aucune, et qui ne contiennent que des faits, telles que les prises de possession*" ²⁾.

1) Duranton XIII 18.

2) Pailliet manuel du droit Fr. ad art. 1319 C. N.

Het Fransche woord acte kon dan ook tot dien twijfel aanleiding geven, nl. of de wetgever het bewijs der overeenkomst of der handeling bedoelde, dan wel de handeling zelf. Bij ons is het woord akte taalkundig niet in diezelfde beteekenis te verstaan, ofschoon de wetgever wel eens in navolging van den Franschen, daar waar hij handeling bedoelde, akte schreef, en zodoende tot veel verwarring aanleiding gaf.

In art. 1328 C. N. en in art. 1917 B. W. is echter geen twijfel mogelijk; hier is het bewijsstuk bedoeld, hetzij van eene overeenkomst, hetzij van een bloot feit.

Zulk een bewijsstuk is nu buiten twijfel de kwitantie, hetzij van voldoening der schuld, hetzij van kwijtschelding.

Pothier noemt haar een „acte de liberation” in zijn *traité des obligations* 1).

Volgens de beteekenis van de woorden acte en akte zijn dus kwitantieën zoowel in art. 1328 C. N. als in art. 1917 B. W. bedoeld; ik vind nergens eene aanwijzing dat men hier van die beteekenis wilde afwijken.

Men zou kunnen opmerken dat alle kwitanties geene akten zijn, en om dat te bewijzen art. 1918 en 1920 B. W. aanvoeren (voor het Fransche recht art. 1331 en 1332 C. N.) en ook Duranton zeide reeds: „elles (les quittances) ont même lieu quelquefois par de simples écritures non signées, mises sur les registres du créancier, ou sur le titre même de la dette, ainsi que nous venons de l'expliquer.” Het is ook waar, men kan eene schuldbevrijding schrijven op registers of op den titel zelf, zonder dat deze gedagteekend of onderteekend behoeft te zijn; dit laten zoowel de C. N. als het B. W. uitdrukkelijk toe. Maar deze soort van kwitantieën zijn ook afzonderlijk geregeld, en niet te verwarren met degenen die door art. 1917 B. W. worden

1) Pothier *traité des oblig.* 749.

beheerscht, want ze behoeven niet gedateerd te zijn en er kan dus hier geen sprake zijn van zekere dagteekening; en akten zijn ze ook niet, want ze missen de onderteekening, al constateren ze ook het feit van schuldbevrijding. Dit neemt echter niet weg dat ze, wanneer ze gedagteekend en onderteekend zijn, m. i. niet meer onderworpen zijn aan art. 1918 of 1920 B. W. (1331 of 1332 C. N.), maar het karakter zullen krijgen van gewone onderhandsche akten van schuldbevrijding.

De tweede vraag zal geloof ik geene moeielijkheid opleveren, daar toch kwitantiën evenals alle overige onderhandsche akten behandeld moeten worden, en dus niet alleen aan partijen, maar ook aan alle rechthebbenden, hetzij *titulo universali*, hetzij *titulo particulari*, en aan alle *penitus extraneus* kunnen worden tegengeworpen.

Ik kan me ook niet vereenigen met de meening die Bonnier verdedigt: *« ou bien les quittances ont été immédiatement opposées par le débiteur, et alors, si rien n'indique une fraude préméditée, on doit présumer la quittance antérieure à la signification; ou bien, au contraire, le débiteur a tardé à la faire valoir, et alors l'antidate devient vraisemblable, la présomption est contre la sincérité de la date, et l'on rentre dans le droit commun. »*¹⁾ De *jure constituendo* zoude ik dit misschien aannemen, ofschoon de oogenblikkelijke vertooning eener kwitantie nog niet juist bewijst dat deze niet geantidadeerd is, maar de *jure constituto* kan ik dit niet doen; wanneer eene kwitantie in den vorm eener onderhandsche akte is gemaakt, is zij aan alle regelen onderworpen waaraan de onderhandsche akten in 't algemeen moeten voldoen, tenzij er eene uitdrukkelijk opgenoemde bijzondere bepaling voor zulke kwitanties

1) Bonnier traité des preuves 701.

bestaat, en dit is niet het geval wat betreft de zekerheid van datum. Bonnier erkent dit ook in de volgende woorden: „Cette distinction, que nous ne présentons „point comme un principe de droit, mais seulement „comme une considération utile dans la pratique, est „assez etc.” ¹⁾

Volgens de meening van Prof. Diephuis ²⁾ zijn niet alleen onderhandsche akten zelf, maar ook brieven in de bepaling van art. 1917 B. W. begrepen.

Ik geloof niet dat dit in onze wet is bedoeld, ofschoon het m. i. beter ware geweest, daar brieven wel degelijk onderhandsche akten kunnen zijn, als zij nl. een feit constateren en onderteekend zijn. Art. 1911 B. W. nl. geeft een overzicht van wat men in 't algemeen onder de uitdrukking onderhandsche geschriften heeft te verstaan, en noemt in hare opsomming brieven vlak na de onderhandsgeteekende akten op, zoodat zij die twee geschriften wel degelijk van elkander onderscheidt. En dat men hier niet alleen ongeteekende brieven bedoelde kan blijken uit het antwoord der regering op de door een der afdeelingen gedane vraag, om *ecritures privées* in den Franschen tekst te vertalen door onderhands geteekende geschriften. De regering zeide nl.: men kan aan dien wensch niet voldoen, omdat brieven, registers, huiselijke papieren enz. niet noodzakelijk geteekend moeten zijn, en echter voorzeker in de termen van dit artikel vallen. Daar wilde zij niet mede zeggen, dat zij alleen ongeteekende brieven etc. op het oog had, maar zij wilde art. 1911 B. W. niet beperken tot geteekende brieven alleen.

In art. 1917 B. W. vind ik geene aanwijzing, dat men van de bepaling, in art. 1911 B. W. opgesloten, heeft willen afwijken.

²⁾ Bonnier l. c.

¹⁾ Diephuis B. R. IX 157.

V.

BESLUIT.

Heb ik mij tot hiertoe nog slechts bezig gehouden met het bestaande recht, zooals het in de wet is neergeschreven — al liet ik mij ook op enkele plaatsen eenigszins uit over het al of niet, naar m. i., wenschelijke eener uitdrukking hetzij in art. 1328 C. N. of art. 1917 B. W., hetzij elders — thans evenwel wensch ik te beproeven of het mij soms mocht gelukken eenen beteren weg te vinden ter bereiking van het doel, dat men zich met beide genoemde artikelen voor oogen heeft gesteld, of, beter gezegd, ik wil beproeven art. 1917 B. W. meer in overeenstemming met de billijkheid te brengen, want ik moet erkennen, het beoogde doel, nl. bescherming van derden tegenover partijen die te kwader trouw zijn, heeft men vrij wel verwezenlijkt, echter, naar het mij voorkomt, eenigszins ten koste der billijkheid.

Hetgeen in art. 1917 B. W. mij het meest gewichtig voorkwam, en waarover nog steeds strijd bestaat, heb ik evenwel trachten op te lossen met de wet in de hand, en waar ik sommige woorden of uitdrukkingen van het artikel zoodanig opvatte, dat ik feitelijk tot ongerijmde beslissingen kwam, ik deed het, of mij houdende aan den wil des wetgevers uitgedrukt, hetzij in zijne toelichtingen, hetzij in de door hem in het art. zelf gebezigde

woorden, of streng den letter der wet volgende, waar de bedoeling des wetgevers niet kon opgespoord worden.

Dat kwam mij voor de zekerste weg te zijn voor het *jus constitutum* en naar m. i. ook de meest juiste interpretatie.

En niet alleen geloof ik dat dit de juiste uitlegging der wet is, maar ook de zoodanige die het eerst tot verbetering harer bepalingen aanleiding kan geven.

Immers wat is het geval?

Volgt men deze methode, dan zullen ontegenzeggelijk vele ongerijmde gevolgen daaruit voortspruiten, en zelfs de billijkheid soms in 't geheel geene stem hebben; aan den anderen kant daarentegen kan men ook niet ontkennen, dat de fouten der wet in al hunne naaktheid worden blootgelegd en in al hunne gevolgen toegepast. Maar deze toestand, zal men misschien beweren, moet ondragelijk zijn. Toegestemd, maar dan zal dit *primo* geheel daaraan liggen in hoeverre eene bepaling meer of minder beantwoordt aan de eischen, niet alleen van recht, maar ook van billijkheid door de tijdsomstandigheden voorgeschreven, en naar die mate zal dan ook eene bepaling meer of minder ondragelijk worden; *secundo* zullen er des te eerder stemmen opgaan tot verandering en verbetering van zulke slechte bepalingen, en hoewel nu de wetgever onmogelijk alle belangen kan verzoenen, en alle tegenstrijdigheden wegnemen, men zou toch veel spoediger tot betere en meer met hunnen tijd overeenkomende bepalingen kunnen geraken, omdat, zoolang men dezen weg niet volgt, de fouten niet zoo diep zouden gevoeld worden, en dus de toestand langer in *statu quo* zoude blijven.

Ook de zekerheid van recht zoude er veel bij winnen, daar men dan eene groote bron voor allerlei uitleggingen die de meest verschillende rechterlijke beslissingen ten gevolge hebben, zoude verstoppen.

Na deze uitweiding keer ik tot art. 1917 B. W. terug. Het doel dat men door art. 1328 C. N. en 1917 B. W. wilde bereiken was, en dit is niet tegen te spreken, niet meer dan het beschermen van hen die vreemd waren aan eene onderhandsche akte, tegen degenen die in deze akte partij waren en de bedoeling mochten hebben om hen te benadeelen door aan diezelfde akte eenen anderen datum te geven dan dien waarop zij gemaakt was.

Hebben derden dan werkelijk zooveel meer bescherming noodig dan partijen zelf?

Hieraan valt dunkt me niet te twifelen. Ik toonde boven reeds aan dat zelfs erfgenamen der partijen niet altijd gewapend zouden kunnen zijn tegen dit bedrog, omdat het zoo gemakkelijk is te plegen en het bewijs daarvan zoo moeilijk (ook voor hen) is te leveren. Zij vallen m. i. reeds onder de benaming derden in art. 1917 B. W., hoeveel te meer hebben alle anderen die noch partijen noch erfgenamen zijn bescherming noodig.

Maar met dit goede doel voor oogen, was men toch onbillijk, en wel tegenover partijen zelf. — Het is waar dat zij, die eene onderhandsche akte teekenen, het aan zichzelf zullen te wijten hebben wanneer een derde tegenover hen van zijn recht gebruik maakt, en het streng limitatieve karakter van het artikel dwong mij om de gematigde en billijke zienswijze van Prof. Diephuis (waar hij partijen wil toelaten tot bewijs omtrent de echtheid der dagteekening ¹⁾) te verwerpen. Dit geldt echter slechts het geschreven recht; de jure constituendo is het niet te ontkennen dat men toch onbillijk is tegen partijen die te goeder trouw meenden dat zulk eene akte, onteekend en gedagteekend, zonder bezwaar zouden kunnen gelden, wanneer men den derde, zonder eenige formaliteit zoo maar toestaat zich op het onzekere van den datum te beroepen, zonder zelfs eenigzins verplicht te

zijn de waarschijnlijkheid zijner goede trouw ²⁾ aan te toonen.

Het is toch immers duidelijk dat een derde die te kwader trouw is in art. 1917 B. W. een zeer geschikt middel vindt om misbruik te maken van de goede trouw der contractanten. De vraag is; kon men anders? Zoude men niet meer ten nadeele van derden te goeder trouw, die toch in alle gevallen geen of minder schuld hebben dan de te zorglooze partijen, gehandeld hebben, zoo men hen nog een of ander bewijs tegenover kon stellen, of hen zelf nog bewijs oplegde? Ik erken dat dit op zich zelf waar is, en wat het eerste middel betreft, ik heb reeds aangetoond, dat dan de bedoeling van het artikel geheel illusoir zoude worden; ¹⁾ het tweede echter acht ik niet zoo geheel verwerpelijk in zooverre nl. dat de derde niet tot het leveren van bewijs verplicht zoude zijn maar slechts tot eene verklaring onder eede. De vraag is nu: welke verklaring moet dan de derde afleggen?

Dat de datum onecht is natuurlijk niet, want dat is juist zijn voorrecht boven partijen, dat hem de wet hier met haar vermoeden te hulp komt, en hem dus van dit bewijs ontslaat. Hij behoeft slechts onkundig te zijn van het tijdstip waarop de hem tegengeworpene akte gemaakt werd als deze geen en zeker datum heeft. Maar het vermoeden der wet, dat hier tevens een wettelijk vermoeden is, en dus alle tegenbewijs uitsluit, is m. i. wat te veel op de goede trouw van den derde, en de kwade trouw van partijen gebaseerd, daarom acht ik dit minder aannemelijk. ²⁾

Ik wil echter geen tegenbewijs toelaten en dus van eene *presumptio juris et de jure* eene *presumptio juris*

1) Zie blz. 53.

2) Zie de noot op blz. 54.

maken, dat zou niet gaan; maar alleen wenschte ik, dat een derde niet zóó maar van de misslagen zijner tegenpartij kon misbruik maken, hij zoude dus m. i. onder eede moeten verklaren, niet te weten dat de hem tegen geworpene onderhandsche akte is gemaakt op denzelfden datum dien zij draagt.

Is de derde nu werkelijk te goedertrouw, dan zal hem dit niet het minste bezwaar opleveren, is daarentegen het tegendeel 't geval en kan hij dus den eed niet doen dan zal het vermoeden der wet als niet gegrond, vervallen.

Wel is waar ben ik in 't algemeen er niet voor dat er veel van den eed gebruik gemaakt wordt, doch in casu zal het wel het eenige middel zijn dat er bestaat, en dat is in allen gevalle toch nog meer waarborg dan in 't geheel geen bewijs van goede trouw toe te laten of liever te vergen.

Zoo zou dan art. 1917 B. W. niet alleen ten opzichte van partijen, maar ook ten opzichte van derden, van den regel in art. 2002 B. W. afwijken, dat goede trouw wordt verondersteld en kwade trouw moet bewezen worden.

Het kan nu best mogelijk zijn, dat én partijen én derden te goeder trouw zijn, maar dan boeten partijen slechts hunne eigene zorgeloosheid, en kunnen der wet geene onbillijkheid ten laste leggen, omdat in dit geval geene kwade trouw van derden meer als 't ware wordt gesanctioneerd.

Ziedaar op eenvoudige wijze, geloof ik, de gelegenheid tot onbillijke beslissingen eenigzins beperkt; er is echter eene andere beperking die minder gewenscht, integendeel geheel moest vervallen.

Toen men nl. art. 1328 C. N. maakte, stond men tuschen twee vuren: of de onderhandsche akte kon in 't geheel geen bewijs leveren van hare dagteekening, of

zij kon het altijd en in alle gevallen. Men koos toen den middenweg, en somde drie gevallen op die zekerheid van datum zouden geven. Maar juist die opsomming was te beperkt en wij hebben gezien, dat onze wetgever in het loffelijke doel om hierin te voorzien slechts zeer gebrekkig slaagde.

Is evenwel, daargelaten nog dat de opsomming verre van volledig mag heeten, de methode door onzen en den Franschen wetgever gevolgd, te verkiezen boven die, welke den wetgever slechts toelaat algemeene regelen te geven en de waardeering van elk geval afzonderlijk, aan de rechterlijke macht overlaat? Ik geloof het niet. Het is toch eene waarheid, dat een wetgever, al is hij naar zijne berekening nog zoo nauwkeurig en volledig in zijne opsomming, al heeft hij zich elk mogelijk geval nog zoo juist voor oogen gesteld, steeds, hetzij dat hem een of andere omstandigheid toch niet voor den geest speelde, hetzij de tijd later nieuwe toestanden schept, die hij niet heeft voorzien, in zijne opsomming onvolledig zal zijn, en daardoor soms, tegen zijne bedoeling in, onbillijk. Een groot bewijs daarvan levert art. 1917 B. W. op.

Bepaalt hij echter eenen algemeenen regel, waaronder niet alleen alle gevallen die hem voor den geest stonden, maar ook menig geval dat hij nu juist niet voorzien heeft, kunnen gerangschikt worden, en is hij dan slechts nauwkeurig in zijne woorden, de rechter kan dan elk geval dat zich aan hem voordoet afzonderlijk aan dien regel toetsen, en er is m. i. minder gelegenheid tot onbillijkheid, dan in het tegenovergestelde geval. De rechterlijke macht toch ziet dagelijks voor zich de meest verschillende toestanden in het leven der burgers; aan hare beslissing worden bijna alle twistgedingen, over de meest uiteenloopende zaken, onderworpen; zij is dus, naar het mij voorkomt, het best in staat de gevallen die in dien regel

zijn begrepen te bepalen. Dat kan de wetgever niet doen; en men zag dit over het hoofd in art. 1328 C. N. en art. 1917 B. W. Tot welke vreemde beslissingen die opsomming aanleiding heeft gegeven is bekend.

Behalve de twee bovengenoemde veranderingen die ik in art. 1917 B. W. zoude wenschen, moesten ook nog m. i. enkele woorden van het artikel door andere uitdrukkingen vervangen worden. Zoo zoude men achter de woorden „onderhandsche akten” bijv. kunnen plaatsen de uitdrukking „of brieven”, waardoor natuurlijk de vraag zoude vervallen: of deze ook onderworpen waren aan de bepaling van dit artikel.

Ook had men de dubbelzinnige uitdrukking „derden” niet moeten schrijven; men kan daarvoor in de plaats stellen bijv. „allen die geen partij waren in de akte of „brief.”

Wat echter betreft de toepasselijkheid van dit artikel op zaken van koophandel, hoewel ik, met het oog op het bewijs van den derde dat hij te goeder trouw is, er minder bezwaar in zou vinden om deze vraag bevestigend te beantwoorden dan volgens het jus constitutum, komt het mij toch bij nader inzien beter voor, den handel niet aan deze bepaling te onderwerpen.

Steunende op de voorgaande gegevens zou men naar mijn gevoelen art. 1917 B. W. aldus moeten redigeren:

„Eene onderhandsche akte of onderteekende brief „heeft tegenover allen, die geen partij in genoemde akte „of brief waren, slechts eenen zekeren datum van af „den dag waarop haar bestaan niet meer twijfelachtig „was, mits zij onder eede verklaren niet te weten dat „de hen tegengeworpene akte of brief is gemaakt op „denzelfden dag als hare dagteekening aanwijst.”

Men zou echter misschien nog eene aanmerking kunnen maken op deze redactie, nl. dat het artikel nu weer te algemeen is, want dat, wanneer bijv. een derde het

bestaan eener onderhandsche akte erkende, deze erkenning nu ook tegen alle andere derden zoude gelden aan wie zulk eene, of liever die erkende akte wordt tegen-
geworpen. Maar het is niet te loochenen dat, omdat die eene derde het bestaan eener akte gelieft te erkennen, dit daarom toch ipso jure nog geen bewijs is dat die akte werkelijk bestond op den door hem erkenden datum, en dus die erkenning ook tegen de andere derden zoude werken; men zoude hierdoor het beginsel schenden van art. 1351 en 1354 B. W. nl. dat men zich alleen kan verbinden voor zich zelf, en voorondersteld wordt dit ook gedaan te hebben voor zijne erfgenamen en rechtverkrijgenden; verder werkt echter die erkenning niet.

De rechter zal dus dit feit op zich zelf, als een zeker bewijs van het bestaan der akte, nimmer aannemen. Als dan ook art. 1917 B. W. eene bijzondere bepaling maakt ten opzichte der schriftelijke erkenning door den derde, is dit, omdat zij de erkenning alleen schriftelijk eischt, geenszins om te kennen te geven dat die erkenning bij uitzondering niet tegen diegenen geldt, die niet erkend hebben, want dat deze door genoemde erkenning niet verbonden zijn spreekt toch wel van zelf.

Resumeer ik nu de gevolgen der nieuwe redactie van art. 1917 B. W. dan komt dit op het volgende neer:

- a. Er kan geen verschil meer bestaan omtrent de personen die het artikel als derden beschouwen.
- b. Het artikel is billijker voor partijen te goeder trouw.
- c. Het artikel is op zaken van koophandel niet toepasselijk.
- d. Het artikel is niet beperkt tot enkele opgesomde gevallen.
- e. In het artikel zijn brieven ook opgenomen.

Ik geloof dan ook dat, wanneer men het artikel zoo had gesteld, menige ongerijmde beslissing zoude vermeden zijn, en voornamentlijk meer billijkheid was getoond tegenover partijen.

STELLINGEN.

I.

De jure constituendo behooren minderjarigen de toestemming zoowel van de moeder als van den vader verkregen te hebben om een huwelijk te kunnen aangaan.

II.

Art. 99 vlg. B. W. behooren bij eene wetsherziening te vervallen.

III.

Art. 392 B. W. geeft geen en voldoende waarborg voor het goed beheer van den voogd.

IV.

De man wordt zonder benoeming curator over zijne onder curatele gestelde vrouw en krijgt eenen toezienden curator nevens zich.

V.

De bewering dat hij, die zonder vergunning op eens ander's eigendom wild of visschen vangt die mag behouden is onjuist.

VI.

Indien de beide zaken die de schuldenaar ter zijner keuze alternatief verplicht is te geven, door zijne schuld vergaan zonder dat blijkt welke van beide het eerst is vergaan, blijft hij slechts verplicht tot vergoeding der minste waarde.

VII.

Lastgeving waarbij loon is bedongen heeft het kenmerk van lastgeving niet meer; ten onrechte neemt de wetgever het tegendeel aan.

VIII.

De commanditaire vennoot is bij faillissement van zijnen complementarisch concurrent schuldeischer voor dat gedeelte van het door hem gestorte kapitaal, dat niet door de handelsverliezen is geabsorbeerd. Dit beginsel strekt zich ook uit tot de door hem bij het oorspronkelijk kapitaal gevoegde winsten die strekken tot vergrooting van zijn kapitaal.

IX.

Aan art. 251 W. v. K. kan niet gerenuntieerd worden.

X.

De schipper is verplicht den passagier tijdig kennis te geven wanneer hij zeilree ligt.

XI.

Art. 524 W. v. K. mag niet uitgestrekt worden tot het geval van ziekte, of eene andere van den wil des passagiers onafhankelijke omstandigheid hem persoonlijk betreffende.

XII.

Bij verschil tusschen cognoscement en chertepartij is de geconsigneerde alleen gehouden aan het cognoscement.

XIII.

Indien in het cognoscement de vracht is bepaald naar mate van het gewicht der goederen moet de vracht naar het ingenomene berekend worden.

XIV.

De oorspronkelijke eischer die op het verzet niet verschijnt kan tegen het te wijzen vonnis niet op zijne beurt in verzet komen.

XV.

Ten onrechte laat de wet het voorstellen der exceptie van onbevoegdheid *ratione materiae* in alle standen van het geding toe.

XVI.

Ten onrechte bepaalt art. 523 W. v. B. R. dat de opbieder niet meer verbonden is zoodra een nieuw opbod is gedaan al ware dit laatste van onwaarde.

XVII.

Door den verhuurder kan, niettegenstaande hij reeds een vonnis tot betaling van huurpenningen heeft verkregen, hetwelk niet uitvoerbaar is verklaard bij voorraad, en waarvan de huurder in hooger beroep is gekomen, pandbeslag wel gedaan, doch de van waarde verklaring daarvan niet geeischt worden.

XVIII.

Terecht laat art. 114 Wetb. v. Strafv. den rechter-commissaris toe de beraadslaging in raadkamer bij te wonen.

XIX.

De verdediger kan alleen hooger beroep aanteekenen wanneer de beklaagde hem daartoe uitdrukkelijk volmacht geeft.

XX.

Art. 431 Wetb. v. Strafv. is overbodig.

XXI.

Eene valsche verklaring is alleen strafbaar wegens *faux témoignage* als zij onder eede is afgelegd.

XXII.

Poging tot vergiftiging heeft plaats, zelfs al is het gebleken relatief onmogelijk te zijn het vergif te gebruiken, tenzij de dader deze onmogelijkheid heeft voorzien.

XXIII.

Ten onrechte kent de Grondwet aan den Koning het recht toe om oorlog te verklaren.

XXIV.

Art. 85 al. 3. Grwt. is te beperkt.

XXV.

Het vrijhandelsstelsel is te verkiezen boven het beschermende stelsel.

