



Een paar rechtsvragen betreffende order- en toonderpapier

<https://hdl.handle.net/1874/240322>

1890

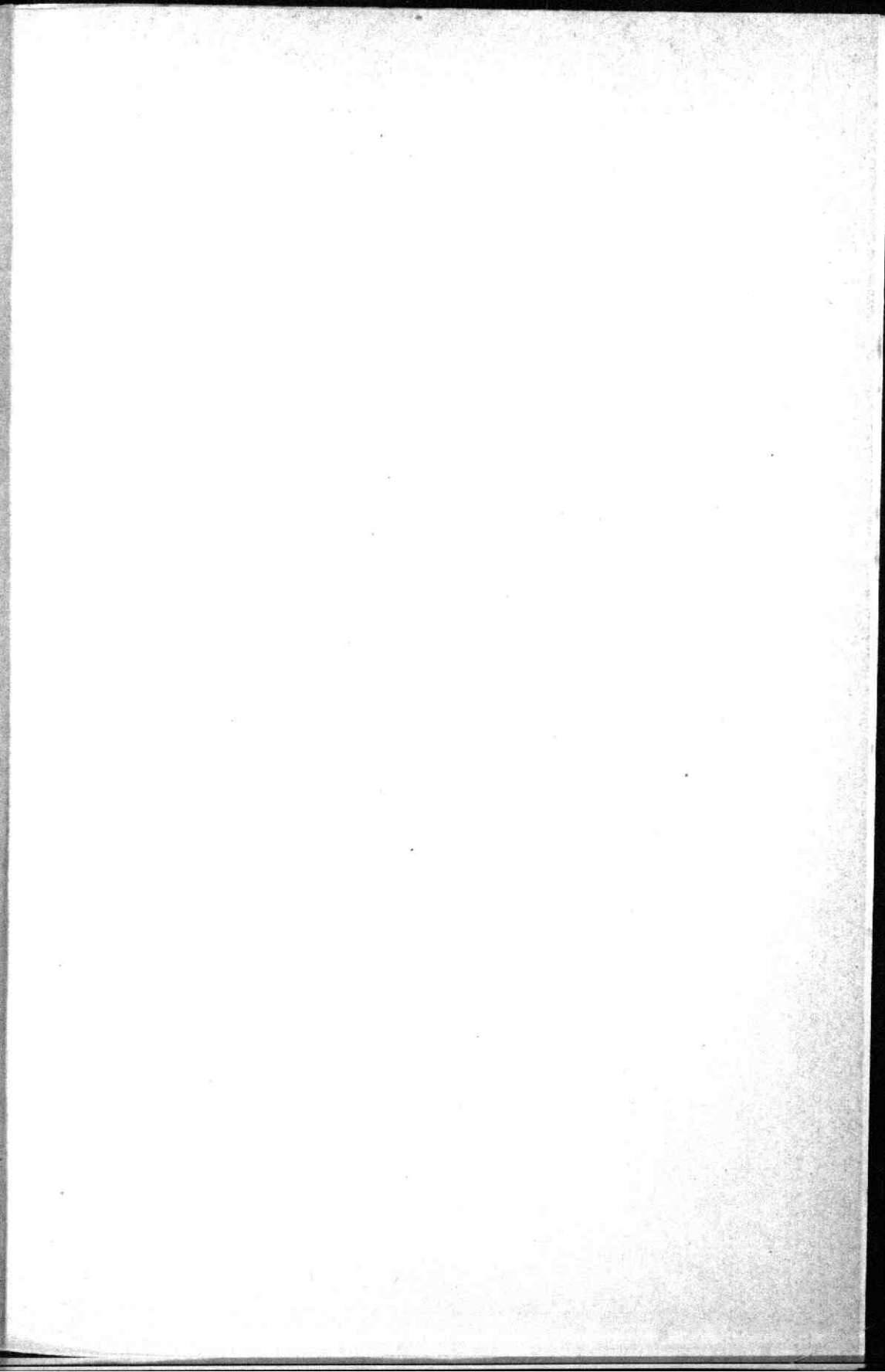
M. S. KOSTER

EEN PAAR RECHTSVRAGEN

BETREFFENDE

ORDER- EN TOONDERPAPIER

A, qu.
192



BIBLIOTHEEK UNIVERSITEIT UTRECHT

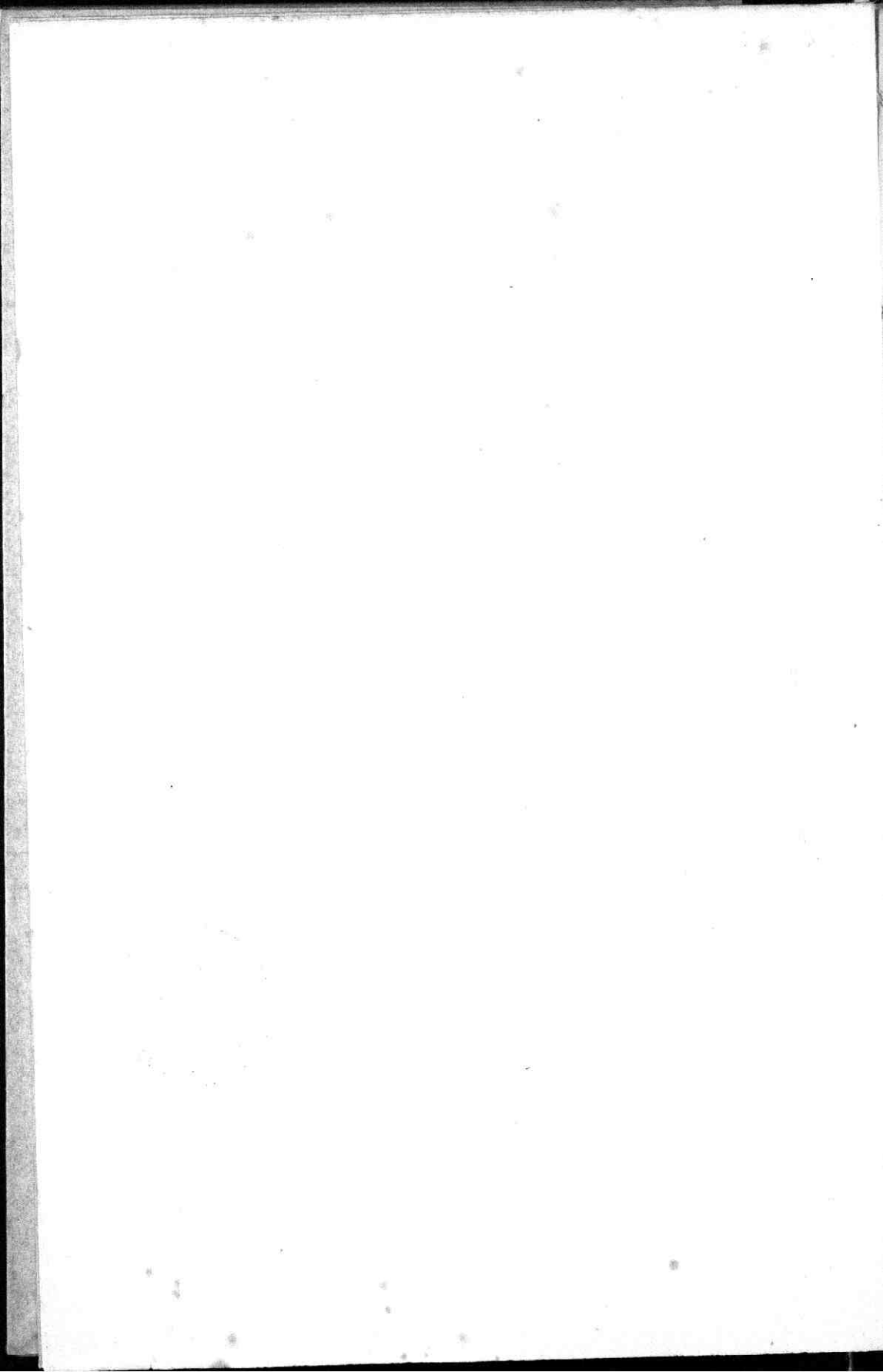


2973 762 8

EEN PAAR RECHTSVRAGEN

BETREFFENDE

ORDER- EN TOONDERPAPIER



EEN PAAR RECHTSVRAGEN

BETREFFENDE

ORDER- EN TOONDERPAPIER

PROEFSCHRIFT

TEU VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN

Doctor in de Rechtswetenschap

AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT

NA MACHTIGING VAN DEN RECTOR-MAGNIFICUS

D^r. J. A. C. OUDEMANS

Hoogleeraar in de Faculteit der Wis- en Natuurkunde

EN MET TOESTEMMING VAN DEN SENAAAT DER UNIVERSITEIT

TEGEN DE BEDENKINGEN DER RECHTSGELEERDE FACULTEIT

TE VERDEDIGEN

op Maandag den 31^{sten} Maart 1890 des namiddags te 2 uur

DOOR

MARINUS SIMON KOSTER

geboren te Utrecht



UTRECHT — A. J. VAN HUFFEL

1890



AAN MIJNE OUDERS



Bij het verlaten van Utrecht's Hoogeschool is het mij eene behoefte aan U, Hoogleraren der Juridische Faculteit, mijnen oprechten dank voor uw voortreffelijk onderwijs te betuigen.

Voor al U, hooggeachte promotor, Prof. MOLENGRAAFF, geldt mijn dank. De uren, ter bespreking van mijn proefschrift in uw studeervertrek doorgebracht, uren, waarin mij zoo ruimschoots de gelegenheid werd geschonken om uwe groote kennis, uw helder oordeel en uwen practischen blik te bewonderen, zullen bij mij steeds in aangename herinnering blijven. Ook in uwe hoedanigheid van voorzitter van «Antonius Matthaeus» heb ik u zeer veel te danken.

Van U, Hooggeleerde Heeren DE GEER en HAMAKER leerde ik op de vergaderingen van dat gezelschap eveneens veel; aanvaardt ook gij de betuiging mijner erkentelijkheid.

*Aan vrienden en kennissen roep ik geen «vaartwel» doch
een «tot weerziens» toe.*

*Dit laatste sluit te gelijk eenen wensch in zich voor den
blijvenden bloei van Utrecht's Universiteit. Mogen nog
velen na mij met dankbaarheid aan haar denken als aan
eene kweekplaats van ware beschaving, en vrije ontwikke-
ling van den menschelijken geest!*

HILVERSUM, Maart 1890.

INLEIDING.

De vragen, welker behandeling ik mij voor dit proefschrift ten doel heb gesteld, komen, eenvoudig geformuleerd, in hoofdzaak hierop neer:

1°. Wanneer is men uit order- en toonderpapier verbonden? Wat is — zoo wordt dit veelal uitgedrukt — ten aanzien der verbintenissen uit zoodanige papieren het verbintenisscheppend feit?

2°. Aan wien *moet* en aan wien *mag* de schuldenaar uit order- en toonderpapier betalen? Anders gezegd: Wie is zijn schuldeischer, en aan wien kan hij buitendien nog met bevrijdende werking betalen?

Ik aarzel te beslissen, of het belang dan wel de moeilijkheid van de oplossing dier kwestieën het grootst is. Aan den eenen kant onderschat ik het belang van mijn onderwerp geenszins, doch als ik aan den anderen kant bedenk, hoe verbazend vele, de meest tegenstrijdige meeningen verkondigende geschriften vooral door de Duitsche rechtsgeleerden daaraan gewijd zijn en nog steeds gewijd worden, zou ik er toch toe overhellen om de moeilijkheid van het vinden eener goede oplossing nog grooter te noemen.

De jure constituendo is de cardo quaestionis deze: Wat moet wetenschap en wetgever bij de beantwoording der vragen motiveeren, welke argumenten mogen daarbij gewicht in de schaal leggen? Moet alleen naar den wil, naar den inhoud der wilsverklaring van den schuldenaar worden gevraagd, is een onderzoek daarnaar op ons terrein de eenige taak der wetenschap, en het sanctioneeren daarvan plicht des wetgevers, of moeten andere momenten den doorslag geven?

Voor het stellig recht is de beantwoording der vragen ten onzent vooral daarom zoo bezwaarlijk, omdat onze wetgeving hieromtrent uiterst weinig licht verspreidt, zoodat wij hoofdzakelijk moeten werken met analogische uitbreiding van enkele artikelen en met algemeene rechtsbeginselen. Dat bij eene dergelijke methode groot gevaar bestaat voor het overschrijden der grenzen van het jus constitutum, is duidelijk genoeg. Dikwijls zal men inderdaad zijne eigene resultaten met een beroep op andere min of meer toepasselijke artikelen kunnen te niet doen. De beslissing der vragen voor ons positief recht is dus eene uiterst ondankbare taak te noemen.

Hoofdzaak is voor mij dan ook de theoretische kwestie: Wanneer behoort men verbonden te zijn? Wie behoort als crediteur erkend te worden? enz. En bovenal: welke beginselen behooren bij het zoeken van een antwoord in acht genomen te worden?

Voordat wij overgaan tot de bespreking van de voornaamste pogingen tot beantwoording onzer vragen ¹⁾ in het werk gesteld, dienen wij kennis te maken met een

¹⁾ Het onderzoek naar deze en aanverwante vragen noemt men gewoonlijk de „juridische constructie” van order- en toonderpapier.

constructiemiddel, dat aan bijna alle moderne theorieën onschatbare diensten bewijst, namelijk met de zoogenaamde *abstracte verbintenissen*.

In de jongste Vergadering der Nederlandsche Juristen Vereeniging zijn door Mr. F. B. CONINCK LIEFSTING de volgende woorden gesproken ¹⁾:

«Indien wij ons nu konden voorstellen, dat PAPINIANUS redivivus aan deze Vergadering kon deelnemen, en hij hoorde hier, na eerst kennis gemaakt te hebben met een der nieuwere producten, de geurige bladeren, uit China na zijn tijd tot ons gekomen, handelen over de abstracte verbintenissen, dan weet ik niet, of de oude PAPINIANUS die afgetrokken verbintenissen niet op ééne lijn zou stellen met de afgetrokken theebladeren.»

Dit oordeel van PAPINIANUS — en ik geloof mij aan geen al te gewaagde gissing schuldig te maken door het ook dat van Mr. CONINCK LIEFSTING zelve te noemen — zoude mijns inziens nog te zacht wezen; men doet de abstracte verbintenissen te veel eer aan door ze met afgetrokken theebladeren gelijk te stellen. Immers, terwijl wij dagelijks de laatste door onze dienstboden met succes zien bezigen om de vloerkleeden van stof te reinigen, heeft de abstracte verbintenis integendeel den geest van zeer vele rechtsgeleerden met eene dikke laag theoretisch stof bedekt, die hen ongevoelig maakt voor de eischen van billijkheid, goede trouw en verkeersbelang.

Om dit harde oordeel te rechtvaardigen, dienen wij eerst te weten, wat wij onder abstracte verbintenissen hebben te verstaan.

Men meene niet, dat deze term een vaststaand begrip aanduidt; integendeel, zij wordt in zeer verschillende,

¹⁾ Zie Handelingen der N. J. V. 1889, Dl. II, pag. 15.

soms vrij onschadelijke beteekenissen gebruikt. Te dezer plaatse zal echter alleen worden nagegaan, wat door hen, die de abstracte verbintenis als constructiemiddel voor order- en toonderpapier gebruiken, daarmede wordt bedoeld, en, van dit denkbeeld uitgaande, geloof ik niet beter te kunnen doen dan KUNTZE's definitie ¹⁾ tot voorwerp van beschouwing te maken. Zij toch geeft weer, wat te dezen aanzien voor de meeste Deutsche schrijvers van onzen tijd een onaantastbaar dogma is geworden.

KUNTZE nu definieert de abstracte of formeele verbintenis als: «eine Obligatio mit unterdrückter Ursache.» Zij is volgens hem aanwezig «wenn die Parteien selbstbewusst und absichtlich die Ursache in den Hintergrund stellen, im Ungewissen lassen oder ungenannt wissen d. h. maskiren wollen. Ihre Bestimmungsgründe sollen in secreto bleiben, es soll rechtlich von ihnen abgesehen werden und mithin die beabsichtigte Obligatio unabhängig von ihnen zur Entstehung, Geltung und Ausübung kommen».

Derhalve, de Ursache, causa, verliest den invloed, dien zij gewoonlijk op de verbintenis heeft, en dat komt, omdat partijen zelve dit gewild, gecontracteerd hebben, omdat — zooals eene geliefde Hollandsche uitdrukkingwijze voor deze gedachte is — partijen de verbintenis van hare causa hebben «losgerukt».

Van Ursache geeft KUNTZE de volgende omschrijving ²⁾: «Die Ursache liegt in den Bestimmungsgründen ethischer oder oeconomischer Art, welche in den Beteiligten den Begründungswillen hervorriefen». Reeds dadelijk dient

¹⁾ Te vinden in ENDEMANN's Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Leipzig 1884, Bnd. IV, Abth. 2, pag. 65.

²⁾ Zie pag. 64 l. e.

de opmerking gemaakt te worden, dat het woord oorzaak, hoewel het algemeen in dezen zin gebezigd wordt, eigenlijk hetgeen bedoeld is niet juist weergeeft. Wil men spreken van de (rechts)oorzaak eener verbintenis, dan moet men, het woord gebruikende in zijn gewonen zin, daarmede aanduiden datgene, waarvan de verbintenis het rechtsgevolg is, het feit of complex van omstandigheden dus, waaraan het recht als gevolg de verbintenis vastknoopt; doch hetgeen KUNTZE Ursache noemt; heet niet oorzaak, maar motief, beweeggrond, en niet van de verbintenis, maar tot de handeling, die oorzaak der verbintenis is, waaraan het recht de verbintenis vastknoopt.

Den onjuisten naam verder daarlatende, zullen wij thans KUNTZE'S begrip van «causa» tot voorwerp van beschouwing maken.

Beweegredenen noemen wij die voorstellingen of indrukken des geestes, welke in den handelende de begeerte naar het tot stand komen van het verwachte gevolg der handeling hebben in het leven geroepen. Eéne geestesvoorstelling kan die rol vervullen, doch gewoonlijk hebben wij tot eene handeling meerdere motieven.

In twee opzichten nu dient eene verdeeling in de beweegredenen gemaakt te worden. Vooreerst kan men ze onderscheiden, al naarmate zij bloot intern blijven, voor geen persoon buiten den handelende waarneembaar worden, of zich naar buiten kenbaar maken. Natuurlijk kan alleen deze laatste soort van motieven in het privaatrecht eene rol spelen: wat niet buiten den geest van den handelenden persoon treedt, kan op zijne verhouding tot anderen geen invloed uitoefenen.

In de tweede plaats moeten wij de beweegredenen onderscheiden naar haar gewicht. Er zijn n. l. onder de motieven steeds eenige, zonder welke de handelende nimmer tot de

daad zou gekomen zijn; andere daarentegen hadden slechts een secundair belang, zij hebben wel meegewerkt om in hem den wensch naar het gevolg der handeling levendig te doen worden, maar ook zonder haar zou hij de daad wel verricht hebben. Van de juistheid of verwezenlijking der eerste heeft hij het rechtsgevolg zijner rechtshandeling wel degelijk afhankelijk willen maken; maar ten opzichte van de tweede was hij eene andere zienswijze toegedaan, van hun juistheid of verwezenlijking heeft hij het gevolg der handeling niet willen doen afhangen ¹⁾.

Zoowel de beslissende als de bijkomende motieven kunnen al of niet buiten den geest van den handelende treden, aan dengene, met wien hij handelt, kenbaar worden; immers de onderscheidingen, die wij maakten, zijn beide algemeen. Zijn de decisoire motieven als zoodanig kenbaar geworden, dan bepalen zij het rechtsgevolg der handeling ²⁾. De niet kenbaar geworden beslissende motieven daarentegen hebben geen invloed op het rechtsgevolg der verrichte handeling, juist omdat ze niet buiten den geest des handelenden zijn getreden. Wel bestaat er, bij versoonebare dwaling van den handelende in die motieven,

¹⁾ Prof. Mr. J. P. MOLTZER, aan wien bovenstaande verdeling der motieven in hoofdzaak ontleend is, noemt (zie Handelingen der N. J. V. 1889, I, pag. 157 vlg.) de tweede categorie van de tweede onderscheiding „beweegredenen”, welk woord hij ook in den algemeenen zin, waarin het boven en in het dagelijksch leven voorkomt, gebruikt. Juister ware het wellicht om in de engere beteekenis er een adjectief bij te voegen, en dan te spreken van bijkomende beweegredenen, tegenover beslissende. Deze laatste (d. i. de eerste categorie der tweede onderscheiding) noemt Prof. MOLTZER voorbehoud of veronderstelling, naarmate ze al dan niet als beslissend motief zijn kenbaar gemaakt.

²⁾ Prof. Mr. J. C. NABER (zie Handelingen der N. J. V., 1889, I, pag. 25) spreekt in dit geval van stilzwijgende voorwaarde, WINDSCHEID van Voraussetzung, Prof. MOLTZER, gelijk wij zagen, van voorbehoud.

grond om hem eene actie tegen zijne tegenpartij te geven, indien deze ten gevolge der handeling voordeel heeft genoten. De rechtshandeling en haar gevolg blijven dan echter onaangetast, «Bereicherung ohne Grund» is de grond der bedoelde actie ¹⁾. Dit punt kunnen wij hier echter verder laten rusten.

Ons resultaat is dus, dat van alle motiveerende voorstellingen, als voor het tot stand komen en in stand blijven van het rechtsgevolg der handeling van belang, alleen in aanmerking komen die beweegredenen, van wier juistheid of verwezenlijking de tegenpartij kon bemerken, dat de handelende persoon voornoemd rechtsgevolg afhankelijk wilde stellen, die m. a. w. als voorbehoud aan de tegenpartij zijn kenbaar geworden.

Dat hiervan het rechtsgevolg afhankelijk wordt gesteld is alleszins natuurlijk te noemen: immers die motieven zijn een integreerend deel der overeenkomst geworden, en het is niet hun karakter van motief, doch hun laatste kwaliteit, die van onderdeel van hetgeen tusschen partijen verhandeld is, welke hun genoemden invloed verzekert. Gelijk alle mogelijke tusschen partijen gemaakte bedingen en afspraken, maar ook volstrekt niet meer of anders, zijn ook de bedoelde motieven voor het rechtsgevolg der handeling van belang.

Ik meen dan ook, dat KUNTZE's causabegrip in rechte eigenlijk niet veel beteekent, en dat wij beter doen met, als Mr. P. VAN BEMMELEN ²⁾, onder causa eener verbintenis

¹⁾ Zie hieromtrent Prof. MOLTZER, l. c. pag. 163 vlg.

²⁾ Zie zijne uitgebreide studie „De vrijbeschikkende overeenkomst, de vormenrije overeenkomst, en de abstracte verbintenis” in Rechtsgel. Bijdr. en Bijblad, Jaargang III (1888), Afd. B, pag. 11 vlg., en voor ons recht pag. 149 vlg.

te verstaan de concrete oeconomische transactie, waaruit de verbintenis voortvloeit: dan nemen wij het woord in zijn waren zin, dan hebben wij werkelijk te doen met de oorzaak der verbintenis, en niet met de motieven tot het afleggen der belofte. Uitvoerig en m. i. afdoende betoogt dat geachte lid onzer magistratuur, dat ook in de artikels 1371—1373 B. W. «oorzaak» geen andere dan bovenstaande beteekenis heeft, welke het ook reeds bij POTHIER en in den C. C. had. Artt. 1371 en 1372 krijgen dan dezen zin: wil men ageeren uit een vorderingsrecht, dan moet men het concrete rechtsfeit, waaraan men het ontleent, omstandig aanvoeren en bewijzen, en kan niet volstaan met aan te toonen het naakte feit, dat gedaagde beloofd heeft, niet volstaan dus ook met eene abstract geformuleerde schuldbekentenis in het geding te brengen.

Zeker is het, dat de belofte + haar voorbehoud (KUNTZE'S causa) het voornaamste deel der oeconomische transactie vormen; ja zelfs zeer dikwijls zal deze uitsluitend uit die twee factoren bestaan. Maar er kunnen ook andere afspraken gemaakt zijn, die niet onder KUNTZE'S causabegrip vallen en toch in jure volmaakt dezelfde rol spelen; daarom is de definitie van Mr. VAN BEMMELEN ongetwijfeld te verkiezen.

Na dit zeer korte uitstapje op het gebied der causa-leer keeren wij tot KUNTZE'S abstracte verbintenis terug.

Wat gebeurt er bij het verrichten der rechtshandeling, waaruit zij voortvloeit? — Gelijk wij zagen, niet minder dan dit, dat de causa (de decisoire kenbaar gemaakte motieven der belofte ¹⁾) haren invloed op het rechtsgevolg

¹⁾ Ik zou hier willen lezen: al wat tusschen partijen verhandeld is buiten de naakte belofte; doch KUNTZE bestrijdende moet ik „causa” natuurlijk in zijn zin blijven gebruiken.

der belofte verliest, en dat wel ten gevolge van den uitdrukkelijken wil van den belovende.

Is zoo iets echter denkbaar? Mijns inziens niet. Nemen wij als voorbeeld eene koopvereenkomst; zal ooit een koper zich tot betaling van den koopprijs uitdrukkelijk verbinden ook voor het geval, dat de gekochte zaak hem niet wordt geleverd, ook al wordt m. a. w. het voorbehoud zijner betalingsbelofte niet vervuld? — Geen onbevooroordeelde zal een oogenblik aarzelen om die vraag ontkennend te beantwoorden. In het gestelde geval toch zou de koper feitelijk tot den verkooper zeggen: «Ik geef u $f x$ voor eene zekere zaak; doch levert gij mij die niet, dan krijgt gij het geld van mij cadeau!» Dit nu te onderstellen bij eene transactie, welke niet uit vrijgevigheid, maar in het eigenbelang van den handelende plaats heeft, kan niet anders dan ongerijmd genoemd worden.

Hoewel zulk eene belofte feitelijk nooit zal voorkomen, wanneer wij te doen hebben met menschen, die zich in het genot hunner geestvermogens verheugen, zou er toch uit een juridisch oogpunt tegen een zoodanig beding, indien het gemaakt werd, geen bezwaar kunnen bestaan. Maar wel bestaat er zeer groot bezwaar tegen om, als KUNTZE, *aan te nemen*, dat die «rechtliche Unterdrückung» gewild wordt, zonder dat van dien wil ook maar het geringste blijk bestaat. En toch, dit zien wij gebeuren: teekent de koper voor de kooppeningen eenen wissel, dan beweert KUNTZE, dat in dit feit eene «rechtliche Unterdrückung» der causa gelegen is, dat door deze handeling de schuldenaar zijne verbintenis van haren oorsprong losrukt. Tegenover deze volstrekt onbewezen bewering nu past niet anders dan eene eenvoudige ontkenning, wij kunnen KUNTZE slechts toevoegen: «ga naar den eersten den besten onderteekenaar van zoodanig papier,

vraag hem, of hij werkelijk de door u hem toegedichte bedoeling heeft, en de onwaarheid uwer bewering zal u blijken! »

Maar — zoo wordt tegen ons aangevoerd — toch merkt men het verschijnsel op, dat bij sommige verbintenissen, met name bij die uit order- en toonderpapier, de aan de causa ontleende exceptiën wegvallen! Ik denk er natuurlijk niet aan, dit feit te ontkennen, doch moet er reeds dadelijk den nadruk op leggen, dat dit wegvallen alleen plaats vindt, wanneer de debiteur staat tegenover derden, personen, die niet met hem gehandeld hebben. Dat in dit geval geen aan de causa ontleende verweringen worden toegelaten, is volkomen waar; maar om dat te verklaren is het volstrekt niet noodig om zijn toevlucht te nemen tot de abstracte verbintenis. Wij kunnen dien rechtsregel uitstekend rechtvaardigen zonder het met ons gezond verstand strijdige denkbeeld te huldigen, dat de handelende partij zich in die gevallen verbindt met onderdrukking der causa, uitdrukkelijk den wensch te kennen geeft, dat de onjuistheid of niet-verwezenlijking zijner beslissende motieven niet zal beletten, dat de verbintenis van kracht zij.

Immers, juist omdat de debiteur hier staat tegenover personen, die met hem niet gehandeld hebben, moet het recht hem die verweringen ¹⁾ ontnemen, en dat wel op denzelfden grond, waarop ook tegenover dengene, met wien men onmiddellijk heeft gehandeld, het beroep op niet kenbaar gemaakte beslissende motieven wordt verboden. Evenmin als laatstgenoemde persoon deze kon kennen, was het den derde mogelijk om de niet in het papier opgenomen, doch wel tegenover den eersten crediteur

¹⁾ Voor zoover ze namelijk niet uit het papier blijken.

uitgesproken motieven te kennen. Wil het recht circulatie van order- en toonderpapier mogelijk maken, dan moet tegenover derden beroep op hetgeen zij niet konden weten, den debiteur worden afgesneden. Dit zal een verstandig man zeker wel inzien, maar daarom mag men nog niet zeggen: ieder, die order- of toonderpapier uitgeeft, wil tegenover derden afstand doen van de aan de causa ontleende exceptiën; en zeker blijft de bewering, dat hij de causa absoluut wil onderdrukken, ook tegenover den eersten crediteur van die verwerpingen wil afzien, volkomen ongegrond.

HOOFDSTUK I.

De Creatietheorie.

In de eerste plaats wenschen wij de zoogenaamde Creatietheorie tot voorwerp van ons onderzoek te maken. Deze is eene nauwkeurige bespreking ten volle waardig, vooreerst omdat ze in de wetenschap tal van aanhangers, waaronder mannen van grooten naam, heeft gevonden, doch niet minder omdat het zoo belangrijke «Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich» in zijne bepalingen omtrent toonderpapier de practische consequentiën dier theorie sanctionneert, terwijl de memorie van toelichting die artikelen uitdrukkelijk op haar baseert ¹⁾.

De geestelijke vader en nog steeds de voornaamste verdediger der Creatietheorie is de Leipziger Hoogleeraar Dr. J. E. KUNTZE. Het eerst heeft hij haar uiteengezet in zijn «Lehre von den Inhaberpapieren» (1857); nader

¹⁾ Zie Entwurf § 685 vlg.; Motive, Band II, pag. 694 vlg.

Het ontwerp werd in December 1887 voltooid; in 1888 is zoowel van den tekst, als van de „Motive” eene officieele editie verschenen (Berlin und Leipzig, Verlag von J. GUTENTAG.)

Ten onzent heeft Mr. A. A. DE PINTO over het ontwerp eene voordracht gehouden in de vergadering der Koninklijke Academie van Wetenschappen van 11 November 1889. Zie Versl. en Mededeel. der K. A. v. W., Afd. Letterkunde, 1889, Derde Reeks, Deel VI, derde stuk, en Rechtsgeleerd Magazijn, Dl. IX (1890), bl. 92 vlg.

heeft hij haar voor den wissel verdedigd in zijn «Deutsches Wechselrecht» (1862) en in verscheidene tijdschrift-artikelen ¹⁾, terwijl hij zijne geliefde theorie voor het laatst uitvoerig ontwikkeld en tegen de felle aanvallen harer belagers verdedigd heeft in de tweede afdeeling van Band IV van ENDEMANN'S Handbuch. Willen wij een goed beeld van de creatieeler ontwerpen en een billijk oordeel over haar uitspreken, dan moeten wij haar natuurlijk nemen, zooals de auteur haar het laatst, en dus in eigen oogen het best en duidelijkst, heeft gegeven. De uiteenzetting in ENDEMANN'S Handbuch wordt ons dus als van zelf ter behandeling aangewezen. Daar is de wissel aan de orde, maar al hetgeen wij zullen bespreken, geldt voor alle order- en toonderpapieren.

Vier hoofdbeginselen liggen volgens KUNTZE aan den wissel ten grondslag; hij noemt ze de 4 «Konstruktionsprinzipiën des Wechselrechts» en beschouwt als zoodanig:

- I. Die abstrakte Obligatio. Zie § 12, pag. 61—66.
- II. Die Skripturobligation. Zie § 13, pag. 66—70.
- III. Der einseitige Kurationsakt. Zie § 14 en 15, pag. 70—82.
- IV. Die obligatorische Zirkulation. Zie § 16, pag. 82—88.

Wat het eerste Konstruktionsprincipe ²⁾ betreft, daarmede maakten wij reeds in de Inleiding kennis. Wij zagen, dat in den zin, welken KUNTZE aan abstracte verbintenis hecht, dat begrip den toets der logica niet kan doorstaan. Hier moeten wij nog even de aandacht

¹⁾ Een aantal daarvan vindt men geciteerd in ENDEMANN'S Handbuch Bnd. IV, Abth. II, pag. 55, noot 21.

²⁾ Ik zie geen kans hiervoor één Hollandsch woord in de plaats te stellen. De beste vertaling is dunkt mij: beginsel, noodig tot de verklaring der omtrent order- en toonderpapier geldende rechtsregelen, van het wezen van order- en toonderpapier.

vestigen op het slot van § 12, waar KUNTZE het practisch nut (den Verkehrsnutzen) der abstracte verbintenis in het licht stelt:

«Sie erleichtert», zegt hij, «die Ablösung des Obligationsinhalts oder obligatorischen Vermögensstoffs von den Ursprungspersonen und Ueberleitung auf Dritte, weil ein von seiner Ursache abgelöster Stoff leichter übersehbar, für Jedermann ein kontrolir- und annehmbarer Werth ist. Die Abstraktheit führt so zur Negoziabilität». Eenige regels verder lezen wij: «wo der Geschäftswille der Beteiligten auf Schaffung negoziabler Werthe, negoziabler Obligationspapiere geht, hat die abstrakte Obligatio ihre eigentliche Aufgabe und ihren wichtigsten Beruf».

Al zegt de schrijver het niet met ronde woorden, toch, dunkt mij, blijkt uit deze volzinnen ten duideljkste, hoe wij over de beteekenis van het begrip abstracte obligatie hebben te denken: het is eigenlijk alleen opgebouwd ten behoeve der verklaring van order- en toonderpapier, zoodat, als wij daarvoor zijne diensten niet meer noodig hebben, wij er geen verdere aandacht aan behoeven te schenken. En dit is ons des te aangener, omdat, zooals wij in de Inleiding zagen, het geheele begrip iets ondenkbaars is.

Tot zijn tweede Konstruktionsprinzip, de «Skripturobligatio» komt KUNTZE door de volgende redeneering. De causa debendi kan als «Individualiseringsmerkmal» van de verbintenis dienst doen, doch haar hebben partijen nu wreedaardiglijk onderdrukt. Zij moeten dus wel om de obligatie te individualiseeren, van andere onderscheidbaar te maken, naar een ander «Merkmal» zoeken, en als zoodanig kan en moet de «Akt der Begründung» (scil. der Obligatio) dienst doen. Zij moeten dus eene «markirte, karakteristische Begründungsform» uitkiezen, en in onze

dagen dient daarvoor het schrift. De oorkonde krijgt nu bij de abstracte verbintenis eene buitengewoon groote beteekenis, wordt veel meer dan eene gewone bewijsakte. Meer fantastisch dan duidelijk drukt KUNTZE dit uit door te zeggen, dat de verbintenis met het papier «eine organische Verbindung eingeht. Er ¹⁾ hängt organisch und innerlich (begrifflich) mit dem Papier zusammen, entsteht nur in und mit diesem; das Papier ist also ein civilistisches Element des Wechsels und in erster Linie liegt sein Werth nicht darin Beweismittel im Prozess, sondern darin, Organ und Medium im Geschäft zu sein.» En eenige regels verder: «die Dispositivurkunde gehört zum Körper der Obligation, und ist folglich ein vitales Stück derselben.» Die innige verbinding van de obligatie met het papier krijgt nu van KUNTZE den weidschen naam van «Prinzip der Immanenz.»

Niet zonder grond meent KUNTZE, dat dit «Prinzip» nog wel eenigszins verduidelijkt mag worden; na eenige zeer geleerde beschouwingen, waarop wij bij onze critiek der theorie hoopen terug te komen, wint hij de door buitengewone helderheid uitmuntende conclusie, dat wij ons de zaak eenvoudig(!) aldus hebben voor te stellen:

«Der bindende Wille des Schuldners verknüpft den Willen, insoweit er gebunden, d. h. Objekt der Obligatio werden soll, mit dem Papier, so dass dasselbe Ausdruck und Träger des gebundenen Willens wird, diesen darstellt, objektivirt und versinnlicht.»

Uit het Immanenzprincipe leidt de schrijver nu weer af, dat de wissel enz. «Einlösungspapier» is, d. w. z. dat voldoening aan de verbintenis het karakter van inlossing van het papier heeft: de crediteur moet als hij betaling

¹⁾ Scil. der Wechsel (lees „die Wechselobligation“).

vraagt het papier teruggeven, de schuldenaar behoeft alleen tegen overgifte van het papier te praesteeren.

De paragraaf over «Skripturobligation» wordt alweer besloten met een juichkreet over deze nieuwe «bedeutende Errungenschaft für den Verkehr.» Met de abstracte verbintenis waren wij al een heel eind, maar nu zijn wij eerst goed op weg! Het object der verbintenis, van nature onstoffelijk, onlichamelijk, is nu tot eene zinnelijk waarneembare, roerende zaak geworden; waarlijk «eine Obligatio mit solchen Verkehrsschwingen ist eine der höchsten Kulturschöpfungen!» . . . «Im Ordre- und Inhaberpapier ist sie zur Thatsache geworden.» Daar zijn wij weer, waar wij wezen moesten, daar blijkt ook de Skripturobligation eenvoudig een hulpmiddel, uitgedacht tot de verklaring van order- en toonderverbintenissen, te zijn. Of dit begrip eenige innerlijke waarde heeft, dan wel of het te dezen aanzien met KUNTZE's abstracte verbintenis moet gelijkgesteld worden, zullen wij later onderzoeken.

Nu komt KUNTZE's geliefkoosde «einseitige Kurationsakt», het derde Konstruktions-prinzip, aan de beurt.

KUNTZE stelt zich de vraag: is de «Akt der Begründung» of «Obligationsakt», waarvan wij nu reeds weten, dat het papier er zulk eene bijzonder gewichtige rol bij speelt, eene tweezijdige of eene eenzijdige rechtshandeling? Hij meent die vraag in laatstgemelden zin te moeten beantwoorden.

In de eerste plaats toch, zoo doet hij ons opmerken, schrijft de schuldenaar — en op dat schrijven, het objectiveeren van den schuldenaarswil, komt het immers aan! — dat hij tegen het papier, aan toonder van het papier, enz. zal betalen. Wat geeft ons nu het recht om tegen de duidelijke bewoordingen der verklaring in, zijn wil beperkend te interpreteeren en te lezen, alsof hij geschre-

ven had: «mits ik het papier zelf uit mijn handen heb gegeven»? Ook vordert de eenheid van beginselen, dat de schriftuur, die over den inhoud der schuld beslist, eveneens over haar bestaan beslisse.

Bovendien, zoo zegt KUNTZE, niet alleen heeft de onderteekenaar verklaard zonder meer te willen betalen, hij wil het ook inderdaad. Dit moeten wij wel aannemen, «weil er es vernünftiger Weise wollen musz, wenn er ein negoziabiles Papier schaffen will».

Uit een en ander komt KUNTZE nu tot de conclusie, dat de «Begründungsakt der Obligation» eene eenzijdige rechtshandeling is, gelegen in de creatie van het papier, hetwelk hij als eene schriftelijke belofte beschouwt. Terwijl in het algemeen slechts de aangenomen belofte verbintenissen voortbrengt, zien wij dus in dit geval de nog niet geaccepteerde belofte met zoodanig gevolg optreden. Consequent voortgaande moet KUNTZE erkennen, dat reeds in de hand des onderteekenaars het papier eene verbintenis representeert. Nu doet zich echter de gansch niet ongerijmde bedenking op, dat een schuldeischer toch nog altijd tot de essentialia eener verbintenis behoort, terwijl men moeilijk zijn eigen schuldeischer kan zijn. Maar KUNTZE laat zich niet zoo spoedig uit het veld slaan. Zoo lang het papier nog in de handen van den onderteekenaar blijft, is de verbintenis nog maar voorbereid, geconcipieerd, «ein werdendes Nomen»; maar ze is perfect, zoodra, hoe dan ook, tegenover den schuldenaar een schuldeischer komt te staan, zoodra dus de wissel op eenigerlei wijze in handen van den nemer geraakt, zoodra het toonderpapier in handen van iemand anders dan de onderteekenaar komt. De «einseitige Nehmungsakt» doet de verbintenis in het leven treden, «wirksam werden». Zoo komen wij tot de heerlijke gevolgtrekking, dat ook de dief schuld-

eischer wordt, want ook met zijne bezitsverkrijging zijn de «Existenz-Bedingungen der Obligation» voltooid. Dit echter vindt KUNTZE toch al te kras; daarom zegt hij: «das Recht musz sich hier corrigiren», wij zullen den schuldenaar dus tegenover den dief, roover enz. wapenen met eene *condictio sine causa*, *condictio furtiva*, *vindicatio*, *actio quod metus causa*, *actio en exceptio doli* — keuze in overvloed!

Geen geringe voordeelen biedt volgens KUNTZE zijne creatieleer aan. Hij noemt haar «die einfachste, consequenteste, einheitlichste, eleganteste, korrekteste, praktikabelste, vernünftigste und billigste». En dan worden er lieden gevonden, die zelfs met zulk eene prachtheorie nog niet tevreden zijn!

Ter illustratie van het verkeersnut zijner creatieleer noemt KUNTZE eenige uit haar voortvloeiende beslissingen van *casusposities*, welke de contractstheorie (waarover later) niet kan geven, wil zij haar beginselen niet ontrouw worden. B.v. na de onderteekening doch vóór de afzending van den wissel sterft de onderteekenaar: nu zijn zijne erfgenamen volgens de creatietheorie wel degelijk verbonden, volgens de contractstheorie is dit onmogelijk. In het algemeen, als de wissel maar onderteekend is, hoe hij dan ook in omloop komt, steeds zal de onderteekenaar of zijne erfgenamen verbonden zijn tegenover iederen «wechselfässig legitimirten *redlichen* ¹⁾ Inhaber des Papières». Is daarentegen bij vergissing of wel joci vel *demonstrandi causa* een wissel onderteekend, dan is er geene wilsverklaring, en dan kunnen wij dus volgens de creatietheorie den houder nimmer recht geven. Deze consequentie erkent KUNTZE, doch tegelijk ziet hij in,

¹⁾ Vanwaar eensklaps deze beperking?

dat dit tegenover een bona fide houder toch te hard is, dat het recht dezen te hulp moet komen, liefst door aan het papier «Obligirungskraft» toe te kennen, door dus den onderteekenaar het beroep op de vergissing enz. te verbieden.

Wij zijn nu ten slotte genaderd tot het vierde Konstruktionsprinzip: «Die obligatorische Zirkulation» ¹⁾. Hoe moet de overgang der rechten, uit order- en toonderpapier voortspuitende, worden opgevat? is hier de vraag. Cessie kan niet gebruikt worden, omdat dan de exceptiën ex persona prioris creditoris zouden behouden blijven, en de vrije circulatie van het papier dus eene illusie zou zijn. Novatie keurt KUNTZE thans, en terecht, evenzeer af; doch in zijn «Inhaberpapiere» was hij van dit constructiemiddel een vurig voorstander. Sedert echter is de geleerde schrijver tot de overtuiging gekomen, dat men hier het begrip van successio singularis voor het obligatierecht gebruiken, en dit dus met een nieuwen «Bewegungsmodus» toerusten moet. De Romeinsche rechtsbeschouwing laat volgens KUNTZE dit begrip niet toe, omdat in die beschouwing de crediteur essentieel, «primär mitwirkend bei der Schaffung der Obligatio» is, de verbintenis «durch den fundirenden Doppelwillen» gedragen wordt; maar in het kader der Germaansche rechtsbeschouwing past de obligatorische successio singularis volkomen. Daar staat de schuldenaar bij de vestiging der verbintenis op den voorgrond: hij laat zich niet verplichten, hij verplicht zich zelve. Hij kan dus het object der obligatie zoo maken, dat het vatbaar wordt om achter-

1) Hoewel deze kwestie met de door mij behandelde vragen geen onmiddellijk verband houdt, zullen wij toch, ten einde een volledig overzicht van KUNTZE's wisseltheorie te verkrijgen, ook aan zijn vierde Konstruktionsprinzip een plaatsje inruimen.

eenvolgens voorwerp van successieve verbintenissen te zijn. Dat zien wij gebeuren bij order- en toonderpapier.

Nu zijn wij, waar wij wezen moeten: ieder houder van het papier is zelf crediteur, exceptiën, aan den persoon van zijne voormannen ontleend, gaan hem niet aan. Het nadeel van novatie: ondergang van accessoria der vordering b. v. borgtocht, wordt hier gelukkig vermeden, want ook in die accessoire obligatiën vindt *successio singularis* plaats.

Gaat het papier verloren, zoodat tijdelijk niemand het in zijn bezit heeft, «so schwebt einstweilen das Recht, Niemand ist Gläubiger, Niemand Schuldner, aber das schwebende Forderungsrecht kann sich jeden Augenblick niederlassen auf den Designirten, ihn zum Gläubiger und dadurch die Indossanten u. s. w. zu Schuldnern machen». Die «Schwebezustand» wordt, om ons *nog* duidelijker gemaakt te worden, vergeleken met den «embryonalen Vorbereitungs Zustand der beabsichtigten Obligatio, so lange das fertige Papier noch im Portefeuille des Autors ruht», alzoo met het «werdende Nomen», waarmede wij reeds het genoeg hadden kennis te maken.

KUNTZE meent, dat eene dergelijke tijdelijke schorsing van den omloop het begrip van *successio* niet in den weg staat, maar indien men daaraan bezwaren mocht ontleenen, wil hij ook wel «*successive Originärbildung*» van het vorderingsrecht van iederen houder aannemen, telkens weer gegrond op de ook aan hem gedane belofte van den ondertekenaar. Alleen vindt KUNTZE het jammer, dat zodoende «jede Kontinuität verneint wird», doch een reëel verschil tusschen beide opvattingen bestaat zijns inziens niet.

Hiermede is zoo kort als mogelijk was zonder in al te

grootte onvolledigheid te vervallen een overzicht van KUNTZE's theorie gegeven; zien wij thans in hoeverre zij op den naam van juistheid kan aanspraak maken.

In de eerste plaats dienen wij het «Immanenzprincipe» aan critiek te onderwerpen. Wij zagen (blz. 15), dat wij ons dit aldus moeten voorstellen: de bindende wil des schuldenaars hecht (verknüpft) den wil, voorzover hij gebonden d. i. voorwerp der verbintenis zal worden, aan het papier vast, zoodat dit uitdrukking en drager van den gebonden wil wordt, dezen vertegenwoordigt, objecteert en zinnelijk waarneembaar maakt.

Hieruit blijkt, dat KUNTZE als object der verbintenis niet de eene of andere praestatie, maar den daarop gericht wil des schuldenaars, een «Partialwillen» van den zich verbindenden schuldenaar, beschouwt. Die «Partialwille» is object der verbintenis, wordt door de rechtshandeling gebonden.

Deze beschouwing nu is m. i. te eenenmale onjuist. Indien werkelijk de wil — hetzij dan Total- of Partialwille — gebonden werd, dan zou hij niet kunnen veranderen, dan zou iedere verbintenis dus per se nagekomen worden — en een enkele blik in het leven is voldoende om aan te toonen, dat dit niet het geval is, dat niet-nakoming van verbintenissen maar al te dikwijls plaats grijpt. Neen, niet een deel van des schuldenaars wil wordt gebonden, maar de schuldenaar zelf, zijn gansche persoon, wordt verplicht. En niet de schuldenaar is het, die zich verbindt, die zelf bron zijner verplichting is, maar het recht verbindt hem door onder zekere voorwaarden uit beloften obligatiën te laten voortvloeien. Het recht spreekt tot hem: «gij zult volbrengen wat gij beloofd hebt, ook al verandert uw wil in dit opzicht»; en volbrengt hij het niet, dan zorgt het recht, dat de gevolgen zijner

niet-nakoming voor den schuldeischer zooveel mogelijk uit den weg worden geruimd. Dit doet het recht, en is het ook bij machte te doen; maar den wil, hetzij totaal of partieel, te binden, dat is voor den privaatspersoon en voor het recht beide onmogelijk.

Nog veel minder dan gebonden kan de wil aan een papier «verknüpft», daarin «loziert oder lokalisiert» worden, daarmede «eine Verbindung eingehen», daarin «verkörpert» worden, of welke hoogdravende woorden men meer wil zoeken om dit ondenkbaar begrip aan te duiden ¹⁾. Wat men ook redeneere, hoe men de zaak ook wende en keere, de wil is en blijft iets geheel interns, iets, dat nimmer buiten den geest van den willende kan treden en dus nimmer met een stuk papier «verknüpft» kan worden enz. Dat gansche diepzinnige proces van «Verknüpfung des gebundenen Partialwillens» door den bindenden «Gesamtwillen» met een stuk papier, is dus iets absoluut ondenkbaars. Het zijn fraai en geleerd klinkende woorden, maar juiste begrippen zoekt men daarachter te vergeefs.

Wij moeten dus KUNTZE's begrip van Skripturobligation ter zijde stellen. Dit neemt intusschen volstrekt niet weg, dat er papieren bestaan, die voor eene zekere verbintenis van buitengewoon belang zijn, in zooverre, dat het crediteurschap afhangt van eenige betrekking — dententie, bezit of eigendom, dat zij hier in het midden gelaten — tot het papier. Naderhand zullen wij gelegenheid hebben, hierop terug te komen.

Thans moeten wij onze aandacht wijden aan het hoofdmoment van KUNTZE's uiteenzetting, aan het creatiedogma,

¹⁾ Vergelijk de uitnemende bestrijding van KUNTZE op dit punt door H. O. LEHMANN, Lehrbuch des Deutschen Wechselrechts. Stuttgart, 1886, pag. 168 vlg.

de leer, dat het schrijven en onderteekenen van het papier de «Obligirungsakt» is, dat door die eenzijdige wilsverklaring de onderteekenaar reeds gebonden is, al wordt, gelijk wij zagen, de verbintenis pas perfect na het verrichten van een eenzijdigen «Nehmungsakt» door een derde.

Op zich zelf beschouwd is het geenszins ondenkbaar, dat het recht aan het teekenen van een zeker papier eene verbintenis vastknoopt. Maar niet dit is KUNTZE's bewering. Hij zegt, dat het teekenen van den wissel eene belofte is, en dat hier die belofte, ook al is zij nog niet aangenomen, verbintenisscheppende kracht heeft, overeenkomstig Germaansche rechtsbeginselen. Dit is de kern der creatietheorie, en tevens naar de bescheiden meening van schrijver dezes haar hoofdfout, dat in het schrijven en onderteekenen van het papier eene onvoorwaardelijke betalingsbelofte wordt gezien. Een oogenblik nadenkens, een enkele blik in de werkelijkheid, overtuigt ons van het onjuiste dezer zienswijze. Immers, hij, die een order of toonderpapier teekent, wil niet zonder meer aan den daarin als gerechtigd genoemden persoon verbonden zijn, hij wil dat slechts onder de mits, dat hij zelf het papier in omloop brenge. Of die wil door het recht moet geëerbiedigd worden, is eene andere kwestie, maar zijn bestaan kan niet ontkend worden. Wij kunnen de vervaardiging en onderteekening van het papier niet beter kenschetsen dan door ze te omschrijven als schepping eener zaak, wier bestaan een der essentialia van eene mogelijkerwijze later ontstaande verbintenis vormt; of, gelijk GIERKE ¹⁾ en, op diens voetspoor, CARLIN ²⁾ het uitdrukken: «Schaffung einer besonders qualifizirten und zum Substrat eines Rechtsverhältnisses geeigneten Sache».

¹⁾ Zie Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, XXIX, pag. 257.

²⁾ Zie Zft. f. d. g. Hr., XXXVI, pag. 17.

Gaan wij de argumenten na, waarmede KUNTZE zijne, reeds door eenvoudige waarneming der feiten gelogenstrafte theorie steunt. In het kort noemde ik ze reeds op blz. 16 en 17.

Zijn eerste argument kunnen wij als volgt weergeven: object der verbintenis is de aan het papier gebonden partiaalwil van den onderteekenaar, buiten die neergeschreven solemneele woorden gaat niets ons aan, zoo dikwijls de schuldenaar en zijn wil ter sprake komen. Welnu, hij heeft verklaard (geschreven) tegen het papier te zullen betalen, zonder meer; wat geeft ons het recht daarin te lezen, dat hij slechts onder zeker voorbehoud, b.v. mits hij het papier zelf in circulatie gebracht heeft, wil betalen? Dit argument is eigenlijk met de terzijdestelling van de «Skripturobligation» vervallen. Bovendien zouden wij tot KUNTZE de vraag moeten richten: «Hoe verklaart gij dan wel de garantieverplichting van trekker en endossanten»? Hun geschreven verklaring bevat daarvan geen woord, en toch worden ook zij volgens KUNTZE uit eenzijdige belofte verbonden!

Als tweede argument bezigt KUNTZE de eenheid van beginselen: als de schriftuur over den inhoud der verbintenis beslist, moet zij dat ook doen over haar bestaan. De waarde van dit argument op zich zelf nog daargelaten, vervalt het in elk geval ook al weer met de «Skripturobligation».

En nu het derde argument. Niet alleen, zegt KUNTZE, bevat het papier eene verklaring, dat de onderteekenaar zonder meer verbonden wil zijn, maar dit is ook inderdaad zijn werkelijke wil. Immers, «vernünftiger Weise» moet hij dit willen, indien het scheppen van een verhandelbaar papier in zijne bedoeling ligt. Twee dingen, die men wel behoort te onderscheiden, worden hier geheel verward.

Wanneer wij nadenken over den aard van order- en toonderpapier, over de rechtsregelen, die voor zulk papier noodzakelijk of gewenscht zijn, dan zullen wij zeer zeker tot de conclusie komen, dat tegenover bona fide derden zooveel mogelijk de inhoud van het papier beslissend, maatgevend behoort te zijn, zoowel ten aanzien van het bestaan als van den omvang der verbintenis; dit is inderdaad noodzakelijk voor de onbelemmerde circulatie van order- en toonderpapier, een gebiedende verkeerseisch, en wij moeten dus stellig zeggen, dat het recht voorschriften in dien zin behoort te geven. Maar daarom zijn wij nog niet gerechtigd tot de bewering, dat ieder, die een order- of toonderpapier teekent, ook *wil*, dat de bona fide — volgens KUNTZE zelfs de mala fide — derde houder van het papier, al is het hem (den onderteekenaar) ontstolen, hem zal kunnen aanspreken!

Eene dergelijke bewering is volkomen in strijd met de feiten; en wil men de bedoelde rechtsregelen baseeren op den wil des onderteekenaars, dan veroordeelt men ze onherroepelijk ter dood. Hoogstens kunnen wij zeggen: als een verstandig man, die zijn eigen belang bij dat van het maatschappelijk verkeer weet achter te stellen, alles goed overweegt, dan zal die man wel tot het inzicht komen, dat hij zich de verplichting om, indien het papier hem ontstolen wordt, aan eerlijke derde houders te betalen, moet laten welgevalen; maar geheel iets anders en volkomen onjuist is de bewering, dat ieder onderteekenaar van order- of toonderpapier dit per se wil, zoodat die wil rechtsgrond van een rechtsregel zou kunnen worden. En bovendien, nimmer zal zoodanig onderteekenaar, hoe «vernünftig» ook, inzien, waarom hij aan een mala fide derden houder moet betalen, waarom het recht dien te zijnen koste in bescherming zou nemen!

Hiermede meen ik van de door KUNTZE aangevoerde theoretische argumenten voor het creatiedenkbeeld te kunnen afstappen, om over te gaan tot eene beschouwing van enkele practische consequentiën zijner leer. Daaronder nemen eene eerste plaats in de stellingen, dat iedere «Nehmungsakt», hoe en door wien ook verricht, eenen crediteur schept; en dat ieder houder van het papier, al (orderpapier) of niet (toonderpapier) gelegitimeerd door eene aaneensluitende endossementenreeks, schuldeischer is. Zoowel het een als het ander toch vloeit via recta voort uit den inhoud van het papier, uit den geobjectiveerden schuldenaarswil, waarop alles aankomt.

Derhalve is ook de nemer, die den wissel gestolen heeft, ieder, die een toonderpapier op de meest oneerlijke wijze verkrijgt, hetzij van den onderteekenaar of van een lateren houder, crediteur uit het papier! KUNTZE schroomt niet om deze met het meest primitieve rechtsgevoel strijdige gevolgtrekkingen in beginsel te erkennen, waartoe zijne theorie hem dan ook met ijzeren hand dwingt. Maar, wij zagen het reeds, «das Recht musz sich hier corrigiren», en daarom is KUNTZE wel zoo goed den bestolen onderteekenaar tegen den dief eene exceptio doli te geven.

Twee opmerkingen moeten ons hier van het hart. Vooreerst: het verleenen van de exceptie is nog maar half werk, hiermede heeft het recht zich nog lang niet voldoende «corrigirt». Stel, dat eene toonderpromesse aan een houder is ontstolen, en de dief komt bij den uitgever, die weet, dat hij een dief voor zich heeft. Dan zal de uitgever den dief moeten betalen, en door betaling aan hem van zijne verbintenis bevrijd zijn, want die dief was zijn schuldeischer. In dit geval toch kan geene exceptie gegeven worden: het zou altijd eene exceptio de jure tertii zijn. Hoe ongelooflijk het klinke, in § 687 van het «Ent-

wurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich» vinden wij deze schandelijke consequentie der creatieeler uitdrukkelijk gesanctioneerd. Wij lezen daar: «Der Aussteller der Schuldverschreibung (auf Inhaber) darf dem Inhaber derselben die Leistung nicht deshalb verweigern, weil dieser die Schuldverschreibung in unredlicher Weise erworben hat, unbeschadet der Vorschrift des § 689» ¹⁾. In de «Motive» wordt deze paragraaf alleen verdedigd door een beroep op het theoretisch gewonnen beginsel, dat de houder als zoodanig crediteur is, dus door een beroep op de creatietheorie. Ik geloof, dat deze consequentie alleen die theorie reeds doet vallen. Wel kan het maatschappelijk verkeer en de billijkheid eischen, dat den onderteekenaar het recht gegeven worde om den houder als crediteur te beschouwen, als gelegitimeerd tot ontvangst der som, zoodat betaling, te goeder trouw aan den houder gedaan, hem onherroepelijk bevrijdt; maar nooit, dat ook betaling, mala fide aan een oneerlijken houder gedaan, hem bevrijde, en hij verplicht zij aan dezen te betalen.

De tweede opmerking, die gemaakt moet worden, is deze, dat het palliatief, door KUNTZE te baat genomen om de «leidige Consequenz» van zijn dogma weg te nemen, wanneer de bestolen onderteekenaar staat tegenover zijn eigen dief, in KUNTZE'S systeem niet mag toegelaten worden. Hij zegt wel ²⁾: de wil des onderteekenaars om het papier nog eenigen tijd onder zich te houden, hoewel «gestaltlos» en niet «rechtsgeschäftlich ausgedrückt», kan toch bij de

1) Deze § 689 zegt, dat exceptiën, ontleend aan de ongeldigheid der vervaardiging, den inhoud van het papier, of de persoonlijke rechtsverhouding tusschen uitgever en houder, toegelaten zijn, en doet voor ons geval dus niets af.

2) Zie pag. 74 l. e.

tegenpartij mala fides, dolus generalis te voorschijn roepen, en dat is bij den dief het geval; maar hier komt de geleerde schrijver met zich zelf in tegenspraak. Eene bladzijde vroeger toch heeft hij gezegd: «de uitgever heeft verklaard te willen (en wil inderdaad) zonder meer verbonden zijn; wat geeft ons het recht eenige beperking, welke ook, in die wilsverklaring in te voegen?» — Welnu, wij herhalen hier die vraag. Waarom zouden wij hier eene beperking mogen aannemen? — Kwade trouw is daarom bij den dief niet aanwezig, hij heeft eenvoudig gebruik gemaakt van eene wilsverklaring: van eene belofte, die ook aan hem gedaan is ¹⁾! Wilde KUNTZE dus consequent zijn, dan zou hij den regel: de houder als zoodanig is schuldeischer, ook in al zijne algemeenheid moeten laten gelden; hij mag krachtens zijn eigen systeem den onderteekenaar nimmer beroep op den diefstal toestaan, hij mag het recht zich zelf niet laten corrigeeren

Van de verdere consequenties zullen wij alleen deze nog aanstippen, dat volgens de creatietheorie de uitgever van een wissel, joci vel demonstrandi causa opgemaakt of bij vergissing onderteekend, niet verbonden wordt. Hij heeft immers geene wilsverklaring afgegeven, «denn was gewollt war, ist nicht erklärt, und was erklärt worden ist, ward nicht gewollt» ²⁾. Zagen wij boven, dat KUNTZE's theorie houders in bescherming neemt, die er geen de minste aanspraak op hebben, hier vervalt zij in de tegenovergestelde fout. Ongetwijfeld toch moeten bona fide derde verkrijgers van de hier bedoelde stukken overeen-

¹⁾ Of alleen aan hem, naarmate er sprake is van toonderpapier of van orderpapier.

²⁾ Zie pag. 80 l. e.

komstig den inhoud daarvan gerechtigd worden. Op pag. 18 en 19 bleek ons, dat KUNTZE zelf dit inziet; maar alweder verbiedt zijn beginsel hem deze concessie aan de verkeerseischen, door de laatste in te willigen verzaakt hij het eerste.

In zijne practische gevolgtrekkingen is KUNTZE dus niet bijzonder gelukkig!

Wij mogen ook niet nalaten er op te wijzen, dat KUNTZE's theorie haren naam eigenlijk niet verdient. Het is geene creatietheorie. De creatie, het schrijven en onderteekenen van het stuk doet de verbintenis wel ontstaan, maar opdat zij werkzaam zijn, bestaan kunne, moet bovendien een eenzijdige «Nehmungsakt» door den nemer of door een willekeurigen derde plaats hebben. Vóór dien tijd is er een «werdendes, konzipirtes Nomen». Dit nu is een onding. Men kan verbonden zijn of niet verbonden zijn, tertium non datur. De vergelijking met den partus conceptus sed nondum editus bewijst of verduidelijkt niets; de aard van den partus, een rechtssubject, verschilt dan ook nogal eenigszins van dien eener verbintenis! Ergo, vóór den «Nehmungsakt» is er geen verbintenis; deze ontstaat door de neming, waarin men zeer wel aanneming der belofte kan zien, — en zoo neemt dus de creatietheorie als verbintenisscheppend feit eigenlijk ^{aan} een contract, waarbij alleen dit eigenaardige valt op te merken, dat eene belofte gezien wordt in eene handeling, die dit niet, althans zeker niet in den door KUNTZE bedoelden zin is, namelijk in het onderteekenen van het papier. Consequente doorvoering van het creatiebeginsel, d. i. van het verbonden zijn uit de onderteekening, zou wezen, dat aan den nemer bij orderpapier, en aan quivis ex populo bij toonderpapier eene actie tot uitlevering van het papier werd toegekend, zooals GOLD-

SCHMIDT terecht opmerkt ¹⁾. Dat KUNTZE deze consequentie niet aanvaard heeft is nog al begrijpelijk; doch daardoor maakt hij zijne theorie haren naam onwaardig.

Na het boven gezegde geloof ik mij niet aan het ongemotiveerd vellen van een scherp oordeel schuldig te maken, wanneer ik de creatieleer noem: volkomen onjuist uit wetenschappelijk oogpunt, en hoogst noodlottig in hare practische gevolgtrekkingen.

Ons rest ten aanzien van KUNTZE's wisseltheorie nog slechts de beoordeeling zijner denkbeelden omtrent het vierde punt, de «obligatorische Zirkulation». Hieromtrent echter zullen wij kort zijn. Volkomen stemmen wij KUNTZE toe, dat van cessie noch van novatie hier sprake kan wezen. Successio singularis kunnen wij echter in KUNTZE's stelsel ook niet aannemen. Volgens hem toch is de houder schuldeischer; is er dus geen houder, dan is er ook geen schuldeischer en geene verbintenis. Derhalve, als het papier tijdelijk zoek geraakt is, is ook de verbintenis tijdelijk opgeheven, heeft het papier weer een houder, dan ontstaat zij opnieuw. Bij eene dergelijke beschouwing nu kunnen wij moeilijk meer van successie blijven spreken. Wel beweert KUNTZE, gelijk wij zagen, dat, zoolang het papier verloren is, er eene «schwebende Obligatio» bestaat, waardoor het volkomen doorbreken der keten wordt verhinderd, maar hierin kunnen wij met den geachten schrijver niet meegaan. Hij zelf vergelijkt dien «Schwebezustand» met den «embryonalen Vorbereitungszustand», waarin de verbintenis verkeert, zoolang het papier nog in handen van den onderteekenaar is; en wij hebben dan ook tegen beide vreemdsoortige toestan-

¹⁾ Zie zijn artikel „Die Kreationstheorie und der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches” in Zft. f. d. ges. Hr., XXXVI, pag. 139.

den volkomen dezelfde bezwaren. Eene «schwebende Obligatio» is geen verbintenis, evenmin als eene «werdende Obligatio».

Beschouwt men daarentegen den eigenaar van het papier als crediteur, dan valt genoemd bezwaar tegen successio weg, en kan men zeer goed zeggen, dat krachtens wetsvoorschrift de nieuwe papiereigenaar succedeert in het recht — niet steeds van zijn voorman, want deze kan als mala fide verkrijger zeer wel geen recht gehad hebben — maar van den vorigen papiereigenaar. Dit punt zullen wij hier echter niet verder uitwerken.

Niet alleen in de Duitsche rechtswetenschap heeft de creatietheorie tal van aanhangers gevonden ¹⁾, maar ook ten onzent wordt zij met eene kleine wijziging krachtig verdedigd door niemand minder dan Mr J. G. KIST. In zijn «Handelsverbintenissen uit schrift» ²⁾ begint deze geachte geleerde met de verdeeling der verbintenissen in materieele en formeele, of speciale en generale, te behandelen ³⁾. Criterium is ook bij hem de bedoeling van partijen om de verbintenis, het rechtsgevolg der handeling al of niet afhankelijk te stellen van de speciale causa debendi (praestatie der tegenpartij). Al wat wij dus in de Inleiding tegen de formeele verbintenis van KUNTZE meenden te moeten in het midden brengen, is ook hier van kracht.

Na de onderdrukking der causa ziet, evenals KUNTZE, Mr KIST zich in de noodzakelijkheid gebracht om den

¹⁾ Eene opsomming van hen is te vinden bij KUNTZE in ENDEMANN'S Handbuch, I. c., pag. 58.

²⁾ Beginselen van Handelsregt volgens de Nederlandsche Wet. Tweede Deel, Handelsverbintenissen uit schrift. Tweede Druk, 1874.

³⁾ Zie blz. 4 vlg., o. c.

nadruk te leggen op de uitwendige handeling, welke de verbintenis voortbrengt, en als zoodanig beschouwt hij het schrift, de schriftelijke betalingsbelofte. Ook Mr. KIST maakt zich dus aan de principieele fout schuldig van in het ondertekenen van een order- of toonderpapier, zelfs in het teekenen van den wissel door trekker en endossanten, eene belofte te zien; weder kunnen wij hier volstaan met eene verwijzing naar hetgeen wij te dien opzichte tegen KUNTZE's theorie hebben aangevoerd. Aangenaam is het mij echter er op te kunnen wijzen, dat Mr KIST onbewust aan de juistheid dezer premisse wel eens schijnt getwijfeld te hebben; dit althans is de eenige weg, waarlangs de verklaring van zonderlinge tegenstrijdigheden, als wij op pag. 3 lezen, mogelijk is. Wij vinden daar het volgende geschreven: «Dáár (d. i. bij verbintenissen uit handelspapier) is de belofte des verbondenen, in zekeren vorm gegeven, de grond der verbintenis», en geen 10 regels verder: «Die vorm is dan de eigenlijke grond der verbintenis. Tot legitimatie zijner vordering behoeft de schuldeischer ¹⁾ niets te bewijzen, dan dat de handeling heeft plaats gehad, waaraan het handelsgebruik de verbindende kracht heeft toegekend». Waar is in het tweede citaat de belofte, de wilsverklaring, als grond der verbintenis gebleven?

Wij moeten hier het protest herhalen, dat reeds door Mr D'ABLAING in zijne dissertatie ²⁾ tegen de ongeoorloofde uitrekking van het vormbegrip ³⁾, waaraan Mr KIST zich hier schuldig maakt, is ingebracht. De beteekenis, die

¹⁾ Voor „schuldeischer” staat bij Mr KIST „schuldenaar”; dit is natuurlijk eene drukfout.

²⁾ W. M. D'ABLAING De zoogenoemde Schuldvernieuwing door wissels. Leiden, 1877. Zie pag. 102 vlg.

³⁾ Ook in Duitschland worden door vele schrijvers, bovenal door LIEBE, met den „vorm” sterke stukken verricht.

de vorm in rechte bij wilsverklaringen kan hebben, is bloot negatief: hij kan nooit rechtswerkingen in het leven roepen, wel kan het verzuimen van vormvoorschriften rechtswerkingen tegenhouden. Hebben wij daarentegen te doen met handelingen, die op zich zelve, en niet als uiting van den wensch om een bepaald rechtsgevolg in het leven te roepen, rechtswerkingen ten gevolge hebben, dan is het ongeoorloofd die handelingen «vorm» te noemen, zij zijn dan wel degelijk zelve «inhoud». Wij kunnen het niet korter en scherper uitdrukken, dan door met D'ABLAING te zeggen: de vorm is *conditio sine qua non*, doch nimmer *materia ex qua* ten aanzien van het voortbrengen van rechtsgevolgen. Zien wij dus, dat eene wilsverklaring geene rechtswerkingen voortbrengt, tenzij zekere handelingen geschieden ¹⁾, dan zijn die handelingen de vormen, welke in acht genomen moeten worden. Maar zien wij, dat eene handeling rechtsgevolgen heeft, ook al worden die door den handelende geenszins gewild, dan mogen wij niet meer van «vorm» spreken — waarvan toch de vorm? — maar dan is die handeling een zelfstandig feit, waaraan het recht rechtsgevolgen, in casu verbintenissen, vastknoopt.

Uit het bovenstaande blijkt ten duidelijkste, dat in het tweede citaat uit Mr KIST's werk het woord «vorm» in den verkeerden zin gebezigd wordt: de geachte schrijver bedoelt immers blijkbaar daarmede een feit, dat, zonder meer, eene verbintenis schept. Maar even duidelijk is het, dat er tusschen de hier geuite meening, dat een bloot feit de verbintenis in het leven roept, en het uitgangspunt van Mr KIST, dat de belofte, mits in schriftelijken vorm gegeven, haar grond is, flagrante strijd bestaat.

¹⁾ Aldus in het Romeinsche recht bij de *stipulatio*.

Dit hinken op twee gedachten, aangetroffen bij een van onze eerste juristen, die onbewuste hulde, aan de onomstootelijke waarheid, dat het teekenen van een order- of toonderpapier geen onvoorwaardelijke betalingsbelofte is, gebracht door den volgeling der creatieleer, welke juist berust op eene grondstelling, die genoemde waarheid te eenenmale miskent, — zij kunnen mij slechts versterken in mijne overtuiging, dat de creatietheorie volkomen verwerpelijk is.

HOOFDSTUK II.

De Contractstheorieën.

Moeten wij, nu het volgen van KUNTZE langs de «neue, signallose Bahn» ¹⁾, die hem tot zijne creatieeler gevoerd heeft, ons onmogelijk is, ons ten aanzien van order- en toonderpapier blijven bewegen «auf altem, gewohntem Boden», de daaruit voortvloeiende verbintenissen als contractueele obligaties opvatten?

Langen tijd heeft deze opvatting gegolden, en dit is volkomen begrijpelijk. Toen het order- en toonderpapier pas optrad, en weldra eene hooge vlucht nam, eene verkeersmacht werd, waren de rechtsgeleerden er eigenlijk zeer mede verlegen. Enkelen ontzegden het alle juridische beteekenis, omdat het in het bestaande Romeinsche rechtstelsel niet voorkwam, maar weldra zag men in, dat dit toch niet ging, en dat, coûte que coûte, dit instituut in het rechtssysteem onder dak moest worden gebracht. De Romeinsche rechtsleeraars kenden order- en toonderpapier in de verste verte niet, zij hadden niet de minste notie van verbintenissen uit dergelijke papieren voortvloeiende.

¹⁾ Als een tocht langs „neue, signallose Bahn” kenschetst KUNTZE zelf zijne en anderer pogingen om zonder de hulp van het contractsbegrip de verbintenissen uit order- en toonderpapier te verklaren.

Wilde men dezen nu toch in hun stelsel eene plaats bezorgen, dan lag het zeer voor de hand, ja, dan was de eenige mogelijke oplossing der kwestie, dat men het contract, de groote bron van verbintenissen, te hulp riep: alleen langs dien weg konden de nieuwe verbintenissen in het Romeinsche rechtssysteem binnengesmokkeld, met Romeinsche rechtsbegrippen verklaard worden. En zoo toog men aan het werk. Een groot aantal rechtsgeleerden gebruikten al hun scherpzinnigheid en vernuft om overal, waar volgens de opvatting van het verkeer uit order- en toonderpapier eene verbintenis moest ontstaan, een contract als basis, als bron daarvoor op te sporen; op alle wijzen werd daartoe het contractsbegrip verwrongen, en zelfs zóó kon men nog niet in alle gevallen, waar het verkeer dit wenschte, eene verbintenis erkennen. Dan zag men zich derhalve genoodzaakt een «non possumus» uit te spreken, en tegen de opvatting van het verkeer in, het bestaan van verbintenissen te loochenen.

Oorspronkelijk meende men, dat het contract aan de teekening van den wissel enz. voorafging, en beschouwde dezen eenvoudig als het bewijs der gesloten overeenkomst. Deze oude theorie van het contract de change behoeft geene bespreking meer; EINERT heeft haar definitief opgeruimd. De nieuwere contractstheoristen echter: THÖL, RENAUD, BRUNNER, GOLDSCHMIDT e. a. ¹⁾ meenen in het geven en nemen van het papier de verbintensscheppende overeenkomst gevonden te hebben. «Begebungsvertrag» is de naam, welken die handeling in de wetenschap heeft verkregen. Zij is de grond der verbintenissen uit order- en toonderpapier; de onmiddellijke consequentie van die

¹⁾ Eene lange reeks van aanhangers der contractstheorieën kan men vinden in het reeds genoemde werk van LEHMANN, pag. 161.

leer is dus, dat uit een niet «begeben» wissel enz. nooit verbintenissen voortspruiten, eene consequentie, waar de hoofdgevolgtrekking uit de creatieleer: ieder houder is schuldeischer, lijnrecht tegenover staat.

Indien het Begebingscontract grond der verbintenis is, dan kan natuurlijk de wisselbrief, het toonderpapier enz. geen dienst doen als bewijsmiddel voor het verbintenis-scheppende feit, en zou dit dus aliunde bewezen moeten worden. Dit nu is in volkomen strijd met de opvatting der practijk, volgens welke men reeds op grond van het bezit van den geëndosseerden wissel en van het toonderpapier een eisch kan instellen; hierin dient dus voorzien te worden. Het redmiddel is spoedig gevonden: presump-tiën doen als zoodanig dienst. De houder heeft eene dubbele presumptie voor zich:

1^o. dat hij houder is geworden ten gevolge van een Begebingscontract;

2^o. dat het geven en nemen geschied is met den wil om de wisselobligatie in het leven te roepen.

Het onhoudbare van een dergelijk systeem van presump-tiën als fundamentum agendi, vermoedens, die nota bene nergens, in geen enkele wet worden uitgesproken, is overtuigend aangetoond in het reeds genoemde proef-schrift van Mr D'ABLAING ¹⁾. Volkomen terecht wijst deze helaas te vroeg gestorven geleerde er op, dat eene der-gelijke presumptie geheel iets anders is dan het algemeen geldende vermoeden, dat men bezit te goeder trouw heeft verkregen. Terwijl laatstgenoemd vermoeden slechts be-werkt, dat hij die den beatus possidens aanspreekt, zijn recht moet bewijzen, en dus niet anders dan een uit-vloeiSEL van den in art. 1902 B. W. uitgesproken regel

¹⁾ Zie pag. 87. vlg.

is, hebben wij hier te doen met eene presumptie van eene speciale wijze van bezitsverkrijging (door geven en nemen, traditio) en van den wil om met de traditie de wisselobligatie in het leven te roepen. Alsof, wat het eerste punt betreft, men niet op andere wijze dan door traditie bona fide bezitter zou kunnen worden, en, quoad secundum, alsof de wissel niet b.v. in deposito kan gegeven zijn! Deze opmerkingen, gepaard aan de omstandigheid, dat het vermoeden hier dienst doet, niet om een aanval af te slaan, doch om eenen eisch in te stellen, om eene vermogensbeweging te legitimeeren, zooals d'ABLAING het uitdrukt, schijnen mij voldoende om het ongegronde dier presumptiën in het licht te stellen. En zonder die kan de contractstheorie toch niet bestaan! Immers dan zou men van den houder moeten vorderen, dat hij de Begebung aan den eersten nemer van het papier en den daarbij bestaanden wil om de obligatie in het leven te roepen bewijze, en een dergelijke eisch maakt alle circulatie van order- en toonderpapier onmogelijk.

Doch er is meer. Grootte bezwaren biedt aan de contractstheoristen de verklaring van de rechten der latere houders aan. GOLDSCHMIDT ¹⁾ slaat daartoe den volgenden weg in. Hij zegt ²⁾: «Der Vertrag, welchen allerdings der Ausgeber des Papiers mit dem ersten Nehmer abschlieszt, enthält ein gleichzeitig zu Gunsten aller späteren succesiven Papiereigentümer abgegebenes einseitiges, der Acceptation gar nicht bedürftiges und gleichwohl nach

1) „Miscellen zur Theorie der Werthpapiere“ in Zft f. d. ges. Hr. XXVIII, pag. 62 vlg., is GOLDSCHMIDT's laatste uiteenzetting zijner theorie. Dat hij haar nog steeds volhoudt blijkt uit zijn reeds genoemd artikel „Die Kreationstheorie und der Entwurf etc.“ in Zft XXXVI (Jaargang 1889) pag. 124 vlg.

²⁾ Zie pag. 111 Zft XXVIII.

Gewohnheitsrecht schlechthin bindendes Versprechen des Ausstellers: er ist ein Vertrag nicht mit unbestimmten Dritten, sondern mit einer bestimmten Person zu Gunsten dieser Person und eines weiteren noch unbestimmten Personenkreises, der Art, dasz jede diesem Kreise angehörige Person ein selbständiges, nicht von einem der früheren Nehmer abgeleitetes Recht gegen den Aussteller des Papiers erlangt. Es handelt sich so um Begründung successiver Rechte.»

Natuurlijk hangt volgens GOLDSCHMIDT's opvatting de eenzijdige belofte innig samen met het contract; eerst door het sluiten van het contract wordt ook het «einseitige Versprechen» bindend. Is er dus geen of een ongeldig contract gesloten, dan is, zoolang men vasthoudt aan eene contractstheorie, ook het toekennen van recht aan latere houders absoluut onmogelijk. Voor een deel zoekt GOLDSCHMIDT deze gevolgtrekking te ontgaan, doch bij de daartoe aangewende pogingen raakt hij geheel en al het spoor kwijt, en geeft feitelijk zijn hoofdbeginsel prijs. Hij stelt n.l. het geval, dat de eerste nemer, de persoon, met wien naar zijne opvatting het contract wordt gesloten, handelingsonbekwaam is. Consequent redeneerende zou hij nu den debiteur het recht moeten geven, dit feit aan alle latere, ook bona fide, houders tegen te werpen, hun rechten pertinent moeten ontkennen; doch hij tracht aan deze gevolgtrekking te ontsnappen door de bewering: «der Vertrag mit dem ersten Nehmer ist nicht das konstitutive Element der durch die erste Begebung des Papiers ein für allemal als rechtlich möglich und eventuell gewollt begründeten successiven Obligerungen, sondern ein juristisches Mittel zur Herbeiführung dieses Erfolges; der erste Nehmer ist hinsichtlich des Erwerbes der späteren eine bloße Mittelsperson, ein Werkzeug — minis-

terium tantummodo hoc casu praestare videtur: l. 15 D. de const. pec. (13,5) — dessen juristische Qualification, insbesondere eigene Erwerbsfähigkeit, in dieser Hinsicht somit völlig unerheblich.» Wat blijft hier nu over van het met zooveel nadruk op den voorgrond gestelde contract? Wordt nu niet inderdaad de eenzijdige belofte (welke GOLDSCHMIDT echter, in gunstige tegenstelling tot de creatietheorie, ziet in de afgifte van het papier) grond der verbintenis ¹⁾? Zoo zien de contractstheoristen zich genoodzaakt om ten slotte hun eigen hoofdbeginsel te verloochenen.

Overigens valt het niet te ontkennen, dat, wanneer men eenmaal op het contractsstandpunt staat, GOLDSCHMIDT's verklaring van de rechten der opvolgende houders gunstig afsteekt bij de verklaringspogingen van THÖL e. a., waaromtrent ik verwijs naar het proefschrift van Mr d'ABLAING ²⁾.

Als derde bezwaar tegen de contractstheorie moeten aangevoerd worden de nagenoeg overal met kleinere of grootere wijzigingen geldende bepalingen omtrent het accept van wissels; dit bezwaar echter, hoewel stellig-

¹⁾ Om in het hier behandelde geval een contract te construeeren zonder in bovenstaande bedenkelijke redeneering te vervallen, heeft GOLDSCHMIDT onlangs een anderen weg ingeslagen. Zie zijne Zft f. d. ges. Hr., 1889, Bnd. XXXVI, pag. 12, de noot (op het door mij reeds vermelde artikel van CARLIN, doch van de hand van GOLDSCHMIDT): „Die von dem Herrn Verfasser hier hervorgehobenen Bedenken erledigen sich jedenfalls, wenn in der Begebung des Papiers zunächst nur ein skripturmässiger und daher nur skripturmässig widerruflicher Vertragsantrag (Offerte) gefunden wird, welcher bei Erwerbsfähigkeit des Nehmers zum Verträge führt; ist der erste Nehmer erwerbsunfähig, so kommt der Vertrag erst in der Person des zweiten oder späteren erwerbsfähigen Nehmers zu Stande”

²⁾ Zie pag. 83 vlg.

rechtelijk ongetwijfeld van groot gewicht, kan op doctrinair terrein gemakkelijk weerlegd worden door de bewering: «die bepalingen deugen niet».

De Allgemeine Deutsche Wechselordnung zegt in art. 21, al. 4:

«Die einmal erfolgte Annahme kann nicht wieder zurückgenommen werden»,

en in art. 22:

«Der Bezogene kann die Annahme auf einen Theil der im Wechsel verschriebenen Summe beschränken. Werden dem Akzente andere Einschränkungen beigefügt, so wird der Wechsel einem solchen gleichgeachtet, dessen Annahme gänzlich verweigert worden ist, der Akzeptant haftet aber nach dem Inhalte seines Akzeptes wechselmäßig».

Daarmede vergelijkte men uit ons W. v. K. art. 119, al. 1 en 2:

«Hij, die eenen wisselbrief heeft geaccepteerd, is tot deszelfs betaling verplicht. Hij mag de eens op den wisselbrief gestelde acceptatie, ook vóór deszelfs teruggave, niet herroepen, vernietigen, doorhalen of onleesbaar maken, en blijft desniettegenstaande tot de voldoening verplicht»,

en art. 120:

«De acceptatie mag niet onder eene voorwaarde gedaan worden, maar wel met eenige bepaling ten aanzien van de som. In het eerste geval moet de wisselbrief van non-acceptatie worden geprotesteerd; in het laatste geval is de houder verplicht de gedeeltelijke acceptatie aan te nemen en voor het meerdere te laten protesteeren».

Ons art. 119 munt uit boven het overeenkomstige art. 21 D. W. O., doordien 1^o. uit art. 119 duidelijk blijkt, dat de acceptteekening en niet de gansche «Rechtsakt der

Annahme» het verbintenisscheppende feit is ¹⁾, en 2^o. de kwestie, of uit het doorgehaald accept eene wisselactie voortspuit, dan of het alleen eene gewone actie tot het verkrijgen van een nieuw accept geeft ²⁾, bij ons uitdrukkelijk in eerstgenoemden zin beslist wordt.

Daarentegen is het Deutsche art. 22 beter geredigeerd dan ons art. 120. Immers de bij ons bestaande strijd over de vraag, of een geclausuleerd accept behalve het «Theilakzept» den ondertekenaar bindt ³⁾, wordt door het Deutsche artikel onmogelijk gemaakt.

Reeds werd aangeduid ¹⁾, dat THÖL voor «Annahme» «Rechtsakt der Annahme» wenscht te lezen. Men zal wel terstond inzien, dat wij hier met eene stoute doch wanhopige poging te doen hebben om art. 21 al. 4 D.W.O. met de contractstheorie te laten rijmen, om een «Akzeptationsvertrag» te construeeren, die dan bestaan zou in het geven en nemen van den geaccepteerden wissel. Pas daarna zou dan de «Rechtsakt der Annahme» afgeloopen, en vernietiging der acceptteekening natuurlijk ongeoorloofd zijn.

Het onhoudbare van eene dergelijke, door de wordings-

¹⁾ Laatste genoemde meening wordt voor art. 21 D. W. O. door THÖL verkondigd.

²⁾ Dat hieromtrent in Duitschland strijd bestaat, vermeldt GOLDSCHMIDT, Zft f. d. ges. Hr., XXVIII, pag. 85, noot 42.

³⁾ Hoewel een bevestigend antwoord op deze vraag zeker de ratio voor zich heeft (zie DIRPHUIS, Handelsrecht, dl. I, blz. 221 vlg.; LAND, Beginselen van het Hedendaagsch Wisselrecht, pag. 143 vlg.), meen ik toch op het voetspoor van Mr KIST, o. c. pag. 151, tot eene ontkennde beantwoording te moeten komen op grond van de woorden onzer wet en van de geschiedenis. Cfr. art. 124 Co, en vooral Ord. du Comm. (1673) tit. V art. 2 „ . . . toutes autres acceptations, lesquelles passeront pour refus”. Eene nauwkeurige bespreking dezer kwestie behoort echter hier niet thuis.

⁴⁾ Zie noot 1 supra.

geschiedenis van art. 21 D.W.O. ten duidelijkste gelogenstrafte interpretatie, welke tegenwoordig dan ook in Duitschland geen aanhang meer vindt, heeft enkele contractstheoristen er toe gebracht om zich ten aanzien van het accept in de armen der creatieleer te werpen ¹⁾, doch de meesten om een anderen «Akzeptationsvertrag» te gaan construeeren. Vooral GOLDSCHMIDT heeft zich in deze richting veel moeite gegeven. Intusschen van hoe groote scherpzinnigheid zijne pogingen ook blijk geven, gelukt zijn zij in geen deele. GOLDSCHMIDT zegt ²⁾: Wanneer de houder den wissel ter acceptatie presenteert, dan vraagt hij van den betrokkene die acceptatie, dan richt hij dus eenen «Vertragsantrag» tot hem, en de betrokkene treedt in dat verzoek door er gevolg aan te geven, door te doen hetgeen van hem verlangd wordt, dus door zijne handteekening op den wissel te stellen. Er is nu een contract gesloten, en eenzijdige terugtreding natuurlijk niet meer mogelijk.

Tallooze bezwaren zijn tegen deze voorstelling aangevoerd, men heeft een groot aantal bijzondere gevallen gevonden, waarin de constructie van een contract onmogelijk is. B. v. de trekker (die naar ons recht zelf geene wisselactie tegen den acceptant heeft) laat een aan zijn order getrokken wissel door den betrokkene accepteren, en brengt hem pas daarna in circulatie. Waar is nu het contract? Heeft de acceptant nu soms een contract gesloten met den nog niet bekenden houder, of zou men durven beweren, dat uit een dergelijk accept geene verbintenis voortvloeit?

Een ander voorbeeld: de betrokkene komt bij zekeren persoon (A) op het kantoor, vindt daar een op hem ge-

¹⁾ Zoo GRAWEN, GAREIS.

²⁾ Zie Zft f. d. ges. Hr., XXVIII, blz. 84 vlg.

trokken wissel liggen en accepteert dien. Zal nu zulk een accept in iets verschillen van het na presentatie geteekende, zal het b. v. nog doorgeschrapt kunnen worden? En zoo niet, dan staan wij wederom voor de vraag: waar is het contract? Wij stellen nu niet het geval, dat de wissel door zijnen eigenaar aan A. gezonden is met opdracht om hem bij den betrokkene te presentieren, maar dat de wissel aan A. eenvoudig ter bewaring is gegeven. Dan coupeeren wij immers GOLDSCHMIDT's spitsvindige uitvlucht, dat de betrokkene «den zu seiner Kenntniznahme bestimmten Vertragsantrag als negotiorum gestor des A. zu seiner Kenntniz gebracht (aan zichzelf medegedeeld!) und demächst denselben durch sein Akzept angenommen hat».

Ook de gebondenheid uit geclausuleerd accept is met de genoemde constructie van GOLDSCHMIDT al heel slecht te rijmen. Toch doet de scherpzinnige geleerde hiertoe eene poging. Hij redeneert namelijk aldus: de presentant verzoekt wel gaaf accept, maar in dat verzoek is toch ook de wensch naar gedeeltelijke of geclausuleerde acceptatie opgesloten, naar de laatste des te meer, omdat zij hem niet verkort in zijn recht om voor het gansche bedrag van non-acceptatie te laten protesteeren. — Nu is het niet te ontkennen, dat meestal de houder niets tegen zulk een geclausuleerd accept zal hebben; maar daarom mogen we nog niet zeggen, dat hij den betrokkene een daartoe strekkenden «Vertragsantrag» stelt! En bovendien, het geval laat zich zeer wel denken, dat de houder zijne goede redenen heeft om geen gedeeltelijk accept te willen aangaan; stel nu, dat hij bij de presentatie den betrokkene uitdrukkelijk verzoekt: «accepteer voor het gansche bedrag of in het geheel niet», en deze accepteert toch slechts voor een gedeelte, dan zal dit gedeeltelijk accept hem ongetwijfeld binden; doch hoe men het nu ook draaie of

wringe, nooit zal men hier, waar zoo duidelijke dissensus aanwezig is, een *duorum voluntatum in unum consensus*, een contract, kunnen opbouwen.

Zoo heeft men allerlei *casusposities* uitgedacht, waarin een «Akzeptationsvertrag» in den zin van GOLDSCHMIDT met geene mogelijkheid te construeeren is. Maar daardoor laat GOLDSCHMIDT zich niet uit het veld slaan. Zulk eenen *guerilla-oorlog* laat hij op rechtswetenschappelijk gebied niet toe; aan die argumenten, uit bijzondere gevallen afgeleid, ontzegt hij alle kracht. Wij moeten, zoo meent hij, bij de verklaring van een rechtsregel uitgaan van den normalen loop der dingen, in casu van den gepresenteerden en gaaf geaccepteerden wissel: dan is het contract aanwezig, ergo is dat de rechtsgrond, het verbintenis-scheppende feit. Nu kunnen zich wel buitengewone gevallen voordoen, waarin geen contract aanwezig is, doch dan moeten er «*eigentümliche Gründe*» bestaan, waarom de regel «*gegen das Prinzip*» ook hier doorgaat. Ik geloof, dat dergelijke redeneering niet opgaat; wanneer men toegeeft, dat contract alleen verklaart *id quod plerumque fit*, alleen bij normalen loop van zaken zekeren rechtsregel rechtvaardigt, maar niet steeds de grond daarvan is, dan heeft men tevens het contract als rechtsgrond van dien regel onttroond.

De pogingen om met behulp van het oude contractsbegrip de verbintenissen uit order- en toonderpapier te verklaren, om deze tot contractueele obligaties terug te brengen, meen ik op grond van het bovenstaande veilig mislukt te kunnen noemen.

Stapt men over het eerste bezwaar — het aannemen van door niets gerechtvaardigde vermoedens — heen, dan komt men voor de verklaring van *id quod plerumque fit*, voor de normale gevallen, met het contract een heel eind,

dat wil ik niet ontkennen ¹⁾. Wanneer alles volgens wensch en bedoeling van alle partijen in zijn werk gaat, wanneer de trekker den wissel aan den nemer ter hand stelt of toezendt, de uitgever der promesse deze zelf in circulatie brengt, de endossementen alle met Begebung gepaard gaan, de acceptatie gaaf en na presentatie geschiedt enz., ja, dan kan men met GOLDSCHMIDT de verbintenissen, die nu ontstaan, wel baseeren op een «Vertrag mit einer bestimmten Person zu Gunsten dieser Person und eines weiteren noch unbestimmten Personenkreises», hoewel ook dan de garantieverplichting van trekker en endossanten zich m. i. niet door contract laten verklaren.

Maar nooit kan eene contractstheorie zonder verloochening van haar hoofdbeginsel uit een niet met den wil des onderteekenaars in circulatie gebracht order- of toonderpapier aan latere houders rechten toekennen ²⁾, iets wat toch door het maatschappelijk verkeer dringend geëischt wordt, — een eisch, dien de creatietheoristen erkend hebben, en die hen tot de opbouwning hunner verkeerde theorie heeft geleid.

Dit is mijns inziens het hoofdbezwaar, de meest principiele bedenking tegen de contractstheorie, welke echter

¹⁾ Ook in zooverre bevat de contractstheorie eene kern van waarheid, dat, wanneer het recht aan iemand tegen diens wil eene verbintenis uit order- of toonderpapier oplegt, hij toch verbonden wordt, alsof hij met den eersten nemer een contract gesloten had. Wij moeten de zaak dan aldus opvatten, dat de aan het ontbreken van „Begebung” ontleende exceptie tegen bona fide derde houders niet opgaat; doch alle bedingen en clausules, die in het papier zijn opgenomen, zullen steeds tegen iederen houder kunnen aangevoerd worden.

²⁾ Tenzij zij, gelijk de creatietheorie, in het onderteekenen van het papier eene onvoorwaardelijke betalingsbelofte, een contractsaanbod, gaat zien; doch dat GOLDSCHMIDT c. s. dit niet doen, is juist tegenover KUNZE c. s. hunne groote verdienste.

niet alleen tegen haar, maar tegen alle verklaringspogingen, die uitgaan van den rechtscheppenden privaatwil, moet worden aangevoerd. Zoo komen wij thans vanzelf tot de *cardo quaestionis*, tot de vraag, of de wil des onderteekenaars, zijne al of niet aangenomen belofte, hier inderdaad wel als rechtscheppend feit optreedt, welke vraag in het volgend hoofdstuk zal besproken worden.

H O O F D S T U K I I I .

De rechtscheppende privaatwil en de verbintenissen uit order- en toonderpapier.

Wij moeten thans onze aandacht wijden aan de principieele vraag, of ten aanzien der verbintenissen uit order- en toonderpapier de wil der verbonden wordende personen het rechtscheppend feit is, of dus in deze materie de taak des rechts zich eenvoudig bepaalt tot het sanctioneeren van hetgeen de onderteekenaars gewild hebben.

Vangen wij aan met ons rekenschap te geven van de tegenwoordige beteekenis van order- en toonderpapier, van de rol, welke het in onze moderne maatschappij vervult.

Zeker verdient dan het toonderpapier in de eerste plaats onze aandacht. Ik geloof niet, dat er veel woorden noodig zijn om het eminente belang daarvan in het licht te stellen; moeilijk is het te overschatten. Denken wij slechts aan het toonder- of blanco-aandeel, een begrip, dat onmiddellijk samenhangt met de naamlooze vennootschap, welke op oeconomisch gebied de industrie in onze eeuw een gansch nieuw aanzien heeft geschonken, en welke associatie van kapitaal tot enorme bedragen mogelijk heeft gemaakt. Bedenken wij, hoe de staten door uitgifte van

toonderpapieren zich geld verschaffen, daarin nagevolgd door groote maatschappijen. Letten wij, ons plaatsende op het standpunt van den privaatspersoon, er op, hoe ieder, die eenig kapitaal bezit, dat voor een groot deel in toonderpapieren belegd heeft — waarlijk, reeds deze enkele opmerkingen rechtvaardigen ten volle de uitspraak, dat de rol, die in onze maatschappij door het toonderpapier wordt gespeeld, moeilijk hoog genoeg kan geschat worden, en dat dus de rechtsregelen, welke de betrekkingen, door uitgifte en bezit van zoodanig papier in het leven geroepen, beheerschen, voor allen van het grootste belang zijn.

Hoewel niet ieder er zoo mede in aanraking komt, is toch ook het orderpapier van buitengewoon groot belang, speciaal voor den handel. Hoe druk gebruik ook van dit papier gemaakt wordt, kan blijken uit de volgende opgaven, ontleend aan het meergenoemde werk van LEHMANN ¹⁾.

De wissel-zegelbelasting brengt in het Duitsche rijk jaarlijks meer dan $6\frac{1}{2}$ millioen Mark op. Zij bedraagt per 300 Mark 15 Pfennig, dus $\frac{1}{2000}$ van de wisselsom. Derhalve circuleert er in Duitschland jaarlijks voor 13 milliard Mark aan wissels. Stellen wij den gemiddelden omloopstijd van een wissel op 6 weken, dan komen wij tot het resultaat, dat er gelijktijdig in Duitschland gewoonlijk voor $1\frac{1}{2}$ milliard aan wissels circuleert. De circuleerende hoeveelheid goudgeld, zilvergeld, Reichskassenscheine en bankpapier bedraagt ± 3 milliard, zoodat $\frac{1}{3}$ van het circuleerend betaalmiddel uit wissels bestaat. Dit resultaat geldt naar LEHMANN'S berekeningen niet alleen in Duitschland, doch over de gansche beschaafde wereld.

Het ontzaglijk groote gebruik, dat er van wissels ge-

¹⁾ Zie LEHMANN, o. c., § 4, pag. 25 vlg.

maakt wordt, kan ons geenszins verbazen, indien wij de groote voordeelen nagaan, welke deze weg om tot betaling te komen, aanbiedt. Alle wisselwetten immers geven den wisseleigenaar buitengewone waarborgen, dat hij zeker en snel zijn geld zal krijgen. Een wissel van een aanzienlijk bedrag is veel gemakkelijker te verzenden dan hetzelfde bedrag in baar geld; verlies van een wissel is gemakkelijk te herstellen, bij verlies van edel metaal of papiergeld is men zijn waarde kwijt. Men kan een wissel voor elk willekeurig bedrag laten teekenen, bij papiergeld is men gebonden aan de bestaande papieren — inderdaad, reeds dit weinige kan volstaan om het gretige gebruik, dat de handel van wissels maakt, te verklaren. Ook het groote gebruik is weer een voordeel uit staathuishoudkundig oogpunt, aangezien zonder dat zeker een veel aanzienlijker deel van het nationaal vermogen dan thans voor circuleerend medium gebruikt en aan den productieven arbeid onttrokken zou moeten worden.

Wij spraken nu alleen nog maar over den wissel ¹⁾, doch mogen niet vergeten, dat ook een aantal andere papieren door de orderclausule «circulationsfähig» worden gemaakt — ik noem slechts het cognossement —, en dan moeten wij erkennen, dat ook het orderpapier, al beweegt het zich in beperkter kring dan het toonderpapier, eene hoogst gewichtige rol in onze maatschappij vervult.

¹⁾ LEHMANN's opgaven betreffen uitsluitend den „Wechsel.” Het is echter bekend, dat met dit woord in Duitschland niet alleen onze (getrokken) wissel, maar ook onze promesse (trockener Wechsel, Eigenwechsel) wordt aangeduid. Ook zouden wij eigenlijk, om zeer nauwkeurig te zijn, bij het mededeelen van LEHMANN's becijferingen rekening moeten houden met de omstandigheid, dat hij niet uitsluitend *orderwissels* behandelt. Doch het bedrag, dat aan *recta-wissels* circuleert, is zeker niet zoo hoog, dat het de beteekenis der genoemde cijfers voor orderpapier in eenigszins belangrijke mate zou verkleinen.

Dit eminente belang van order- en toonderpapier in het maatschappelijk verkeer nu moet zoowel door de wetenschap als door den wetgever wel in het oog gehouden worden. Zij mogen — en kunnen — niet tegen den stroom oproeien, zij moeten de verkeerseischen bevredigen, de circulatie van order- en toonderpapier zooveel mogelijk bevorderen, en ten minste haar geen hinderpalen in den weg stellen.

Het ideaal is op ons gebied volkomen bescherming van den eerlijken verkrijger van order- en toonderpapier, toekenning van rechten aan hem overeenkomstig den inhoud van het papier, en verbod om hem omstandigheden of afspraken tegen te werpen, welke hij noch wist noch weten kon. Dit is het ideaal, maar, als meer idealen, is het voor volkomen verwezenlijking onvatbaar. Het recht kan en mag niet à tort et à travers dat beginsel doordrijven, het mag ook niet de oogen sluiten voor de hardheid, die gelegen is in het ontnemen van recht of opleggen van verbintenissen aan bedrogenen, bestolenen, verliezers, enz.

Na te gaan nu, in hoever aan de boven omschreven verkeerseischen kan toegegeven worden, zonder al te hard tegenover laatstgenoemde categorie van personen op te treden, zonder onbillijk te zijn tegen volkomen onschuldigen, m. a. w. eene transactie te zoeken tusschen verkeerseisch en billijkheid, dat schijnt mij ten aanzien der verbintenissen uit order- en toonderpapier de taak der wetenschap te zijn, dáárheen moet zich het onderzoek naar het verbintenisscheppende feit voor die obligatiën richten; en de resultaten van dergelijk onderzoek moeten door den wetgever als rechtsregelen over order- en toonderpapier gesanctioneerd worden.

Nu valt het onmiddellijk in het oog, dat eene theorie,

die tot basis neemt den wil der verbonden wordende partijen, nimmer aan die vereischten kan voldoen. Nooit heeft iemand den wil om te betalen, ook al komt het papier tegen zijn wil in omloop, evenmin als een bestolene ooit den wil heeft om tegenover latere bona fide verkrijgers afstand van de reivindicatio te doen, zijn eigendomsrecht op te geven. THÖL ¹⁾ beweert, dat die laatste wil wel degelijk bestaat, en om dit te bewijzen neemt hij naast den «rein egoïstischen Willen» eenen «auf das Interesse des Verkehrs gerichteten Willen» aan ²⁾. Laatstgenoemde «Wille» echter is een onding. Wat wél waar is, en wat THÖL zich onduidelijk voorstelt, is dit, dat in sommige gevallen het verkeersbelang eischt, dat den bestolene de reivindicatie worde ontnomen, iets wat een verstandig man gereedelijk zal moeten toestemmen, ook al lijdt hij zelf er schade door; maar geheel onjuist is de bewering, dat ieder, die toonderpapier (of andere roerende zaken) bezit, dien «auf das Interesse des Verkehrs gerichteten Willen» heeft, zoodat die wil grond van een rechtsregel kan worden.

Ook moeten wij opmerken, dat de schuldenaarwil in onze materie omtrent de vraag, wie schuldeischer is, geen licht ontsteekt. De schuldenaar laat door de aan order- of toonderstelling van het papier vooreerst transmissie der

¹⁾ THÖL, Handelsrecht, I, § 231, pag. 701 vlg. (6de uitgave, 1879).

²⁾ Het is mij niet duidelijk, waarom THÖL den „auf das Verkehrsinteresse gerichteten Willen” niet evenzeer aanneemt bij den bestolen ondertekenaar van het niet „begeben” papier. De ratio is in beide gevallen volmaakt dezelfde, het verkeersbelang eischt even sterk en op volkomen gelijke gronden verplichting van den ondertekenaar in dit, als ontzegging der reivindicatio aan den bestolen houder in het bovengenoemde geval, en de hardheid jegens beide bestolenen is even groot, zij verliezen evenveel waarde. — Maar door dit te erkennen zou THÖL zijne contractstheorie over boord werpen!

vordering toe; ook wensch hij zeer zeker zich gemakke-
lijk, dus door betaling aan den formeel gelegitimeerden
houder van het papier, te kunnen bevrijden. Doch wie
schuldeischer uit het papier is, de eigenaar of de nudus
detentor, dat is hem verder ten eenenmale onverschillig,
mits genoemde wensch maar vervuld wordt.

Uitstekend is naar mijne bescheiden meening de be-
strijding door Prof. D'ABLAING ¹⁾ van den privaatwil als
rechtscheppend feit ten aanzien van order- en toonder-
papierverbintenissen. Veel te weinig heeft men z. i. zich
de dispositieve natuur van het wisselrecht voor oogen
gehouden, het feit erkend, dat het niet aan de willekeur
van partijen staat om de rechtsgevolgen, aan den wissel
verbonden, te bepalen. Wel wordt door alle wils-
theorieën, wanneer zij door de eischen der practijk in de
engte zijn gedreven, als redmiddel eene positieve bepaling
van wet of gewoonte te baat genomen, maar juist dit
getuigt van haar zwakte, reeds hieruit blijkt, dat de
belofte, hetzij dan al of niet aangenomen, niet als rechts-
grond der uit order- en toonderpapier ontstaande verbintenissen kan gehuldigd worden.

Ook, en dit is geen minder gewichtig bezwaar, is in
de meeste wisselhandelingen geene belofte te vinden.
Het accept kan men, als alles regelmatig in zijn werk
gaat, inderdaad opvatten als eene betalingsbelofte aan
den praesentant en diens namannen gedaan, doch nimmer
als eene aan vroegere houders en nog veel minder als
eene aan den trekker afgelegd — toch krijgen ook zij
(de trekker althans volgens de Duitsche wisselwet) eene
wisselactie tegen den acceptant. Maar absoluut onmogelijk
is het de garantieverplichting des trekkers en der endos-

¹⁾ Zie Afd. II, § 2 zijner dissertatie.

santen uit belofte te verklaren; uit hunne handeling is geen schijn of schaduw van belofte af te leiden. Men argumenteere nu niet weder met eenen «allgemeinen Willen im Verkehr», waartegen reeds boven protest werd aangeteekend. Zeker, die garantieverplichting is zeer gemotiveerd, vooral ten aanzien van den trekker, en ieder verstandig handelsman zal inzien, dat voor circulatie bestemd getrokken papier niet in omloop kan gebracht worden, tenzij de trekker aansprakelijk worde gesteld voor de voldoening; maar het is alweer geheel iets anders, dat iemand, die het maatschappelijk belang begrijpt en boven zijn particulier belang weet te stellen, dat inziet, of dat ieder, die zulk papier trekt, het belooft! Evenzoo is de aansprakelijkheid der endossanten zeer gemotiveerd, zij verhoogt het crediet van het circuleerend papier; doch eene belofte zoekt men ook hier vergeefs.

In de uitgifte eener order- of toonderpromesse zou men inderdaad eene betalingsbelofte kunnen vinden ¹⁾, maar verheft men deze tot rechtsgrond, dan kan nooit iemand rechten verkrijgen uit een niet aldus in circulatie gekomen papier.

De wil moet in onze materie eene trede verlaagd worden, zij is niet het rechtscheppend feit, dat de wetgever eenvoudig als zoodanig heeft te erkennen, maar een der omstandigheden, welke de omtrent verbintenissen uit order- en toonderpapier geldende rechtsregelen rechtvaardigen. Zoo dikwijls alles zijn regelmatig verloop heeft gehad, volgens den wensch der verschillende betrokken partijen in zijn werk is gegaan, rechtvaardigt die wensch (wil) alleen reeds de meeste uit het papier ontstaande

¹⁾ Verondersteld n.l., dat de uitgifte geschiedt met den wil om zich te verbinden; niet, wanneer het papier aan een ander in bewaring gegeven wordt.

verbintenissen; maar al is er een kink in den kabel gekomen, zoodat het toekennen van rechten aan den tegenwoordigen houder niet meer overeenkomstig den wil van vroegere houders of van den onderteekenaar is, dan kan het recht op andere gronden dat toch zeer wel doen, het ontbreken van den schuldwil bij hen, die verbonden worden, levert daartegen geen afdoend bezwaar op. Ja, het recht *moet* zelfs ook in die gevallen zijn ideaal: bescherming van den bona fide verkrijger overeenkomstig den inhoud van het papier, zooveel mogelijk in toepassing brengen, waarbij evenwel, gelijk wij boven reeds opmerkten, ook ongemotiveerde hardheid tegenover de verbonden wordende personen moet vermeden worden.

Het zoeken van dien middenweg, ik herhaal het, schijnt mij de ware taak eener theorie van order- en toonderpapier; in de plaats van het zoeken naar één verbintenscheppend feit (contract, creatie van het papier, enz.) behoort te komen een ernstig en nauwgezet onderzoek der casuspositiën, die zich in de practijk kunnen voordoen, gevolgd door de beslissing: hier kunnen wij den eerlijken verkrijger beschermen, dáár is het ons onmogelijk. Eene dergelijke opvatting moge minder «hoog» wezen, hare gevolgen voor de practijk zullen heilzaam zijn, en zij zal ons sparen voor den schromelijken onzin, die neergeschreven is ten gevolge van de wanhopige pogingen om het recht omtrent order- en toonderpapier geheel uit den wil der verbonden wordende personen te deduceeren.

Het is duidelijk, dat wij bij eene dergelijke opvatting de formeele obligatiën van KUNTZE, KIST, e. a. — om hierop nog even terug te komen — volkomen kunnen missen. Want om het resultaat te verkrijgen, dat tegen derden geen exceptiën, aan de causa der uitgifte ontleend, geen bij de uitgifte plaats gehad hebbende afspraken, kunnen

teggeworpen worden, behoeft men waarlijk de onmogelijke «absichtliche Unterdrückung der Ursache» niet aan te nemen, en den wil des schuldenaars niet ter hulp te roepen. Die rechtsregel vindt volkomen zijne verklaring hierin, dat, wil men circulatie van handelspapier mogelijk maken, men verbieden moet, dat aan derden afspraken en omstandigheden worden tegengeworpen, welke zij niet kunnen kennen ¹⁾, welk verbod tegenover den debiteur volstrekt niet onbillijk te noemen is, aangezien hij zelf door het papier aan order of toonder te stellen transmissibiliteit heeft mogelijk gemaakt. Doch verbiedt men tusschen partijen, die onmiddellijk samen gehandeld hebben, beroep op die afspraken enz. (waartoe de formeele obligatie van KUNTZE leiden moet), dan begaat men de grofste onbillijkheid; mijns inziens mag van zoodanig verbod dan ook geen kwestie zijn ²⁾.

Nu wij van den privaatswil als rechtsgrond verlost zijn, is het zeer natuurlijk, dat allerlei bepalingen, wier verklaring voor de wilstheorieën verbazende moeilijkheden schept, hoegenaamd geen zwaarigheid meer opleveren ³⁾, immers de achtergrond van al die moeilijkheden en kwestieën bestond hierin, dat niet gewilde rechtsgevolgen toch uit den wil des schuldenaars verklaard moesten worden, iets wat ik gaarne onmogelijk zoude noemen, ware het niet, dat zoo vele en zoo groote geleerden aan de oplossing van dit probleem gearbeid hebben.

¹⁾ Een beginsel, dat onze wetgever uitdrukkelijk huldigt o. a. in art. 207, 1910 B. W.

²⁾ Zie in gelijken zin Prof. NABER in zijn genoemd praeadvies, Handd. N. J. V. 1889, I, pag. 52.

³⁾ Zie omtrent de voordeelen van het verwerpen van den wil als rechtsgrond der bepalingen over order- en toonderpapier — hetgeen de schrijver de stelligrechtelijke theorie noemt — D'ABLAING, o. c., pag. 109 vlg.

Prof. D'ABLAING noemt verschillende Duitsche schrijvers op, die, hoewel vurige aanhangers van contracts- of creatietheorie, toch hier en daar de sporen vertoonen van twijfel aan hunne premisse, dat de wil des schuldenaars op ons gebied de rechtsvoortbrengende kracht is, wier erkenning en sanctioneering de eenige taak des rechts zou zijn. Vooral bij LIEBE en bij BIENER meent hij ze te kunnen aanwijzen. Mij zij het vergund in dit verband te wijzen op eene plaats van den grooten voorvechter der contractstheorie, GOLDSCHMIDT, welke ik aantrof in zijne «Zeitschrift», Dl. XXXVI, pag. 146: «Wirklichen Verkehrsbedürfnissen, welche etwa eine Haftung des Ausstellers auch des unbegebenen Papiers erfordern — ob solche unter Umständen vorliegen, soll an dieser Stelle nicht erörtert werden — lässt sich durch Spezialgesetze, durch Schadensersatzpflicht aus erweislicher Nachlässigkeit abhelfen» enz. Erkent de schrijver hier niet zelf, dat hij met zijn privaatswil niet toereikt om de verbintenissen uit order- en toonderpapier te verklaren? Wel is de concessie, aan de verkeersbehoefte gedaan, bedroevend klein: de bona fide houder krijgt van GOLDSCHMIDT hoogstens een recht op schadevergoeding op grond van bewijsbare nalatigheid van den schuldenaar, iets wat lang niet overeenstemt met de wenschen van het verkeer, hetwelk eischt, dat de eerlijke verkrijger krachtens zijn bezit gerechtigd zij overeenkomstig den inhoud van het papier; maar toch blijkt uit deze aanhaling, dat de wilstheorie wel degelijk hare onmacht om alle uit order- en toonderpapier voortvloeiende verbintenissen te verklaren, gevoelt!

Wanneer wij nu, bevrijd van het juk van den schuldenaarswil, volgens de hierboven aangegeven methode de oplossing onzer vragen beproeven, dan meen ik als hoofdbeginsel te mogen stellen, dat nooit aan eenen oneer-

lijken verkrijger rechten uit het papier mogen toegekend worden. Terecht is het ontkennen dezer waarheid als een der voornaamste grieven tegen de creatietheorie beschouwd. «Diese Lehre ¹⁾, sollte man glauben, kann nicht von einem Rechtslehrer herrühren, denn sie lehrt Unrecht,» zoo schrijft LADENBURG ²⁾, «sie ist wider die Grundlage des Rechts, der Moral und der Sitte gerichtet; sie bedroht den Verkehr und empört das Rechtsgefühl. Die Rechtswissenschaft wäre ihres Namens unwürdig, wenn sie dieselbe annähme.» Dit wordt wel speciaal gezegd met het oog op de erkenning van de rechten van den dief eens niet «begebenen» wissels, maar kan m. i. veilig uitgebreid worden over het toekennen van rechten ook aan andere mala fide verkrijgers.

KUNTZE c. s. worden door hun foutief uitgangspunt gedwongen om ook oneerlijke verkrijgers als schuldeischer te beschouwen; maar dat ook Prof. D'ABLAING tot dergelijke resultaten komt, is onbegrijpelijk. Eenmaal tot de conclusie gekomen, dat een wetsfeit grond der verbintenis is, heeft hij een nader onderzoek daarnaar blijkbaar onnoodig geacht, en stelt zich met de volgende uitermate onvolledige en totaal ongemotiveerde omschrijving van het rechtsfeit tevreden: «De wisselverbintenis houd ik daarom voor eene obligatio ex lege, voortgesproten uit een, met behulp van menselijke handelingen in het leven geroepen toestand (*het houden van enz.*)» ³⁾. Ook zegt Mr D'ABLAING een paar maal uitdrukkelijk, dat hij erkenning der rechten van dief, vinder, enz. noodzakelijk acht. Zoo op blz. 101: «(Wij mogen dit niet doen,

¹⁾ N.l. dat de dief enz. crediteur is.

²⁾ Archiv für Wechselrecht, XIV, pag. 290.

³⁾ Zie pag. 105, o. c.

daar) het noodig en onvermijdelijk is de wisselrechten van den dief of vinder te erkennen». Een pijnlijken indruk maakt het inderdaad, dat een man als D'ABLAING, na zich pas van de knellende banden der schuldwillen te hebben losgemaakt, de juist verworven vrijheid misbruikt door dergelijke stellingen te verkondigen!

Wel is «noodig en onvermijdelijk», dat in zekere omstandigheden betaling, te goeder trouw aan den diefenz. gedaan, den schuldenaar bevrijdt ook tegenover den waren crediteur, maar ook niets meer; geenszins eischt het verkeer, en ons rechtsgevoel verzet er zich ten sterkste tegen, dat den schuldenaar de plicht worde opgelegd om, al weet hij, dat hij een oneerlijken houder tegenover zich heeft, dezen toch te betalen, — dat deze dus als crediteur worde erkend ¹⁾).

Zoo kunnen wij dus als eerste beginsel omtrent orderen toonderpapier stellen: nimmer rechten toekennen aan een oneerlijken verkrijger. Maar daarmee is nog niet gezegd, dat dit beginsel in het positief recht van ieder land geldt. Op ons terrein moeten wij bijzonder op onze

¹⁾ Wil men, behalve het crediteurschap van den dief, nog eene fraaie consequentie der stelling: ieder houder is schuldeischer, dan denke men zich het volgende geval. Iemand geeft een toonderbriefje aan zijnen bediende om het bedrag te innen. Die bediende is nu naar de meening van D'ABLAING c. s. schuldeischer, en qua talis volkomen gerechtigd om den debiteur kwijtschelding te verleenen. Hij laat zich door dezen omkooopen om dit te doen, en geeft het toonderbriefje, met eene formeele kwijtschelding voorzien, aan den debiteur af. De bedrogen eigenaar van het briefje, de patroon van den bediende, ontvangt nu zijn geld niet; hij heeft natuurlijk wel verhaal op zijn bediende — wat hem in den regel niet veel zal opbrengen, — maar de hoofdbedrieger, de debiteur, is van alles af. Met welk recht zou de bedrogene hem aanspreken, de man heeft niets ongeoorloofds gedaan, hij heeft zijnen crediteur eenvoudig overreed om hem kwijtschelding te verleenen, dat gaat derden in 't geheel niet aan, niemand kan daartegen iets inbrengen. — Tableau!

hoede zijn tegen verwarring van jus constitutum en jus constituendum, en nimmer uit het oog verliezen, dat, al is eene theorie nog zoo goed, al achten wij het stel door ons geconstrueerde bepalingen nog zoo heilzaam en billijk, deze daarom nog volstrekt geen deel van het positief recht van een bepaald land uitmaken. Vele schrijvers houden dit niet in het oog, bouwen eerst zonder zich in het minst om positieve wetsbepalingen te bekommeren, eene theorie op, noemen vervolgens een paar wetsartikelen, die uit hunne theorie verklaard kunnen worden, en zeggen dan: «ergo geldt mijne leer met al hare gevolgtrekkingen in het positief recht van dit of dat land».

Typisch is in dit opzicht KUNTZE ¹⁾, die een aantal artikelen der D. W. O. als uitvloeisels zijner leer aanhaalt. Zijne meeste argumenten hebben eene bloot negatieve strekking, bewijzen slechts, dat de W. O. de contractstheorie niet huldigt. Maar dit daargelaten, en aangenomen, dat er artikelen zijn, welke als consequentiën der creatietheorie beschouwd kunnen worden, b. v. de bepalingen omtrent accept, artt. 18, 21, 22, 23, 67, enz. (in ons W. v. K. artt. 119, 120, 162, enz.), mogen wij daarom zeggen: de creatietheorie is die van onzen wetgever, en moeten wij dan ook al hare gevolgtrekkingen als stellig recht erkennen? — Mijns inziens volstrekt niet. Vooreerst is niet bewezen, dat de creatietheorie door onzen wetgever of dien der W. O. is gehuldigd; zij was in hun tijd zelfs totaal onbekend, en de geciteerde bepalingen, hoewel zeker ook als gevolgtrekkingen der creatieleer kunnende geëxpliceerd worden, vinden evenzeer langs anderen weg, historisch en op nuttigheidsgronden, gereedelijk hare verklaring. En bovendien, stel, dat bewezen is: de wet-

¹⁾ In ENDEMANN'S Handbuch, l. c., pag. 76 vlg.

gever heeft de creatietheorie gehuldigd ¹⁾, dan toch binden 's wetgevers theorieën ons niet. Zijne bepalingen zullen wij zeker in den geest van zijne theorie moeten interpreteren, maar verdere consequentiën dier theorie, welke hij niet zelf heeft gesanctioneerd, zijn geen positief recht en behoeven niet aanvaard te worden, indien de theorie des wetgevers ons onjuist, in strijd met verkeers-eischen en billijkheid, toeschijnt.

Ook in Duitschland heeft in de laatste jaren meer en meer de meening ingang gevonden, dat men ten einde de in een land geldende wisseltheorie op te sporen — om ons van deze terminologie te blijven bedienen —, niet zoo maar abstract moet gaan redeneeren en vervolgens voor de aldus gevonden resultaten een paar steunpunten in wet of gewoonte zoeken, om dan ten slotte al die resultaten voor positief recht te verklaren, maar dat men zich de geldende wetsbepalingen (of erkende regelen van gewoonterecht, waar dit rechtsbron is) tot uitgangspunt moet kiezen en daaruit zijne theorie opbouwen ²⁾.

Bijzondere waardeering verdient in dit opzicht het reeds meergenoemde werk van LEHMANN. Hij leidt zijne theorie af uit de bepalingen der Deutsche wisselwet, en noemt haar dan ook «Wechseltheorie der Wechselordnung». Zijn resultaat ³⁾ is aldus: terwijl «die Niederschrift des Akzeptvermerks das einzige zur Perfektion der Akzeptantenobli-

¹⁾ Zoo kan men bezwaarlijk ontkennen, dat de samenstellers van het „Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches f. d. D. R.“ de creatietheorie huldigen.

²⁾ Daarnaast blijft critiek van het positief recht, het zoeken eener betere „theorie“, als die des wetgevers onjuist wordt geoordeeld, natuurlijk eene dure plicht der rechtswetenschap, maar de twee zaken moeten wél onderscheiden worden.

³⁾ Te vinden op pag. 274 van zijn werk.

gation erforderliche Moment ist» (art. 21 en 22 D. W. O.), wordt tot het tot stand komen der verbintenis van trekker en endossanten vereischt: 1^o. «ein zur Eigentumsübertragung an sich geeigneter Rechtsakt des sich Verpflichtenden — aber nicht notwendig Begebung des Wechsels»; 2^o. «Erwerb des Eigentums am Wechsel durch einen aus dem Wechsel als Berechtigter Legitimierten».

Dit laatste resultaat verkrijgt LEHMANN uit art. 36 en 74 D. W. O.; doch daar hij eene verkeerde interpretatie van die artikelen huldigt ¹⁾, vervalt ook zijn wisseltheorie. Juist om zijne streng positiefrechtelijke richting evenwel is de theorie van LEHMANN voor ons zonder belang en staan wij er dus niet nader bij stil.

Andere schrijvers hebben wel oog voor het stellig recht, doch kunnen daarnaast toch ook van den dierbaren rechtscheppenden wil niet scheiden. Daarvan geeft GRÜNHUT ²⁾ in zijne «Redlichkeitstheorie» een merkwaardig voorbeeld. Zijn resultaat «Berechtigung des formell legitimierten gutgläubigen Besitzers» is geenszins verwerpelijk en volkomen met art. 74 D. W. O. in overeenstemming, maar de deductie daarvan uit den wil der verbonden wordende personen — GRÜNHUT is met deze enkele wijziging volbloed creatietheorist! — is ten eenenmale onmogelijk. Immers van hun standpunt is het, zooals LEHMANN terecht opmerkt ³⁾, volkomen onverschillig, of ook de mala fide verkrijger gerechtigd worde; ik zou verder willen gaan, en zeggen, dat hij dit zelfs bepaald wenschen moet, want voor hem is 't het gemakkelijkst te mogen betalen aan iederen formeel gelegitimeerden houder, hij zij bona of mala fide possessor.

¹⁾ Cfr. Carlin, Zft f. d. ges. Hr., Dl. XXXVI, pag. 14 vlg.

²⁾ GRÜNHUT, Die Wechselbegebung nach Verfall, 1871.

³⁾ Zie § 49, pag. 175, o. c.

Ook CARLIN kan zich niet geheel van den «Verpflichtungswille» losmaken. Eerst haalt hij ¹⁾ met instemming eene uitspraak van GIERKE aan: «Durch die Fertigung des Werthpapiers wird blosz eine besonders qualifizierte und zum Substrat eines Rechtsverhältnisses geeignete Sache geschaffen», en onmiddellijk gaat hij voort: «Der im Papier niedergelegte Verpflichtungswille wird erst in dem Augenblick rechtlich relevant und unabänderlich fixirt, in welchem ein Dritter Eigentumsrecht an der Urkunde erwirbt» ²⁾. «Der im Papier niedergelegte Verpflichtungswille» — is het niet, als ware KUNTZE aan het woord? Inderdaad, het scheiden van den rechtscheppenden wil der privaatspersonen schijnt, wanneer men eenmaal met dat dogma is grootgebracht, op ons terrein zeer veel te kosten!

Bovenstaande theorieën bracht ik in dit hoofdstuk ter sprake als eigenaardige voorbeelden van het hinken op twee gedachten: schuldenaarswil en positief recht. De behandeling van andere nieuwere theorieën meen ik gevoeglijk achterwege te kunnen laten, immers ieder werk over order- en toonderpapier bespreekt ze ³⁾, en in de critiek van anderer constructies zijn speciaal de Duitsche schrijvers gewoonlijk voortreffelijk, hoe vreemd dikwijls hunne eigene theorie ook zijn moge.

Aan te toonen, dat 's wetgevers taak ten aanzien van order- en toonderpapier iets anders en iets hoogers is dan het sanctioneeren van een rechtscheppenden privaat-

¹⁾ Zie Zft f. d. ges. Hr., XXXVI, pag. 9 vlg.

²⁾ Het hier uitgedrukte denkbeeld op zich zelf, dat eigendomsverkriging van het door den onderteekenaar gereedgemaakte en onderteekende papier door een derde verbintenscheppend feit is, bevat, afgezien van de ongelukkige inkleeding, veel goeds.

³⁾ Vooral door LEHMANN worden zij m. i. uitstekend behandeld. Zie o. e., pag. 145—207.

wil, zijne vrijheid tegenover dien wil te vindiceeren, dat scheen mij noodzakelijk, en daartoe diende de bespreking der theorieën. Maar nu deze taak, zoo goed mijne bescheidene krachten toelieten, is volbracht, schijnt het mij onnut om langer bij de Duitsche theorieën stil te staan.

Laat ons thans liever den blik van onze Oostelijke naburen en hunne «Konstruktionsversuche» afwenden, en het oog richten op een volk, dat zich op ons terrein met dergelijke bespiegelingen niet heeft ingelaten, doch welks schrijvers over order- en toonderpapier zich alleen de vraag stellen: welke regeling is de billijkste en komt zoo veel mogelijk aan de eischen van het moderne verkeer te gemoet?

Voorzeker zal ik niemand verbazen door de mededeeling, dat de practische Yankees — wier recht omtrent order- en toonderpapier in hoofdzaak overeenstemt met het Engelsche recht —, het bedoelde volk zijn.

HOOFDSTUK IV.

Noord-Amerikaansch Recht.

Geschreven recht omtrent ons onderwerp zoeken wij in de Amerikaansche Unie te vergeefs; de gewoonte en vooral de jurisprudentie (case-law) treden hier als rechtsbron op. Zelfstandige studie dier bronnen ware natuurlijk voor den schrijver van dit proefschrift eene onmogelijkheid, en bovendien is zij voor ons doel onnoodig. Immers het materiaal is bijeengebracht, en met buitengewone zorgvuldigheid en helderheid bewerkt door den Amerikaanschen rechtsgeleerde JOHN W. DANIEL. In zijn groot werk ¹⁾ zet deze schrijver tot in de kleinste bijzonderheden het omtrent verhandelbare papieren geldende recht uiteen. Met groote onpartijdigheid vermeldt hij steeds niet alleen de vonnissen, waarmede hij instemt, doch ook de afwijkende beslissingen; wij leeren dus uit zijn werk niet de subjectieve opinie van een geleerde, maar het in Amerika werkelijk geldende recht kennen.

In de volgende bladzijden nu zullen wij nagaan, wat die schrijver omtrent onze kwestieën mededeelt. Na de hoogdravende taal en ingewikkelde beschouwingen der

¹⁾ A treatise on the law of negotiable instruments; 2 deelen; New York, BAKER VOORHIS & Co; 3de uitgave 1886.

Duitschers zullen ongetwijfeld de duidelijke, practische overwegingen en beslissingen van den Transatlantischen rechtsgeleerde ons eene hoogst aangename geestelijke verfrissing aanbrengeu.

Vooraf eenige algemeene opmerkingen, die tot beter begrip van hetgeen DANIEL over onze vragen schrijft, misschien het hunne kunnen bijdragen.

Voor negotiabiliteit van het papier is eene in het papier opgenomen haar toelatende clause in Amerika onontbeerlijk. Dit schijnt mij een juist beginsel, beter dan dat der D. W. O., die den wissel endossabiliteit ex lege, behoudens toevoeging der clause «niet an Ordre», toekent. Immers de gevolgen, aan de uitgifte van verhandelbaar papier verbonden, kunnen zoo belangrijk en zoo ongewenscht voor den onderteekenaar zijn, dat het rationeel is ze niet in te laten treden, tenzij de onderteekenaar door het papier aan order of toonder te stellen zelf uitdrukkelijk afstand heeft gedaan van de onveranderlijkheid des schuldeischers, welke in den regel toch eene eigenschap van verbintenissen is.

De Amerikanen hechten er echter volstrekt niet aan, of juist de woorden «order» of «bearer» gebruikt zijn, aan formalisme doen zij heel weinig. «Words in a bill, from which it can be inferred that the person making it, or any other party to it, intended it to be negotiable, will give it a transferable quality against that person», zegt DANIEL ¹⁾; het behoeft echter nauwelijks vermeld te worden, dat ook in Amerika «order» en «bearer» de gewone termen zijn om aan het papier een negotiabel karakter te geven.

Eene valutaclause wordt in Amerika niet vereischt,

¹⁾ Zie § 106.

en zeer terecht. Het stellen van dien eisch door ons W. v. K. voor den wissel enz. bewijst alleen dat de samenstellers daarvan nog geleid werden door de oude voor-EINERT'sche contractstheorie, volgens welke het papier eenvoudig bewijsmiddel eener gesloten overeenkomst was. Het is bij ons echter niets meer dan eene bloote formaliteit, die gerust kan vervallen.

In het algemeen wordt «delivery» (Begebung) als geldigheidsvereischte gesteld ¹⁾. Daarvóór is het papier «a perfect nullity». Uit deze enkele opmerking blijkt reeds, dat de creatietheoristen zich niet om steun naar Amerika behoeven te wenden, iets wat met het oog op den practischen, gezonden geest der Yankees geen verwondering kan baren.

Dit vereischte is echter in Amerika geenszins een rechtsgrond; het wordt, gelijk wij later zullen zien, niet in dien zin bedoeld, dat zonder zijne vervulling niemand rechten uit het papier zou kunnen verkrijgen.

Wij zullen in de eerste plaats stilstaan bij Chapter VII, getiteld: «On Consideration of negotiable instruments», waar beschouwingen over de causa (consideration) te vinden zijn, die wegens haar duidelijkheid en eenvoud ten volle onze aandacht verdienen. DANIEL omschrijft ²⁾ consideration als «a benefit or gain of some kind to the party making the promise, or a loss or injury of some kind to the party, to whom it is made» ³⁾. Volgens de «common law» is eene belofte zonder zoodanige consideration ongeldig, en moet men om uit eenig contract te

¹⁾ Zie § 30, 63 vlg.

²⁾ Zie § 160.

³⁾ Zie over „consideration” Mr VAN BEMMELEN, l c., pag. 138 vlg. DANIEL verstaat daaronder het equivalent der vermogensvermindering, welke het gevolg van de belofte is. Dit valt niet volkomen samen met ons causa-begrip (zie de Inleiding), maar komt toch in praxi vrijwel op hetzelfde neer.

kunnen ageeren de consideration in rechte aanvoeren en bewijzen. De oudste uitzondering op dezen regel is gemaakt voor «promises under seal», daar het aanhechten van een zegel door de belovende partij, werd beschouwd als bewijs, dat er eene «consideration» aanwezig was. De behoeften van het handelsverkeer maakten weldra eene tweede uitzondering op den regel noodzakelijk, en bewerkten, dat aan wissels en promessen prima facie bewijskracht van consideration werd toegekend, en dat niet alleen als ze verhandelbaar waren, doch evenzeer aan recta-wissels en recta-promessen. Het is echter slechts eene prima facie bewijskracht, die aan deze papieren wordt toegekend; de presumptie van consideration, welke uit hun bezit voortvloeit, kan door den schuldenaar weerlegd worden, deze is daartoe volkomen gerechtigd. Geheel anders evenwel komen de zaken te staan, wanneer het papier is gekomen in handen van een «third party»; dan moet de schuldenaar aantonen: 1^o. evenals in het vorige geval, dat hij zich zonder consideration verbonden heeft; doch bovendien: 2^o. «want or failure of the consideration between the plaintiff and his immediate indorser». Is in dit geval de eischer dus een bona fide holder for value, dan gaat de bewijslast niet op hem over, en dan baat het bewijs van «want or failure of the original consideration» den aangesprokene geenszins.

Tusschen partijen, die onmiddellijk samen gehandeld hebben, is alleen dit dus aan wissels en promessen eigenaardig, dat men daarop een eisch kan instellen, zonder, zooals bij eene gewone de causa niet vermeldende (zoo genaamd abstracte) schuldbekekenis, de causa te moeten aanvoeren en, bij tegenspraak van gedaagde, bewijzen. Den aangesprokene blijven in dit geval echter alle aan de causa ontleende exceptiën geoorloofd.

Tegenover derden daarentegen gaat een beroep op de *causa* niet op, niet omdat zij «rechtlich unterdrückt» is, maar omdat men bij circuleerende papieren, wil men de circulatie niet illusoir maken, moet verbieden aan derden dingen tegen te werpen, die zij met geene mogelijkheid konden weten. Maar om tegenover iemand, met wien men onmiddellijk gehandeld heeft, beroep op de *causa*, op «want or failure of consideration», uit te sluiten, daaraan denkt de Amerikaan niet; trouwens, eer men daartoe komen kan, moet het billijkheidsgevoel al zeer ernstig geleden hebben onder den invloed der abstracte obligatie!

Als er «*fraud or illegality in the origin of the paper*» was, wordt de positie van den derden houder eenigszins anders. Dit wordt hier reeds aangeduid, doch nader uitgewerkt bij de opzettelijke bespreking van den *bona fide* houder, waartoe wij thans overgaan.

Dit onderwerp wordt behandeld in Chapter XXIV, getiteld: «*Nature and Rights of a bona fide holder or purchaser*». DANIEL vangt aan met ons nog eens te herinneren, dat «*it is a general principle of the law merchant that, as between the immediate parties to a negotiable instrument — parties between whom there is a privity — the consideration may be inquired into; and that as to them the only superiority of a bill or note over other unsealed evidences of debt is, that it prima facie imports a consideration*». Daarna zegt hij, dat thans moet onderzocht worden de vraag, in hoeverre tegenover derden de schuldenaar zich kan beroepen op «*fraud or illegality in the origin of the paper*» en op «*want or failure of the original consideration*».

De rechtsregelen, waarin het antwoord op die vraag is vervat, formuleert DANIEL als volgt:

I. Om tegenover den schuldenaar eene gunstiger positie

dan zijn voorman te kunnen innemen, moet de derde houder het papier verkregen hebben:

- 1°. bona fide,
- 2°. for a valuable consideration,
- 3°. in the ordinary course of business,
- 4°. when it was not overdue (before maturity),
- 5°. without notice of its dishonor (d. i. geweigerde acceptatie of betaling),
- 6°. without notice of facts, which impeach its validity as between antecedent parties.

Voldoet de houder aan die vereischten, dan kunnen de laatstgenoemde feiten b.v. execution without consideration, kwijtschelding, betaling, oorspronkelijke verkrijging door bedrog, diefstal, roof enz. tegen hem niet aangevoerd worden.

II. De houder behoeft echter geenszins dadelijk aan te toonen, dat zijne verkrijging aan die 6 voorwaarden heeft voldaan. Integendeel, het bezit van een verhandelbaar papier, betaalbaar aan toonder, in blanco of aan den houder geëndosseerd, legitimeert dezen volkomen.

III. De bewijslast rust op dengene, die het recht van genoemden bezitter ontkent.

IV. Vermoeden van «defect of title» of kennis van omstandigheden, waaruit zoodanig vermoeden in den geest van een verstandig man zou ontstaan, of grove onachtzaamheid aan zijde van den verkrijger ten tijde der verkrijging van het papier, verhinderen hem niet om op zijn begunstigd standpunt te blijven.

Maar:

V. Als de gedaagde aantoont «fraud or illegality in the origin of the papier», d. i. dat het papier van hem door bedrog of eenige andere onrechtmatige handeling is verkregen, dan moet eischer zijne bona fide verkrijging for value enz. bewijzen.

VI. Als de consideration, waarvoor het papier gegeven was, volgens eenig wettelijk voorschrift (by statute) nietig was, dan is het papier nietig ook in handen van den bona fide houder.

VII. Niemand kan ageeren uit een papier, dat onecht, of door eenen handelingsonbekwame uitgegeven is.

Dit alles meent DANIEL als Amerikaansch positief recht te mogen stellen. Wij zullen het nu aan zijne hand eenigszins toelichten en uitwerken.

Vooreerst dan de 6 vereischten, waaraan de houder moet voldoen om een bevoorrecht standpunt te kunnen innemen.

Ad 1^{um}. In de eerste plaats, zagen wij, moet de houder daartoe te goeder trouw verkregen hebben. In het begin dezer eeuw is er in Engeland strijd over geweest, of bona fides wel voldoende was. Lord KENYON had die vraag in 1801 bevestigend beantwoord, en dit gold als recht, totdat Lord Chief-Justice ABBOTT in 1824 er het vereischte aan toevoegde, dat de houder niet mocht verkregen hebben «under circumstances which ought to have excited the suspicions of a prudent and careful man». Tien jaren handhaafde deze nieuwe leer zich in de jurisprudentie, doch toen bezweek zij voor de talrijke klachten van bankiers en handelaars. Toen (1834) werd het vereischte van hetgeen nog bij de bona fides moest komen door Lord DENMAN althans verzacht: den verkrijger moest n.l. geen grove onachtzaamheid kunnen ten laste gelegd worden. Twee jaren later werd ook dit afgeschaft, en besliste het hof van KING'S BENCH, dat «gross negligence» wel kon aangevoerd worden om met andere omstandigheden samen mala fides te bewijzen, maar op zichzelf geen grond was om den bona fide verkrijger bescherming te onthouden. Zoo was de regel,

in 1801 ingevoerd, in 1836 in Engeland weer in eere hersteld, en sinds is hij steeds blijven gelden onder nagenoeg algemeene goedkeuring van wetenschap en practijk «on the ground, that it releaves them (the negotiable instruments) of the clog which the contrary doctrine imposes on their negotiability».

Wat Amerika betreft, hoewel vooral vroeger enkele uitspraken in den zin van Lord ABBOTT zijn gegeven, wordt sinds 1846 algemeen de leer van Lord KENYON en KING's BENCH gevolgd, waarmede ook DANIEL van harte instemming betuigt. «Both upon principle and authority», zoo zegt hij, «it is safe to say, that the experience of the commercial world, and of the courts, before which the doctrines here discussed have so often passed in review, have satisfied jurists as well as men of business, that the interests of commerce are best subserved by the liberal view which promotes the circulation of negotiable instruments, and that the bona fides of the transaction should be the decisive test of the holder's rights».

Ik heb vooral daarom van dezen strijd melding gemaakt, omdat zonder dit regel IV eenigszins onbegrijpelijk klinkt; in het licht der historie wordt hij ons echter volkomen duidelijk. Bovendien geeft die geschiedenis van het eerste vereischte ons reeds dadelijk gelegenheid om op te merken, dat in het Engelsch-Amerikaansche recht practische beschouwingen, het verkeersbelang, den doorslag geven, terwijl wij van een rechtscheppenden partijwil met geen woord gewag gemaakt vinden.

Ad 2^{um}. «Valuable consideration». De verkrijger behoeft volstrekt niet de volle waarde, het nominaal bedrag, betaald te hebben, doch aan den anderen kant kan een zeer lage prijs, die door niets verklaard wordt, het vermoeden doen rijzen, dat de verkrijger de gebreken, die het

papier aankleefden, kende, en dus zijne bona fides aantasten.

Ad 3^{um}. «In the ordinary course of business». Verschillende soorten van overdracht, die niet in the ordinary course of business zijn, worden opgenoemd, b.v. overdracht door den houder aan een «trustee» ten behoeve van crediteuren des houders; het zijn alle zeer bijzondere gevallen.

Ad 4^{um}. «Before maturity», vóór den vervaldag, moet de overdracht hebben plaats gehad. Hij, die na den vervaldag het papier verkrijgt, kan nooit beter recht verwerven dan zijn voorganger had. Want het feit zelf, dat een verhandelbaar papier na den vervaldag circuleert, verwekt achterdocht. «The question instantly arises», zeide Chief-Justice SHAW, «why is it in circulation? why is it not paid? There is something wrong!»! Neemt men het papier toch aan, dan doet men het op eigen risico en krijgt geen beter recht dan zijn voorman.

Is een endossement niet gedateerd, dan is er een vermoeden, dat de verkrijger vóór den vervaldag houder is geworden.

Heeft iemand complaisance-papier (accommodation-paper) na den vervaldag verkregen, dan mag de onderteekenaar, niettegenstaande het boven gezegde, toch het feit der uitgifte without consideration tegen hem niet aanvoeren, zelfs al was dat feit hem bekend. Het uitgeven van zoodanig papier toch moet beschouwd worden als eene belofte «to be bound to every person who shall take the same for value, to the same extent as if paid to him personally».

Ad 5^{um} et 6^{um}. «Without notice of dishonor, and of facts which impeach the validity of the paper in the transferrer's hands». Notice, kennis, van een van die omstandigheden belet den houder om een beter recht te verkrijgen dan zijn voorganger had, «leaves him in the shoes of his transferrer», althans, indien hij die kennis gehad

heeft ten tijde der verkrijging; latere kennis toch schaadt hem niet.

«Notice of accommodation paper» is geen beletsel om de bevoorrechte positie in te nemen, zooals wij reeds zagen.

De «notice» kan zijn «express», doch ook «constructive», en wel afgeleid «from the appearance of the paper» of «from extrinsic circumstances». In het eerste geval is niet-bescherming van den houder, die, hoewel hij de gebreken kende, toch het papier kocht, zeer natuurlijk. Was het gebrek aan het papier te zien, dan is het ook hoogst billijk «upon the ground that when a party is about to perform an act which he has reason to believe may affect the rights of third persons an inquiry as to the facts is a moral duty and diligence an act of justice». De man had het kunnen weten, als hij maar uit zijn oogen had gekeken: daarom wordt hij niet beschermd. Dat zijn eerst practische argumenten!

Dat ook «constructive notice from extrinsic circumstances» het innemen der bevoorrechte positie verhindert, is eveneens begrijpelijk. Wij hebben daaronder namelijk te denken het geval, dat de omstandigheden, waaronder de verkrijging plaats grijpt, zoo achterdochtwekkend zijn, dat het vermijden van een onderzoek naar de feiten alleen verklaard kan worden uit de vrees, dat dit onderzoek gebreken in het papier zou aan den dag brengen; en bij deze casuspositie is de verkrijger niet meer bona fide.

Het is niet noodig, dat de verkrijger precies weet, welk gebrek het papier aankleeft, «general notice», wetenschap, dat er iets niet in den haak is, is reeds voldoende om hem te beletten het gunstige standpunt in te nemen.

Hiermede stappen wij af van de vereischten, waaraan men in Amerika moet voldoen om beschermd te worden tegen exceptiën, ontleend aan de verhouding tusschen vroegere eigenaars van het papier. Zij schijnen vrij inge-

wikkeld, maar bij nader inzien zal men toch tot de overtuiging komen, dat geen dier vereischten voor het verkeer bezwarend is. Vooral zal dit ons duidelijk worden, wanneer de gewichtige kwestie van den bewijslast (Regels II, III en V) behandeld is.

Als complement der 5 vorige afdeelingen, handelende over de voorwaarden, onder welke men eene betere positie dan zijn voorman kan innemen, moet Section VI van ons Hoofdstuk XXIV worden beschouwd. Daar toch wordt besproken «when purchaser or holder stands on *same* footing as his transferrer».

In de eerste plaats geldt als algemeen beginsel: «a holder with good title may transfer it», de nieuwe verkrijger kan nooit in slechter positie komen dan zijn voorman, ook al weet hij zelf van eenig gebrek in het papier. Wij kunnen dus zeggen «as soon as the paper comes into the hands of a holder, unaffected by any defect, its character as a negotiable security is established; and the power of transferring it to others, with the same immunity which attaches in his own hands, is incident to his legal right, and necessary to sustain the character and value of the instrument as property, and to protect the bona fide holder in its enjoyment» ¹⁾. Ook ligt hierin geen hardheid tegenover den ondertekenaar van het papier: aan den bona fide holder zelve zou hij hebben moeten betalen, en zijn toestand wordt dus niet ongunstiger, doordat het papier in handen komt van iemand, die de gebreken daarvan kent.

De eenige uitzondering op dezen regel is, dat, wanneer het papier krachteloos was tusschen ondertekenaar en eersten nemer, de laatste nimmer gerechtigd kan worden, ook niet door verkrijging van een bona fide holder for

¹⁾ Zie § 803.

value; immers zóó streng behoefte de regel niet volgehouden te worden om den bona fide holder voldoende te beschermen, — en daarom is het toch maar te doen.

In de tweede plaats zijn er enkele verweermiddelen, die ook tegen den bona fide holder for value gelden, ten aanzien waarvan men dus zou kunnen zeggen, dat deze als rechtsopvolger zijner voormannen geldt. Hier blijkt, dat in Amerika de bescherming van den bona fide holder for value wel het ideaal is, doch dat het recht daar ook wel degelijk oog heeft voor de belangen van anderen. Die verwerkingen, welke ook tegen den bona fide holder for value gelden, zijn:

1°. onbekwaamheid van den onderteekenaar (kind, krankzinnige, getrouwde vrouw), Regel VII.

2°. nietigheid van het papier krachtens uitdrukkelijke wetbepaling (by statute) b. v. wanneer het uitgegeven is voor speelschuld, of er woeker aan kleeft, Regel VI. In sommige gedeelten der Unie kan deze categorie van exceptiën echter niet tegen den bona fide holder for value aangevoerd worden, en in elk geval zijn bij zoodanig papier de endossanten wel degelijk regresplichtig jegens hunne geëndosseerden.

3°. het ontbreken der toestemming (want of consent) van den aangesprokene. B. v. als het papier valsch of vervalscht, of de uitgever tot teekenen gedwongen is. Bij de uitwerking van dit n°. 3, welke hieronder volgt, zal ons blijken, dat lang niet altijd het ontbreken der toestemming tegen den b. f. holder f. v. kan aangevoerd worden. DANIEL stelt het hier slechts als algemeen beginsel, behoudens de latere uitwerking.

Eindelijk behandelt DANIEL in Section VII van zijn 24^{ste} hoofdstuk een onderwerp, dat voor de practijk van het grootste belang is, de kwestie van den bewijslast: «the

burden of proof as to bona fide ownership». Daaromtrent gelden de volgende regelen:

1°. Het bezit, de vertooning van het papier door den geëndosseerde bij op naam geëndosseerd orderpapier, door wien dan ook bij toonderpapier en in blanco geëndosseerd orderpapier, geeft prima facie bewijs van verkrijging te goeder trouw, for value, in the usual course of business, before maturity, en without notice of any circumstance impeaching its validity; een vermoeden dus, dat hij eigenaar is, gerechtigd om het volle bedrag van alle aansprakelijke personen te vorderen (Regel II en III).

2°. Zelfs als gedaagde aantoot «want of consideration or misapplication of the instrument» is de bezitter nog niet tot het minste bewijs gehouden; bij toonderpapier alleen moet hij nu volgens DANIEL aantoonen, dat hij latere verkrijger en niet de eerste nemer is: immers er is geen reden om hiervoor eene presumptie op te stellen, en als hij de eerste nemer was, zou zijn recht door het geleverde bewijs van gedaagde reeds opgeheven zijn.

3°. Als echter gedaagde aantoot, dat er te zijnen aanzien bedrog of eenige andere onwettige handeling gepleegd is om het papier van hem in handen te krijgen (fraud or illegality in the inception of the instrument), of dat hij het verloren heeft, dan wordt de bewijslast op eischer overgebracht, die nu moet aantoonen al datgene, wat straks te zijnen behoefte werd gepresumeerd, dus verkrijging «bona fide, for value, in the usual course of business, while current and under circumstances, which create no presumption that he knew the facts which impeach the papers validity», Regel V. «This principle is obviously salutary», meent DANIEL, «for the presumption is natural, that an instrument so issued would be quickly transferred to another; and unless he gave value, which

could be easily proved if given, it would perpetrate great injustice, and reward fraud to permit him to recover ¹⁾. Ook is het voor den houder, als hij onschuldig is, veel gemakkelijker dit aan te toonen, dan in het omgekeerde geval (als hij dus medeplichtige van den oneerlijken vinder, bedrieger of dief is) het bewijs hiervan voor den gedaagde zou zijn. Daarom wordt hier terecht de bewijslast op den houder overgebracht.

4°. Indien de eischer hetgeen nu van hem verlangd wordt bewijst, ergo, dat hij het papier verkregen heeft te goeder trouw, for value, in the usual course of business, before maturity and under circumstances which do not operate as constructive notice of the facts which impeach the original validity, dan mag gedaagde nog aantoonen, dat eischer die laatstbedoelde feiten toch werkelijk wel degelijk wist (that he had actual notice); maar kan hij dat niet doen, dan moet hij betalen.

Hoe moet eischer dat veelomvattende bewijs echter leveren? Volgens DANIEL, gesteund door de meeste en best-gemotiveerde vonnissen, is het voldoende, dat eischer aantoot zijne verkrijging for fair value en vóór den vervalldag. Daaruit mag men immers veilig zijne goede trouw en het niet-weten van «impeaching facts» afleiden, dewijl zonder dat het geven van redelijke waarde, fair value, niet verklaarbaar is. Ook is het onmogelijk een beter bewijs voor goede trouw te leveren; en den eischer te belasten met het bewijs, dat hij geen kennis droeg van bedoelde feiten «would be to burden him with the necessity of proving an impossible negative», en zou zijn recht illusoir maken. Als dus eischer bewijst verkrijging vóór den vervalldag for fair value, geen omstandigheden aan

¹⁾ Zie § 815.

den dag komen, waaruit constructive notice valt af te leiden, en gedaagde niet aantoont, dat hij actual notice had, dan moet de laatste betalen.

Het volgende hoofdstuk, handelende over «Bills and Notes as security, and secured», is voor ons minder van belang, maar hoofdstuk XXVI, waarin de rechten van den bona fide houder van papieren «originating in fraud, duress or violation of authority» nader worden besproken, verdient onze aandacht weder ten volle. Hier, waar wij met bedrogen, bestolen en gedwongen onderteekenaars te doen hebben, is voor het recht de keuze tusschen bescherming van den bona fide houder en van den uitgever, die geen waarde heeft genoten, zeer lastig: alle omstandigheden moeten hier nauwkeurig overwogen worden. Dat ook DANIEL het moeilijke dier keuze inziet, blijkt ten duidelijkste uit den aanhef van bedoeld hoofdstuk. «There are numerous cases», zoo vangt dit aan, «in which the line of demarcation between the fraud, which does not affect the bona fide holder for value, and without notice, and that which utterly vitiates the instrument in all hands whatsoever is narrow and difficult to distinguish».

Hoe gewenscht voor het verkeer onbepaalde bescherming van den bona fide holder for value ook zijn moge, DANIEL denkt er niet aan haar tot een dogma te verheffen, en zodoende de belangen van anderen uit het oog te verliezen; ook al te groote hardheid tegenover den onderteekenaar moet vermeden worden. Immers, «all purchasers must incur some risk; and to protect them, after the maker has done some act which, in equity and good conscience, should seal his mouth, is all that seems to us necessary to guard their rights, without

inflicting great injustice on the innocent party. It is the case of one innocent party against another equally so; and when the latter has done nothing to lower the grade of his claim to protection, we do not see that the former stands upon any superior footing ¹⁾». Daarom behoeft de onderteekenaar niet te betalen, tenzij een der drie volgende vragen bevestigend kan beantwoord worden:

a. Has the party sought to be charged created an agency or trust, by means of which the fraud has been committed?

b. Has he deliberately given the appearance of validity to the instrument?

c. Has he committed negligence respecting it, by means of which an opportunity for the fraud has been created?

«Whenever either of these questions can be answered affirmatively upon a fair consideration of all the circumstances of the case, the balance of equity is in favor of the bona fide holder for value and without notice, the axiomatic principle of law then applying, that where one of two innocent persons must suffer, the one who creates the trust, or does the act from which the loss results, must bear it» ²⁾.

Nu hebben wij een betrouwbaren gids, en kunnen dus met gerustheid de verschillende categorieën van gevallen, die zich in de practijk kunnen voordoen, gaan beschouwen.

1°. «Negotiable instruments completed but not delivered»: het papier is geschreven en onderteekend, maar niet door den onderteekenaar uitgegeven, doch hem b. v. ontstolen. Vraag *b* wordt hier bevestigend beantwoord, derhalve wordt de b. f. holder f. v. beschermd, en kan het ontbreken van «delivery» aan hem niet tegengewor-

¹⁾ Zie § 838.

²⁾ Zie § 836.

pen worden. Dit geldt intusschen alleen voor papier, dat aan toonder betaalbaar of in blanco geëndosseerd is, of den dief als nemer of als geëndosseerde noemt; buiten die gevallen toch moet er noodzakelijk eene valsche handteekening op het papier komen om den b. f. houder formeel te legitimeeren, en dan kan hij nimmer gerechtigd worden.

De volgende beschouwingen rechtvaardigen de gebondenheid van den uitgever nog nader. Wat den b. f. holder f. v. betreft, hem is niets hoegenaamd te verwijten, hij kon het ontbreken van «delivery» aan het papier niet zien. De onderteekenaar daarentegen heeft opzettelijk een verhandelbaar papier gereed gemaakt met de bedoeling om het nog eenigen tijd te bewaren, en het is zeer billijk, dat hij nu ook de risico dier handeling te dragen krijgt. «These instruments are made for use and not for preservation». Wordt er een gestolen, en komt het in handen van een eerlijken houder for value, dan moet het verlies gedragen worden door den onderteekenaar, door «the person, whose act had opened the door for it (scil. the loss) to enter ¹⁾».

De meening van DANIEL op dit punt wordt bijna algemeen in Noord-Amerika gedeeld; alleen in New-York zijn zeer enkele vonnissen geveld, waarbij in ons geval den bona fide holder for value zijne actie ontzegd, en dus het verlies werd te dragen gegeven.

2°. «Negotiable instruments incomplete and undelivered»: het papier is niet geheel gereed gemaakt (er zijn dus blanketten opengelaten) en de onderteekenaar heeft het niet zelf uit handen gegeven, doch het is hem in dien onvoltooiden toestand b.v. ontstolen. Geen der drie vragen

¹⁾ Zie § 837.

kan nu bevestigend beantwoord worden. Wordt het blanket later ingevuld, dan is dit eene valsheid, en nimmer kan een b.f. houder for value nu recht verkrijgen tegen den ondertekenaar.

3°. «Negotiable instruments intrusted to another with blanks»: iemand heeft zijne blanco-handteekening of een onvoltooiden wissel enz. toevertrouwd aan zijn agent, met volmacht om de blanketten op zekere wijze in te vullen. Deze maakt van het in hem gestelde vertrouwen misbruik, en schrijft tegen de afspraak boven de handteekening eene promesse, of vult het blanket met eene hogere som in, dan waartoe hij gerechtigd was. Later komt het stuk in handen van een b. f. holder f. v. Nu moet de ondertekenaar betalen, hij heeft «created an agency or trust» en moet daarvan zelf de gevolgen dragen.

4°. «Negotiable instruments written over blank signatures»: iemand heeft zijne handteekening op een stuk papier gezet, b. v. voor in een boek. De witte bladzijde wordt er uit gescheurd, daarop boven zijne handteekening eene promesse geschreven, en deze in circulatie gebracht. Nu kan de b. f. houder f. v. niet beschermd worden, dat zou tegenover den ondertekenaar te hard wezen; geen der drie vragen kan dan ook bevestigend beantwoord worden. Van de eerste en tweede is dit zeer duidelijk, en «negligence» kan hier ook, althans in het algemeen, moeilijk aanwezig geacht worden, al zouden wellicht de omstandigheden er somtijds toe kunnen leiden om haar — en daarmede de aansprakelijkheid des ondertekenaars — in bijzondere gevallen aan te nemen.

5°. «Negotiable instruments procured by imposition on infirm or illiterate persons». B.v. een blinde of iemand, die niet lezen kan of de taal niet verstaat, teekent eene promesse, door bedrog in de meening gebracht, dat het een

ander papier is. Indien de «infirm or illiterate person» nu maar zooveel in zijn vermogen was onderzoek heeft ingesteld en voorzorg aangewend, zoodat vraag *c* te zijnen aanzien niet bevestigend kan beantwoord worden, is hij niet aansprakelijk, zelfs niet tegenover een b. f. holder f. v., want «the want of faculties to detect the fraud shields the party from its consequences» ¹⁾. Hoever de voorzorg gaan moet om dit gunstig resultaat voor den onderteekenaar te verkrijgen, wat hier «due precaution» is, kan niet in een algemeenen regel gezegd worden, doch moet naar de bijzondere omstandigheden van elk voorkomend geval worden beslist.

6°. «Negotiable instruments executed under mistake and misrepresentation»; wij hebben hier te doen met eenen onderteekenaar, die in het bezit is van normale vermogens en voldoende maatschappelijke kennis, maar die onder den invloed van bedrog, of ook zonder dat, zoo maar bij vergissing, een order- of toonderpapier heeft geteekend, meenende, dat het iets anders was, b. v. eene kwitantie, of een verhandelbaar papier van geringer bedrag. Hier is het volgens DANIEL bijna ondenkbaar, dat den onderteekenaar geen «negligence» ten laste gelegd kan worden; immers hij heeft verzuimd om zijne oogen en ooren goed te gebruiken, en «a man has no right to have eyes and see not; or ears and hear not; and while the law should protect those who suffer from the want of the senses in their proper development, or ordinary education, it should not permit those who have both capacity and education to throw the burden of their failure to use them upon innocent third parties» ²⁾. Dat is nog eens practische argumentatie!

¹⁾ Zie § 847.

²⁾ Zie § 850.

Nagenoeg alom in de Vereenigde Staten beslissen de rechters hier dan ook in den zin van DANIEL. Er zijn echter enkele, vooral oudere, vonnissen, waarbij in dit geval de onderteekenaar steeds beschermd wordt, op grond, dat hij niet «bedoelde» een verhandelbaar papier te onderteekenen. Zeer merkwaardig is DANIEL'S bestrijding van dit wilsargument: «We certainly cannot concur in the doctrine that the intention of the party signing the paper should determine the question of his responsibility. Third parties can have no opportunity to scrutinize his intention which is a sealed book to all but himself; and he should not be permitted to escape the responsibility of what he did by pleading what he designed to do» ¹⁾. Kan men korter en krachtiger weerlegging van het wilsdogma verlangen?

7°. «Negotiable instruments delivered bij third party in violation of instructions»: men geeft een verhandelbaar papier aan een ander met volmacht om het in circulatie te brengen, mits zekere voorwaarde vervuld wordt. Die ander is nu geen gevolmachtigde ten aanzien van het papier, geen «agent with limited powers», maar de vraag, of hij gevolmachtigd zal zijn tot uitgifte, is nog onbeslist; hij is voorloopig geen «agent» maar «custodian». Zonder dat de voorwaarde vervuld wordt, brengt echter de ander het papier in circulatie. Volgens DANIEL kan nu de b. f. holder f. v. den onderteekenaar wel degelijk aanspreken. De afspraken tusschen lastgever en lasthebber gaan derden niets aan; wil de eerste dit beletten, dan moet hij ze maar in het papier opnemen. Heeft hij dit verzuimd, dan mag hij aantoonen, dat de houder afwist van de

¹⁾ Zie § 851a.

voorwaarde en hare niet-ervulling, en anders is het billijk en natuurlijk, dat hij betaalt.

8°. «Negotiable instruments executed under duress». Hebben wij te doen met «violent duress», zoodat de ondertekenaar voor het alternatief stond om te teekenen of zwaar lichamelijk letsel of schande te ondergaan, dan vindt DANIEL geen grond om hem ooit aansprakelijk te doen zijn. Geene der drie vragen kan bevestigend beantwoord worden, en de ondertekenaar heeft eenvoudig van zijn recht van zelfverdediging gebruik gemaakt door eigen lijfsbehoud zwaarder te laten wegen, dan de mogelijkheid van geldelijk nadeel voor anderen.

Hoe heftig de dwang moet zijn en hoe groot het bedreigde kwaad moet wezen om deze voor den ondertekenaar gunstige beslissing te rechtvaardigen, kan natuurlijk niet precies in algemeene regels worden samengevat.

Bovenstaande beslissing is in Amerika gegeven, en wordt ook in Schotland algemeen gehuldigd; in Engeland daarentegen wordt aangenomen, dat, als de ondertekenaar den dwang heeft bewezen, de eischer bewijs van bona fide verkrijging for value mag leveren, en dan tegenover den ondertekenaar beschermd wordt.

Hier zijn wij aan het einde gekomen van DANIEL's bespreking van den bona fide holder for value. Wij weten nu nauwkeurig, wanneer het Amerikaansche recht hem ten koste van vroegere eigenaars en van den ondertekenaar in bescherming neemt, en wanneer het meent dat niet te mogen doen.

Thans zullen wij overgaan tot eene andere zeer gewichtige vraag: aan wien moet en aan wien mag de schuldenaar betalen? De Duitsche theorieën, wij zagen het, gaven ook omtrent dit punt niet altijd bevredigende resultaten; ook

hier zal het Amerikaansche recht ons niet te leur stellen.

De oplossing der vraag, aan wien de onderteekenaar moet betalen, is eenvoudig genoeg. Hij moet natuurlijk betalen aan dengene, die het rechtens van hem vorderen kan, aan zijnen crediteur; en wie dat is, weten wij uit het voorafgaande.

Maar nu verrijst eene andere kwestie: moeten wij in sommige gevallen niet aannemen, dat de debiteur cum effectu liberationis kan betalen aan een ander dan zijn schuldeischer, dat betaling aan een niet-crediteur gedaan den onderteekenaar soms bevrijdt ook tegenover den waren schuldeischer? — Hier hebben wij te doen met de bescherming van een nieuw belang, met de vrijwaring van den debiteur tegen dubbele betaling. Dat men veel lichter zal overgaan tot de uitgifte van order- en toonderpapier, wanneer men weet, dat, mits eerlijk en zorgvuldig te werk gaande, men door het recht wordt gevrijwaard tegen dubbele betaling, waaraan anders de mogelijkheid, dat de houder van het papier, de schijnbare schuldeischer, niet de ware schuldeischer is, den onderteekenaar zoude kunnen blootstellen, behoeft wel geen betoog. Daarom is ook deze bescherming des schuldeenaars van groot gewicht voor de bevordering der circulatie van order- en toonderpapier, en als zoodanig een eminent verkeersbelang te noemen.

De genoemde vragen worden door DANIEL behandeld in het tweede deel, Chapter XXXVIII «The discharge of bills and notes by payment».

Bij orderpapier kan in Amerika de onderteekenaar of acceptant alleen aan den zoogenaamd materieel, d. i. door eene aaneensluitende rij van echte endossementen, gelegitimeerden houder met bevrijdende werking betalen. Betaling aan anderen is tegenover den waren crediteur

als niet geschied te beschouwen, al waren zoowel de houder als de betaler te goeder trouw. Heeft de schuldenaar later aan den waren crediteur opnieuw moeten betalen, dan kan hij het de eerste maal betaalde op grond van feitelijke dwaling terugvorderen.

De betaler moet zich ook van de identiteit desgenen, die betaling vraagt, met den laatsten geëndosseerde, overtuigen: betaling aan een verkeerden persoon zou tegenover den waren crediteur ongeldig zijn.

Hebben wij daarentegen te doen met toonderpapier of in blanco geëndosseerd orderpapier, dan mag iedere houder door den debiteur beschouwd worden als gerechtigd tot het ontvangen der betaling, tenzij hem het tegendeel bekend is. Derhalve is betaling, te goeder trouw aan den houder gedaan, van kracht, al ware deze ook een dief, vinder, roover van het papier. Dit geldt echter niet voor betaling vóór den vervaldag; deze is, als zijnde niet «in the usual course of business», steeds voor risico van den betalende.

Hier moet ons weer een woord van bewondering van het hart voor de juiste wijze, waarop het Amerikaansche recht voorziet in de bovengenoemde verkeersbehoefte, waaraan, gelijk wij boven zagen, het Duitsche Ontwerp B. W. geheel verkeerdelijk heeft getracht te gemoet te komen door, op het voetspoor der creatietheorie, bij toonderpapier iederen houder, ook den dief enz., tot schuldeischer te verklaren. Dit is — het kan bijna niet genoeg herhaald worden — in volkomen strijd met ons rechtsbewustzijn; en ter bevrediging van het hier bedoelde verkeersbelang (zekerheid voor den schuldenaar, dat hij niet tweemaal zal behoeven te betalen) te eenenmale onnoodig. Noodig, maar ook voldoende, is daartoe de Amerikaansche regel, dat betaling te goeder trouw aan

den houder gedaan, den onderteekenaar bevrijdt tegenover elk en een iegelijk, zelfs al blijkt naderhand, dat die houder niet de ware crediteur was.

Enkele rechters in Amerika hebben aangenomen, dat ook ten aanzien van op naam geëndosseerd orderpapier betaling aan wien dan ook (natuurlijk mits bona fide gedaan) bevrijdend zou werken, op grond, dat iedereen eene presumptie van legitimatie tot ontvangst der som voor zich zoude hebben. DANIEL en de groote meerderheid der vonnissen echter zijn van eene andere meening, omdat zij die presumptie voor volkomen ongemotiveerd houden; bovendien wordt volgens hen op die wijze het onderscheid tusschen order- en toonderpapier uitgewischt, en blijven de rechten der eigenaars van orderpapier geheel en al van bescherming verstoken.

Vóór den vervalddag kan de crediteur van order- en toonderpapier geene betaling eischen, maar de debiteur hem ook niet tot het aannemen daarvan dwingen, daar de tijdsbepaling hier niet alleen ten behoeve van den debiteur, maar in het belang van beide partijen in het papier is opgenomen. Vóór den vervalddag kan betaling dus slechts met gemeene goedkeuring geschieden; wil de debiteur volkomen zeker bevrijd zijn, dan moet hij nu bovendien het papier vernietigen, anders bestaat immers de mogelijkheid, dat het alsnog vóór den vervalddag in handen van een b. f. holder f. v. komt, aan wien de debiteur de eerste betaling niet zou kunnen tegenwerpen. Betaling op of na den vervalddag aan den eigenaar van het papier vernietigt de kracht van dit laatste echter volkomen. Immers, al komt het daarna nog in handen van een b. f. holder f. v., nu kan de exceptie van betaling ook tegen hem met succes worden aangevoerd.

Den verderen inhoud van dit hoofdstuk zullen wij met

stilzwijgen voorbijgaan; evenzoo het volgende hoofdstuk (XXXIX), waar de zoogenoemde schuldvernieuwende kracht van wissels en promessen wordt behandeld. Hoe belangwekkend dit onderwerp is, en hoe voortreffelijk ook dit door DANIEL wordt behandeld, de bespreking er van behoort in dit proefschrift niet thuis.

Twee andere onderwerpen daarentegen, die met onze vragen onmiddellijk verband houden, en waarmede wij reeds herhaaldelijk in aanraking kwamen, doch die ook DANIEL afzonderlijk behandelt, moeten wij hier nog ter sprake brengen om een volledig inzicht te krijgen in het antwoord, door het Amerikaansche recht op onze vragen gegeven. Die onderwerpen zijn 1^o. valscheid in order- en toonderpapier, 2^o. verloren en vernietigd order- en toonderpapier.

Valscheid in order- en toonderpapier vormt den inhoud van Chapter XLII (forgery) en XLIII (alteration).

DANIEL geeft de volgende definitie van «forgery»: «Forgery is the counterfeit making or altering of any writing with intend to defraud» ¹⁾, het valschelijk opmaken of vervalschen van eenig geschrift met de bedoeling om te bedriegen. «Alteration» is dus een onderdeel van forgery» ²⁾, doch wordt in een afzonderlijk hoofdstuk behandeld.

Niet met «forgery» moet verward worden het door bedrog verkrijgen van een echt papier; dit valt onder het ruime begrip van «fraud», en is reeds behandeld.

Met den invloed van valscheid op de burgerrechtelijke betrekkingen uit order- en toonderpapier maakt het

¹⁾ Zie § 1344.

²⁾ Zie § 1347.

Amerikaansche recht korte metten. «When a person's signature is forged as maker, acceptor, drawer or indorser, it is, as a general rule, a mere nullity as to him» ¹⁾ ²⁾. Kwestie ontstaat, in hoeverre erkenning door een persoon van zijne nagemaaakte handteekening voor echt hem onherroepelijk bindt. DANIEL komt tot het resultaat, dat dit het geval is, zoo dikwijls als het tegendeel onschuldige derden, die op zijne erkenning vertrouwd hebben, schade zou doen lijden; doch de uitwerking hiervan zullen wij laten rusten.

Voorals Section III van Chapter XLII is belangrijk. Daar wordt de vraag behandeld, in hoeverre de eene onderteekenaar zich op valsheid der handteekening van een anderen onderteekenaar mag beroepen om zich van de verplichting tot betaling te bevrijden. In het algemeen zegt DANIEL: heeft men eenmaal eens anders handteekening als echt laten gelden, dan mag men zich niet meer op hare valsheid beroepen, als derden daardoor schade zouden lijden. Wij komen met dit beginsel tot de volgende conclusiën:

1°. De onderteekenaar eener orderpromesse, waarop valsche endossementen voorkomen, heeft de valsche handteekeningen der endossanten niet gezien, is daarvoor niet verantwoordelijk, en behoeft dus aan houders, die het papier na het valsche endossement verworven hebben, nimmer te betalen, doch moet dit doen aan den laatsten

¹⁾ Zie § 1351.

²⁾ Het plaatsen van eens anders handteekening is niet de eenige vorm van valschelijk opmaken; men kan ook boven eene echte handteekening een geschrift stellen, dat men er niet mocht neerschrijven, of blanketten tegen de afspraak invullen. Over deze vormen van „forgery”, waardoor, zooals wij zagen, de onderteekenaar soms wel degelijk verbonden wordt, zie supra, pag. 81 en 82.

bij echte giro geëndosseerde, deze is zijn crediteur. Had hij, vóórdat deze hem aansprak, reeds aan een lateren geëndosseerde betaald, dan kan hij van dezen het betaalde terugvorderen. Zie boven, blz. 87.

2°. De trekker van een orderwissel verkeert in volkomen hetzelfde geval.

3°. De endossant van een orderpapier waarborgt de echtheid van alle, toen hij het papier endosseerde, daarop voorkomende handteekeningen aan alle namannen. Ten aanzien van na hem komende valsche handteekeningen is zijne positie gelijk aan die van den trekker.

4°. Overdracht zonder endossement. Hier geldt de regel «that in every sale of personal property the vendor impliedly warrants that the article is in fact what it is described and purports to be, and that the vendor has a good title or right to transfer it» ¹⁾. Derhalve staat ieder verkooper hier in voor de echtheid van alle zich tijdens de overdracht op het papier bevindende handteekeningen.

5°. De betrokkene accepteert of betaalt, terwijl de handteekening van den trekker valsch is. Algemeen neemt men nu eene onherroepelijke gebondenheid aan, op grond, dat hij de handteekening van zijnen correspondent behoorde te kennen. DANIEL echter kan zich hiermede niet geheel vereenigen, doch meent te moeten onderscheiden. Aan houders, die den wissel na de acceptatie verkregen hebben, is de acceptant z. i. onherroepelijk verbonden, zijne acceptteekening was voor hen een blijk van de echtheid der traite, en hij heeft tegenover hen volkomen de positie van onderteekenaar eener promesse. Maar tegenover den houder, die zelf ter acceptatie ge-

¹⁾ Zie § 1358.

presenteerd heeft, staat de zaak anders: deze waarborgt juist den betrokkene, dat de traite in orde is. Mits dus maar de betrokkene met alle zorgvuldigheid gehandeld heeft, zal hij tegenover dezen houder uit zijn accept niet gebonden zijn, en indien hij aan dezen houder betaald heeft, zal hij tot terugvordering gerechtigd zijn. Immers, al is het waar, dat van den betrokkene veeleer nauwkeurige kennis van de handteekening des trekkers kan gevorderd worden dan van een houder, hij heeft toch door te accepteren of betalen niet slordiger gehandeld dan een houder, die eene hem onbekende handteekening aanneemt, zonder vooraf onderzoek naar hare echtheid in te stellen.

Wat «alteration» betreft, «any change in the terms of a written contract, which varies its original legal effect and operation, whether in respect to the obligation it imports, or to its force as matter of evidence, when made by any party to the contract is an alteration thereof, unless all the other parties to the contract gave their express or implied consent to such change»¹⁾. Dus vervalsching door derden valt er niet onder (anders in Engeland). De «alteration» heeft tot gevolg, dat het papier van alle kracht beroofd wordt, alle beteekenis verliest. Heeft echter de onderteekenaar eener promesse of de trekker van een wissel door slordige vervaardiging van het papier zelf de gelegenheid tot de vervalsching geschapen, dan is hij ook uit het vervalschte papier gebonder, doch natuurlijk alleen aan een bona fide holder for value, die geen kennis droeg van de vervalsching, en bij wien ook eene zorgvuldige beschouwing van het papier geen achterdocht kon verwekken. Zeer kernachtig wordt deze hoogst

¹⁾ Zie § 1373.

billijke bepaling aldus gemotiveerd: «It is the duty of the maker of the note to guard not only himself, but the public against frauds and alterations by refusing to sign negotiable paper made on such a form as to admit of fraudulent practices upon them with ease, and without ready detection» ¹⁾. Verzuimt men dien plicht, welnu, dan moet men daarvan ook zelf de gevolgen ondervinden.

Veranderingen in den tekst van handelspapier, welke niet onder de definitie van «alteration» vallen, b. v. verbetering van spelfouten, hebben natuurlijk op de geldigheid van het papier niet den minsten invloed.

Ten slotte nu nog iets over «Lost and destroyed bills and notes» (Chapter XLVI). Wanneer een order- of toonderpapier verloren is gegaan, behoort de verliezer onmiddellijk kennis te geven aan alle partijen, die daaruit aangesproken kunnen worden. Immers, indien een toonder- of in blanco geëndosseerd orderpapier op of na den vervalddag bona fide wordt betaald, wordt daardoor de schuld volkomen vernietigd. Dit gevaar nu kan de verliezer grootendeels afwenden door kennisgeving van het verlies, want daarna kan de schuldenaar alleen met bevrijdende werking betalen aan dengene, die het van hem eischen kan, aan den bona fide holder for value, den nieuwen crediteur, door wiens ontstaan de rechten van den verliezer zijn vernietigd. Heeft de schuldenaar onverplicht betaald, b. v. vóór den vervalddag, dan behoudt de verliezer zijn recht tegen hem.

Ook raadt DANIEL verliezers en bestolenen aan door middel van de dagbladen het publiek met het verlies of den diefstal in kennis te stellen, ten einde zooveel mogelijk

¹⁾ Zie § 1405.

bona fide verkrijging door derden onmogelijk te maken. Natuurlijk is echter het feit, dat er geadverteerd is, niet voldoende om iemands kwade trouw te bewijzen, zelfs al is hij gewoon het dagblad, waarin de advertentie geplaatst was, te lezen.

De vinder, dief en allen, die kennis dragen van het verlies of den diefstal, verkrijgen noch recht op noch recht uit het papier. De verliezer en bestolene kunnen het van hen teruggeischen, of, als zij het geld er op ontvangen hebben, dit van hen opvorderen.

Op welke wijze en onder welke voorwaarden derden het recht op en uit gevonden en gestolen order- en toonderpapier kunnen verwerven, is vroeger reeds uitvoerig behandeld, doch wordt hier nog eens gerecapituleerd, waarin wij DANIEL echter niet zullen volgen.

Afdeeling II van ons hoofdstuk behandelt: «Suit against parties to a lost negotiable instrument», de wijze, waarop de verliezer en bestolene hun rechten tegenover den onderteekenaar kunnen doen gelden. Vooreerst is hiertoe noodig, dat de verliezer, evenals gewoonlijk, zijne verplichtingen aangaande presentatie, protest enz., desnoods met behulp eener copie, is nagekomen. Maar bovendien moet nu de mogelijkheid niet uit het oog verloren worden, dat de verliezer opgehouden heeft crediteur te zijn, doordien vóór den vervaldag een b. f. holder f. v. in het bezit van het papier is getreden. Verplichtte men nu den schuldenaar om zoo maar aan den verliezer te betalen, dan zou hij schade kunnen lijden door later nog eens te moeten betalen, en dat mag niet. Daarom is regel: geene betaling kan verlangd worden, tenzij voor genoemde eventualiteit zekerheid worde gesteld. Waar het bedoelde gevaar echter niet bestaat, vervalt ook het vereischte van cautie; dit zal dus het geval zijn: 1^o. wanneer het papier

aan order gesteld, en niet of op naam geëndosseerd is: nu kan immers geen bona fide houder rechten verkrijgen wegens de onvermijdelijke valsche handteekening ¹⁾; 2°. wanneer duidelijk wordt aangetoond, dat het papier vernietigd is: ook dan bestaat het bedoelde gevaar niet. Ook zijn er nog een paar minder belangrijke gevallen, waarin geen zekerheid behoeft gesteld te worden, steeds op den bovengenoemden grond: ontstentenis van gevaar voor tweede betaling.

Wij hebben thans de oplossing, welke het Amerikaansche recht voor onze vragen heeft gevonden, nagegaan, en kunnen hier van DANIEL'S werk afscheid nemen. Wat ons in hem, en in het Amerikaansche recht in het algemeen, aantrekt, is bovenal de methode van behandeling der verschillende kwestieën. Geen doctrinaire beschouwingen, geen rechtscheppende privaatswil geven den doorslag, maar de eischen van het maatschappelijk verkeer en de billijkheid. En dat het met die leidende beginselen mogelijk is een voortreffelijk stel rechtsregelen tot stand te brengen, zal, hoop ik, na de lezing en overweging van bovenstaand overzicht, wel aan geen twijfel onderhevig zijn.

Daarmede is echter geenszins gezegd, dat in alle onderdeelen de Amerikaansche oplossing der kwesties mij even gelukkig voorkomt. Zoo is m. i. de bepaling, dat, wanneer een op naam geëndosseerd orderpapier gestolen en door den dief met een valsch endossement verhandeld is, betaling te goeder trouw den onderteekenaar niet bevrijdt, tegenover dezen onredelijk hard. Billijk en voor de zeker-

¹⁾ Behoudens het zeker niet veel voorkomende geval, dat de als nemer of geëndosseerde in het papier genoemde persoon de dief of oneerlijke vinder mocht wezen.

heid van den bestolene voldoende ware het aan te nemen, dat na ontvangen kennisgeving van den diefstal de betaling niet meer cum effectu liberationis kan geschieden, doch daarvóór — mits bona fide — wel. Immers de eisch, dat de bestolene kennis geve, is volstrekt niet onbillijk te noemen; en ook bij toonder- en in blanco geëndosseerd orderpapier kan tot aan de kennisgeving de schuldenaar — mits bona fide — aan ieder betalen ¹⁾, daarna slechts aan den bona fide holder for value, den nieuwen crediteur. Daar nu in ons geval geen nieuwe crediteur kan ontstaan ²⁾, mag natuurlijk, naar analogie van dien regel, hier na de kennisgeving aan niemand betaald worden; maar, waarom ook zonder de kennisgeving tegen den debiteur zoo hard wordt opgetreden, in tegenstelling met toonder- en in blanco geëndosseerd orderpapier, is mij te eenenmale onverklaarbaar.

Zoo zou men zeker meer aanmerkingen kunnen maken, wellicht zelfs de vraag kunnen stellen, of de bescherming van den verliezer van niet in blanco geëndosseerd orderpapier ten koste van den bona fide verkrijger for value wel aanbeveling verdient; maar in het algemeen geloof ik de Amerikaansche regeling voortreffelijk te mogen noemen. Zij geeft eene bevredigende oplossing aan tal van kwestieën, waarvan sommigen door de Duitsche theorieën in het geheel niet, andere op eene tegen ons rechtsgevoel of de verkeerseischen strijdende wijze worden opgelost. En mocht men haar soms hare ingewikkeldheid en groote afdaling in bijzonderheden willen verwijten, dan treden wij voor haar in het krijt met de wijze woor-

¹⁾ Hier is natuurlijk alleen sprake van betalingen op of na den vervaldag; daarvóór geschiedende zijn zij, zooals wij zagen, steeds voor risico van den betalende.

²⁾ Alweer behoudens het in noot 1 pag. 95 omschreven geval.

den, door GOLDSCHMIDT ¹⁾ tegen de creatietheorie — op welke eenvoud KUNTZE zich zoozeer laat voorstaan — aangevoerd:

«Ich habe wiederholt bemerkt, dass die Einfachkeit eines Prinzips so wenig für dessen Richtigkeit als für dessen Zweckmässigkeit entscheidet. Nichts wäre einfacher als die Feststellung, dass Jedermann denjenigen Schaden ersetzt, welchen er auch nur äusserlich verursacht hat; dass jeder Dieb gehängt wird; dass jede Handelsgesellschaft eine juristische Person sei; dass das Zinsmasz in keinem Falle fünf Prozent übersteigen dürfe; dass unter befreiender höherer Gewalt ganz bestimmt und absolut bezeichnete Unfälle zu verstehen seien u. v. a. Aber solche «Einfachkeit» ist nur allzuhäufig ein Kennzeichen des noch unentwickelten Rechts, während das hochentwickelte Recht der Gegenwart sich mit so dürftigen absoluten Rechtssätzen nicht begnügen kann. *Die schwierigen Interessenkollisionen lassen sich nicht mit einer einfachen abstrakten Formel durchhauen.*»

¹⁾ Zie zijne Zft f. d. ges. Hr., Jaargang 1889, dl. XXXVI, pag. 145.

HOOFDSTUK V.

Nederlandsch Recht.

Thans moeten wij voor ons recht de vragen beantwoorden, wanneer men uit order- en toonderpapier is verbonden, wie schuldeischer is, en of somtijds ook door betaling aan eenen niet-crediteur de schuldenaar zich kan bevrijden. Die taak is geenszins gemakkelijk, daar de wetgever op ons terrein nagenoeg alles aan zijne uitleggers ter beslissing overlaat, terwijl de enkele bepalingen, welke misschien eenig licht over onze vragen kunnen verspreiden, zelve niet duidelijk zijn, doch door verschillende gezaghebbende schrijvers in zeer uiteenloopenden zin worden verstaan.

Wij zullen order- en toonderpapier afzonderlijk beschouwen, en met het laatste aanvangen.

A. Toonderpapier.

Voorop worde gesteld, wat wij reeds als het eerste beginsel eener theorie aanduiden (zie supra, Hoofdstuk III), dat ook naar ons recht ten aanzien van toonder-

papier niet ieder houder qua talis crediteur is ¹⁾. De meening, dat elk houder als zoodanig schuldeischer is, uitvloeisel — en een der slechtste! — van de creatietheorie, heeft in ons positief recht geen enkel steunpunt, en daar zij verder in flagranten strijd met verkeersbelang, billijkheid en goede trouw is ²⁾, geloof ik volkomen gerechtigd te zijn tot de uitspraak, dat wij haar voor ons recht niet mogen, veel minder behoeven aan te nemen. Dieven te beschermen en schurkerij te bevorderen kan ik mij nog steeds niet als de taak des rechts denken; tracht men dit hier voor te stellen als de noodzakelijke consequentie der bescherming van anderen, die daarop wel degelijk aanspraak hebben, of van den rechtscheppenden wil des schuldenaars, mijn antwoord op de eerste tegenwerping volgt hieronder, dat op de tweede is in de vorige bladzijden reeds geleverd ³⁾.

Alzoo, niet ieder houder is per se crediteur, evenmin als hij steeds eigenaar van het papier is. Neen, wie geen recht op het papier heeft, geen eigenaar daarvan is, die heeft ook het recht uit het papier niet, die is ook geen schuldeischer. Eene geheel andere kwestie is, of men van den debiteur mag verlangen een onderzoek naar het

¹⁾ Alleen voor bankbiljetten bestaat hierop uitzondering. Zie art. 14 der Bankwet van 22 Dec. 1863, Stb. 148: „De houder van een bankbiljet is bij uitsluiting gerechtigd om de uitbetaling der daarin uitgedrukte geldsom van de Bank te vorderen”. Hier is dus inderdaad de houder crediteur.

Deze bepaling echter wordt door de zeer exceptioneele rol, die bankbiljetten in het verkeer spelen, volkomen verklaard, en er bestaat geen enkele reden om haar voor alle toonderpapier toepasselijk te verklaren; zij kan geenszins dienst doen als argument voor de stelling, dat in ons recht bij alle toonderpapier de houder als zoodanig crediteur is.

²⁾ Men denke nog eens aan den dief-crediteur, de kwijtschelding door den loopknecht-crediteur!

³⁾ Zie Hoofdstuk III.

crediteurschap van dengene, die met het papier in de hand betaling komt vragen, dan wel of men hem het recht moet toekennen om aan den toonder, dien hij geen reden heeft om te wantrouwen, ook al is deze geen crediteur, cum effectu liberationis te betalen. Het laatste is natuurlijk zeer in het belang van den debiteur, en door hem dit toe te staan geeft men hem al wat hij door de aan-toonder-stelling van het papier verklaard heeft te begeeren, en al wat hij wenschen kan; maar verder ga men nu ook niet. Men moet met name niet aan elken houder het recht geven om betaling te vorderen en daardoor aan den debiteur de verplichting opleggen om hem te betalen, zelfs al weet hij, dat de man oneerlijk aan het papier is gekomen, geen eigenaar daarvan is. Integendeel, in dat geval moet men den onderteekenaar verbieden te betalen, wil men niet de belangen van den bestolene, verliezer enz., die toch waarlijk ook behartiging verdienen, zonder eenigen redelijken grond, op schromelijke wijze uit het oog verliezen.

Dat ook ons recht den onderteekenaar de hier bedoelde bescherming inderdaad verleent ¹⁾, blijkt voldingend uit art. 1422 B. W.: «De betaling te goeder trouw gedaan aan iemand, die in het bezit is der inschuld, is van waarde, ook dan, wanneer die bezitter naderhand bij uit-

¹⁾ Alleen echter in geval van betaling op of na den vervalddag. Betaling vóór den vervalddag is steeds voor risico van den betalende: de schuldenaar toch is zonder toestemming van den crediteur daartoe niet bevoegd, want de termijn in order- en toonderpapier is zoowel ten behoeve van crediteur als van debiteur gesteld. Immers het zal zeer dikwijls voor den crediteur meer gewenscht zijn het toonderpapier te behouden, dan het geld er voor in de plaats te krijgen; ook kan hem in geval van diefstal of verlies b. v. de termijn uitstekend te pas komen om ten behoeve van het verzet tegen de uitbetaling, dat hij van plan is te doen, de bewijsstukken van die feiten te verzamelen, enz.

winning uit dat bezit gestooten is». De laatste bijzin moet klaarblijkelijk worden opgevat als: «wanneer die bezitter later blijkt geen schuldeischer te zijn»; houden wij verder in het oog, dat de toonder van een toonderpapier juist de type is van «bezitter eener inschuld» d. i. schijnbaar crediteur, dan zien wij, dat het aangehaalde artikel onzen wensch volkomen bevredigt ¹⁾. Op dit punt geeft dus ons recht eene uitstekende regeling, welke door Mr KIST c. s. met grove ondankbaarheid geminacht, ja totaal genegeerd wordt, om er een doctrinair beginsel met noodlottige praktische gevolgen voor in de plaats te stellen.

Derhalve, ook voor de bescherming van het belang des schuldenaars is de regel: ieder houder is als zoodanig schuldeischer, volkomen overbodig, en wij blijven er bij, dat niemand crediteur is, die geen recht op het papier heeft, die geen eigenaar daarvan is.

Doch de houder behoeft, om uit het papier te ageeren, niet te bewijzen, dat hij papiereigenaar is. Integendeel, het bezit van het stuk is prima facie bewijs van eigendom. Vertoont iemand dus aan den debiteur het stuk, dan kan deze geen verder bewijs van recht verlangen, en moet betalen, tenzij hij weet, dat de vertooner geen eigenaar is, of door eene zorgvuldige beschouwing van alle omstandigheden tot die overtuiging moet komen. Dan mag noch behoeft hij hem te betalen, want alleen de eigenaar van het papier is zijn schuldeischer, — maar dan rust ook op den debiteur de bewijslast.

Wie die eigenaar van het papier is, kunnen wij leeren uit art. 2014 B. W. Hier betreed ik met angstvalligheid

¹⁾ Ook Prof. OPZOOMER leest in art. 1422 B. W. o. a., dat bona fide betaling aan den bezitter van een toonderpapier gedaan bevrijdend werkt. Zie „Het B. W. verklaard”, ad art. 1422, speciaal noot 4.

een gevaarlijk terrein, de kampplaats, waar reeds zoovele strijdbare mannen met kracht hebben gestreden, zonder dat eenige partij tot nog toe eene besliste zegepraal heeft behaald. Alle, of ook maar de voornaamste omtrent het bewuste artikel verdedigde meeningen uiteen te zetten en te beoordeelen, is mij hier onmogelijk; doch ik mag niet nalaten mede te deelen, wat mijns inziens de betekenis van art. 2014 is.

In de eerste alinea meen ik dit te moeten lezen: ten aanzien van roerend goed geldt de houder als eigenaar, en dus als gerechtigd om over de zaak te beschikken.

Ieder kan zich op dien regel beroepen, tenzij hij beter wete; tegenbewijs is dus tegen een beroep op den regel niet uitgesloten. De aard daarvan intusschen is — of liever schijnt — in verschillende gevallen verschillend.

Beroept iemand zich tegen zijn onmiddellijken voorman (dengene, van wien hij de zaak ontving) op het feit, dat hij houder is, dan zal deze volle vrijheid hebben om te bewijzen, dat in casu de houder geen eigenaar is, doch de zaak onder zich heeft gekregen zonder de bedoeling, dat hij eigenaar zou worden.

Beroept daarentegen een derde verkrijger zich op het feit, dat hij van eenen houder heeft verkregen, dan zal de eischer, om te bewijzen, dat hij toch geen eigenaar is geworden, hem moeten aantonen: «gij *wist*, toen gij verkreegt, dat de houder geen recht had om over de zaak te beschikken»; hier is bewijs van het feit, dat de houder geen beschikkingsrecht *had*, niet voldoende, want dan zou de verkrijger kunnen replicceeren: «dat gaat mij niets aan, ik wist dat niet, en had daarom het recht aan te nemen, dat de houder bevoegd was om over den eigendom te beschikken».

Terwijl dus in het eerste geval moet bewezen worden:

«gij zijt geen eigenaar», moet tegen den derden verkrijger worden aangetoond: «gij waart te kwader trouw, gij wist, dat de houder geen beschikkingsrecht had». Tegen beiden wordt dus het beroep op art. 2014 al. 1 alleen te niet gedaan, door hun het bewijs te leveren: «gij weet (wist) wel beter!»

Het gevolg der bepaling van al. 1 is derhalve, dat ieder bona fide verkrijger van roerend goed daarvan eigenaar wordt.

Alinea 2 maakt evenwel hierop eene breede uitzondering. Indien n.l. roerende goederen onvreemd of verloren zijn, blijft de bestolene of verliezer nog 3 jaar na dat feit eigenaar, en kan ze dus van elken derde, hij zij nudus detentor of possessor animo domini, met de revindicatie («als zijn eigendom») terugeischen; de nieuwe bezitter is thans derhalve geen eigenaar geworden, al had hij te goeder trouw de zaak verkregen.

Echter geeft art. 637 B. W. den bezitter, indien hij het goed «op eene jaar- of andere markt, op eene openbare veiling, of van een koopman gekocht heeft, die bekend staat in dergelijke voorwerpen gewoonlijk handel te drijven» recht op vergoeding van den door hem besteden koopprijs, en in elk geval verhaal op dengene, van wien hij de zaak bekomen heeft; terwijl natuurlijk de eigenaar, indien hij b. v. door restitutie van den koopprijs aan den derden verkrijger schade lijdt, den dief of oneerlijken vinder met eene actie ex art. 1401 B. W. zal kunnen aanspreken tot vergoeding daarvan.

Het is mij geenszins onbekend, dat bovenstaande interpretatie, althans wat de eerste alinea van art. 2014 betreft, verschilt van de gewoonlijk verdedigde uitleggingen; toch meen ik, dat eene nadere bespreking hier niet op hare plaats zou zijn, omdat het eene kwestie geldt, die

voor alle roerende lichamelijke zaken van belang is, en dus ver over mijn onderwerp heenreikt. Dit alleen moet ik opmerken, dat, hoewel ik bovenstaande lezing op grond van de geschiedenis en om hare gelukkige consequentiën met overtuiging huldig, die lezing echter niet uit het brein van den schrijver van dit proefschrift is voortgekomen — al kan ik geen werk citeeren, waar zij verdedigd wordt.

Eéne kwestie, omtrent art. 2014 j^o. 637 gerezen, moet hier meer nauwkeurig behandeld worden, omdat zij speciaal toonderpapier betreft. Vergelijken wij art. 2014 met 637, dan treft het ons in de eerste plaats, dat toonderpapier in het eerste artikel wel, in het tweede niet uitdrukkelijk wordt genoemd. Dit is natuurlijk volstrekt geen beletsel om art. 637 ook op toonderpapier toe te passen, immers het spreekt zóó ruim, dat zijne woorden ongetwijfeld ook toonderpapier omvatten, en bovendien is de niet-uitdrukkelijke vermelding alleen aan eene slordigheid des wetgevers te wijten ¹⁾).

Maar in de tweede plaats zien wij, dat art. 637 alleen spreekt van het geval, dat de nieuwe bezitter door *koop* de verloren of gestolen zaak heeft verkregen. Moeten

¹⁾ In den C. C. volgt ons art. 637 (daar 2280) onmiddellijk op ons art. 2014 (daar 2279), hetgeen ongetwijfeld juist moet heeten, daar art. 637 in direct en onverbrekkelijk verband met art. 2014 staat. De C. C. noemde noch in art. 2279 noch in art. 2280 toonderpapier uitdrukkelijk. Onze wetgever nu bracht art. 2280 over naar de algemeene bepalingen over eigendom (Boek II, Titel 3, afd. 1), iets wat niet verkeerdt zou geweest zijn, zoo ook art. 2014 mede verhuisd ware, doch wat thans volkomen onjuist was. De gevolgen van dit uiteenrukken van hetgeen bij elkander behoort bleven niet uit: aan art. 2014 gekomen, nam men daarin toonderpapier uitdrukkelijk op, vergat, dat dit art. in art. 637 een onmisbaar complement had, en in het laatste artikel werd ons toonderpapier niet uitdrukkelijk opgenomen.

wij het artikel nu limitatief opvatten, en koop dus nemen in den zin van het speciale contract van Boek III, Titel 5 B W., of zullen wij het artikel enuntiatief mogen interpreteren, en het dus laten gelden voor elke verkrijging onder bezwarenden titel (for value) — mits geschied op eene markt, publieke veiling of van een koopman in het artikel, waarvan sprake is —? Men gevoelt het belang dezer kwestie, speciaal voor toonderpapier, omdat dit zoo-veel als middel van betaling wordt gebruikt. Hij, die een toonderpapier in betaling ontvangt, is geen koper daarvan; moeten wij nu hem aan art. 637 onttrekken, en geheel weerloos laten tegenover de revindicatie van den bestolene of verliezer?

Mr C. A. COSMAN komt in zijne dissertatie ¹⁾, op grond, dat art. 637 als beperking van het eigendomsrecht strictae interpretationis is, tot de conclusie, dat wij dit inderdaad moeten doen, hoe treurig het ook zij; en ik acht mij verplicht mij bij deze meening aan te sluiten. Ongetwijfeld kunnen wij zeggen, dat, wanneer de wetgever bij art. 637 aan toonderpapier had gedacht, hij zeker zou hebben ingezien, dat de daar gebezigde uitdrukking «koop» te eng is. Immers, hoewel voor alle roerende zaken de ratio dwingt om het beginsel van art. 637 voor alle verkrijging for value te laten gelden, komt dit toch bij toonderpapier het duidelijkst aan den dag, omdat vooral sommige categorieën daarvan meer in betaling gegeven dan verkocht worden. — Maar de wetgever heeft nu eenmaal in art. 637 de enge redactie laten staan, en nu mogen wij hem uitmaken voor al wat leelijk is, hem slordig en vergeetachtig noemen, wij zullen toch zijn

¹⁾ De Verbintenissen jegens Toonder, geschiedkundig en naar het Nederlandsch Regt ontwikkeld, Utrecht, 1863. Zie pag. 325.

voorschrift moeten eerbiedigen, en ten slotte, zij het dan met een zwaren zucht, moeten zeggen: *lex dura, attamen scripta* ¹⁾!

Derhalve zal hij, die een ontvreemd of verloren toonderpapier op andere wijze heeft verkregen dan door koop op eene markt (beurs), publieke veiling, of van een handelaar in dat artikel, het aan den vindiceerenden eigenaar moeten afstaan, zonder de waarde, die hij er voor gegeven heeft, van hem te kunnen terugvorderen.

Nu wij uiteengezet hebben, welke o. i. de beteekenis van art. 2014 j^o. 637 is, moeten wij ons de vraag voorleggen, of die artikelen goedkeuring verdienen, of de daar gegeven regeling inderdaad de eischen van het verkeer bevredigt. Niet gaarne zou ik hierop een bevestigend antwoord geven. Eenmaal het beginsel aanvaard hebbende, dat ten behoeve der verkeerszekerheid eigendomsverkrijging van roerend goed ook zonder den wil des vorigen eigenaars mogelijk is, had onze wetgever m. i. verder moeten gaan, dan hij gedaan heeft: ook van ontvreemde en verloren zaken behoort de *bona fide* verkrijger — althans die *for value* — eigenaar te worden. Het palliatief van art. 637 — waar zeer ten onrechte *bona* en *mala fide* bezitsverkrijging worden gelijk gesteld — is voor alle gevallen, maar speciaal voor toonderpapier, gelijk wij zagen, totaal onvoldoende; die bepaling is eene met de verkeerseischen gesloten transactie in den slechtsten zin des woords. Misschien zoude het aanbeveling verdienen om ook ten onzent, gelijk in het Amerikaansch recht steeds geschiedt, wanneer er «*fraud or illegality in the origin of the paper*» is, als de vorige eigenaar bewijs van den diefstal of het verlies heeft geleverd, den tegen-

¹⁾ Of, gelijk Mr COSMAN, l. c.: *lex mala, attamen scripta*.

woordigen houder bewijs van zijne bona fide verkrijging for value op te leggen. Reeds thans moet hij, om tot de vergoeding van art. 637 gerechtigd te zijn, aantoonen, dat hij gekocht heeft, en voor hoeveel; dus het hem opleggen van het bewijs, dat hij, alle omstandigheden in aanmerking genomen, eene redelijke waarde heeft gegeven, welke geene aanleiding geeft hem van kwade trouw te verdenken, zou zijne positie niet verzwaren, terwijl deze zeer zou verbeteren door de omstandigheid, dat

1^o. hij na het leveren van dat bewijs eigenaar der zaak blijft, en niet alleen den koopprijs terugkrijgt;

2^o. het bedoelde bewijs hem vrijstaat ook buiten de gevallen van art. 637 B. W., dus ook, wanneer hij de zaak op andere wijze onder bezwarenden titel heeft verkregen, dan door koop op eene markt, publieke veiling of van een koopman in dergelijke zaken.

Ziehier de wijziging, die mij in art. 2014 en 637 noodig schijnt voor alle roerende zaken, doch speciaal voor toonderpapier ¹⁾, daar dit bijzonder snel en veel van hand tot hand gaat, terwijl bovendien zijne identiteit zeer licht te bewijzen is ²⁾, zoodat het gemakkelijk gevindiceerd kan worden, indien de wetgever dit tegenover den bona fide verkrijger for value niet verbiedt ³⁾.

¹⁾ Wij zagen, dat in Amerika de b. f. holder om een bevoorrecht standpunt te kunnen innemen ook vóór den vervalddag het papier moet verkregen hebben. Dit vereischte zouden wij niet gaarne in zijne algemeenheid overnemen. Coupons b. v. circuleeren ook na den vervalddag nog veel als betaalmiddel, en daarbij dan de mogelijkheid van eigendomsverwerving door bona fide bezitsverkrijging uit te sluiten acht ik onredelijk.

Alleen bij die papieren schijnt het bedoelde vereischte mij gegrond, wier circulatie na den vervalddag volgens de opvatting van het verkeer eene onregelmatigheid is.

²⁾ Effecten b. v. zijn door hun nummer zeer gemakkelijk van al hunne soortgenooten te onderscheiden.

³⁾ Ik mag niet nalaten hier de aandacht te vestigen op de artt. 306

Wij weten nu, wat naar ons recht noodig is om eigenaar van toonderpapier te worden: bona fide bezitsverkrijging, tenzij het papier 3 jaar of korter geleden ontvreemd of verloren is. Ook weten wij, dat geen ander dan de eigenaar van het papier crediteur is. Maar nu moeten wij verder gaan, en vragen: is steeds de eigenaar van een zich als toonderpapier voordoend stuk papier crediteur van den als schuldenaar daarin genoemden persoon, of kunnen zich gevallen voordoen, waarin men, hoewel papiereigenaar geworden zijnde, nochtans geen vorderings-

en 307 van het Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch. Zij luiden aldus:

306. Wenn Waaren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe veräußert und übergeben worden sind, so erlangt der redliche Erwerber das Eigenthum, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war. Das früher begründete Eigenthum erlischt. Jedes früher begründete Pfandrecht oder sonstige dingliche Recht erlischt, wenn dasselbe dem Erwerber bei der Veräußerung unbekannt war.

(Sind Waaren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe verpfändet und übergeben worden, so kann ein früher begründetes Eigenthum, Pfandrecht oder sonstiges dingliches Recht an den Gegenständen zum Nachtheil des redlichen Pfandnehmers oder dessen Rechtsnachfolgers nicht geltend gemacht werden.

Das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionairs, Spediteurs und Frachtführers steht einem durch Vertrag erworbenen Pfandrechte gleich.)

Dieser Artikel findet keine Anwendung, wenn die Gegenstände gestohlen oder verloren waren.

307. Die Bestimmungen des vorigen Artikels finden bei Papieren auf Inhaber auch dann Anwendung, wenn die Veräußerung oder Verpfändung nicht von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe geschehen ist, und wenn die Papiere gestohlen oder verloren waren.

Wat toonderpapier betreft zien wij dus, dat de bona fide verkrijger steeds eigenaar wordt, niemand, zelfs de bestolene niet, kan van hem revindiceeren. Dat die afdoende bescherming niet beperkt is tot den eerlijken verkrijger *for value*, is het eenige, wat ik op deze, ook door redactie uitmuntende, artikelen zou weten aan te merken.

recht uit het papier verkrijgt? — Zeer zeker geloof ik in den laatsten zin te moeten antwoorden. Mijne meening is dus: geen eigenaar, geen crediteur, maar al is men eigenaar, daarom nog niet per se crediteur.

Het feit dus, dat iemands recht op het papier vestigt, heeft niet steeds ook de kracht om den onderteekenaar aan dien persoon verbonden te doen zijn. Voor deze verschillende behandeling van onderteekenaar en latere houders bestaat wel degelijk een goede grond, want hier komt een nieuwe factor, het scheppen van het papier, in het spel. Latere houders doen aan het papier niets, voor hen is het uit juridisch oogpunt hetzelfde, of zij een toonderpapier of eene goudstaaf verkrijgen of verliezen. Maar voor den onderteekenaar is dit anders: om hem verbonden te doen zijn, moet hij op de eene of andere wijze toch ook deel aan het ontstaan van het papier gehad hebben; zijn bestaan alleen, in verband met het feit, dat een ander eigenaar is geworden van een papier, dat er uitziet als een door hem onderteekend toonderbiljet, is toch niet voldoende om hem te verbinden!

Aan den anderen kant, hem alleen verbonden te laten zijn, wanneer hij het door hem vervaardigde papier zelf in circulatie heeft gebracht, is in volkomen strijd met de verkeerseischen, in strijd ook, wat ons recht betreft, met de ratio van art. 2014 B. W. Immers de onderteekenaar, die een toonderpapier vervaardigd, en de latere houder, die er waarde voor gegeven heeft, staan ingeval van «Veruntreuing», diefstal, enz. volmaakt gelijk. Het nadeel, dat voor den een voortvloeit uit het moeten betalen, staat gelijk en wordt door precies dezelfde gronden gerechtvaardigd, als het nadeel, dat de ander lijdt door het papier niet terug te krijgen. Daarom aarzel ik niet om art. 2014 B. W. ook toepasselijk te verklaren op de ver-

houding van houder tot ondertekenaar ¹⁾. Wel heeft hoogstwaarschijnlijk de wetgever aan deze kwestie niet gedacht, maar de woorden laten ruimte, de ratio is volkomen dezelfde, de verkeerseiisch spreekt luide.

Deze volkomen analogie met den houder, die waarde heeft gegeven, bestaat echter alleen ingeval de ondertekenaar het papier gereedgemaakt ²⁾ en daarna bewaard heeft alleen dan zullen wij dus is ons recht art. 2014 j^o. 637 ook tegenover den ondertekenaar kunnen laten gelden. Wat echter te beslissen in die vele andere gevallen, waar het recht eene keuze moet doen tusschen bescherming van den bona fide houder for value en van den ondertekenaar, die geen waarde heeft genoten? Hier laat onze wetgeving ons geheel in den steek, en zullen wij dus volgens algemeene rechtsbeginselen moeten beslissen,

¹⁾ Dat heeft ook de Rechtbank te Breda gemeend te moeten doen in haar bekend vonnis van 27 December 1887, P. v. J. 1888, n^o. 11.

De Bredasche Tramway-maatschappij had na hare oprichting een aantal nog niet geplaatste toonderaandeelen van f1000 aan een Amsterdamsch bankier ter plaatsing toevertrouwd. Het vlotte hiermede echter niet best, en op raad van den bankier werden kleinere stukken vervaardigd. De maatschappij verzuimde die van f1000 terug te vragen en te vernietigen. Wat deed nu de bankier? Hij bracht de nieuwe aandelen in omloop, maar gebruikte bovendien de oude stukken ten eigen bate door daarop geld op te nemen. Spoedig daarna failleerde hij; de pandhouders verkochten hun onderpand, de stukken van f1000. Nu bemerkte de Tramway-maatschappij, hoe de bankier haar bedrogen had; zij adverteerde in de dagbladen, dat de aandelen van f1000 tegen haren wil in omloop waren gebracht, en dat ze die niet erkende. Maar toen de maatschappij later een dividend declareerde, spraken de eigenaars dier stukken haar voor hunne percenten aan, en bij het genoemde vonnis wees de Rechtbank volkomen terecht hunnen eisch toe.

²⁾ Wij zagen in het vorige hoofdstuk, dat ook in het Amerikaansche recht „giving deliberately the appearance of validity to the paper” een der drie omstandigheden is, welke den ondertekenaar aan den b. f. holder f. v. doen verbonden zijn.

waarbij de kennismaking met het Amerikaansche recht ons allicht goede diensten zal bewijzen. De volgende gevallen kunnen zich voordoen:

1°. Een niet voltooid toonderpapier wordt den onderteekenaar ontstolen en ingevuld. Dit laatste moet nu ongetwijfeld als vervalsching beschouwd worden, en kan nimmer voor den onderteekenaar aansprakelijkheid vestigen. Er is hier aan zijne zijde niets voorgevallen, waardoor het beschermen van latere houders te zijnen koste, gerechtvaardigd wordt.

2°. Een niet voltooid toonderpapier wordt aan een ander gegeven, met volmacht om op bepaalde wijze of onder bepaalde omstandigheden de blanketten in te vullen en het papier in circulatie te brengen. Deze overtreedt zijne volmacht, vult b. v. de blanketten in met eene hoogere som dan hem veroorloofd was, en brengt het papier aldus in circulatie. Nu is de onderteekenaar verbonden, het Amerikaansche recht rechtvaardigt dit d'oor het feit, dat «he has created an agency or trust», wij kunnen het op overeenkomstige wijze voor ons recht doen door een beroep op den blijkens art. 2014 daarin geldenden regel «wo man seinen Glauben gelassen hat, musz man ihn wiedersuchen» ¹⁾.

¹⁾ Ook de Rechtbank te Leeuwarden heeft bij den wissel in een geval als het bovenstaande den onderteekenaar verbonden geacht. Zie haar vonnis van 19 October 1882, R. B. '84 Afd. B, blz. 239. Een koopman was failliet verklaard ten verzoeke van den houder van een door hem geaccepteerden, aan de order van den trekker gestelden, van non-betaling geprotesteerden wissel, waarin tijdens de acceptatie een blanket voorkwam, dat door den trekker, nadat deze de acceptatie van den koopman verkregen had, tegen de afspraak was ingevuld. De koopman beweerde nu, dat hij uit zijn accept niet gebonden was, en verzette zich op dien grond tegen de faillietverklaring, doch bij genoemd vonnis stelde de Rechtbank hem zeer terecht in het ongelijk. Vooral de volgende overwegingen ver-

3°. Op een blad papier staat eene handteekening. Een ander krijgt dat papier van dengene, wiens handteekening het is (leent b. v. van hem het boek, op welks eerste pagina zij voorkomt), zonder eenige opdracht om boven de handteekening iets in te vullen, zonder eenige volmacht te haren aanzien. Hij schrijft er echter eene toonderpromesse boven. Nu mogen wij, dunkt mij, evenmin als het Amerikaansche recht, den steller der handteekening gebonden achten, dat zou ongemotiveerd hard zijn.

4°. De onderteekening is verkregen door bedrog van een persoon met gebrekkige vermogens of de gewone maatschappelijke kundigheden missende. Is deze naar zijne beperkte krachten zoo zorgvuldig mogelijk te werk gegaan, dan ontheft het Amerikaansche recht hem van aansprakelijkheid.

Ook voor ons recht geloof ik dat wij tot een dergelijk resultaat zullen moeten komen. Zeker, de bescherming van den bona fide verkrijger tegen de exceptie, aan het bedrog ontleend, is hoogst wenschelijk; maar hier, waar niets het opleggen der verbintenis aan den onderteekenaar rechtvaardigt, waar deze evenveel aanspraak op bescherming kan maken als de eerlijke verkrijger, zou het toch te ver gaan om het aanvoeren der exceptie tegen laatstgenoemde te verbieden.

5°. De onderteekening is door normale personen ge-

dienen de aandacht: „O, dat de opposant . . . zelf moest weten, welke mate van vertrouwen hij kon stellen in den persoon, die hem dat formulier in blanco ter teekening aanbood”, en „O, dat de opposant . . . derhalve verplicht was het bedrag van den wissel aan den houder te voldoen, welke laatste niets te maken heeft met de manier, waarop de acceptant zijne acceptatie geplaatst heeft en de overleggingen daarvoor of daarna door hem met den trekker gehouden”. Zeer juiste argumenten inderdaad!

steld in dwaling, hetzij onder den invloed van bedrog, of door gewone vergissing. Hier is ongetwijfeld de onderteekenaar tegenover bona fide derden gebonden; immers het is bijna ondenkbaar, dat hem hier niet eenige onachtzaamheid kan ten laste gelegd worden, al is het alleen maar, dat hij op voorstellingen van anderen is afgegaan, in plaats van zijn eigen oogen en ooren te gebruiken.

6°. De onderteekening is door dwang verkregen. DANIEL meent, dat wij hier den onderteekenaar niet gebonden kunnen achten, namelijk indien hij bedreigd werd met zoo groot kwaad, dat men het hem niet kwalijk kan nemen, dat hij eigen lijfsbehoud stelde boven de mogelijkheid van geldelijk nadeel voor anderen. Men zou echter aan den anderen kant kunnen vragen: is het niet onbillijk, dat anderen nu den prijs van zijn lijfsbehoud, zijn losgeld als het ware, betalen? Inderdaad, hier is de keuze zeer lastig. M. i. handelen wij het billijkst, door het aanvoeren der exceptie van dwang tegen bona fide verkrijgers for value niet toe te staan.

7°. De onderteekening is valsch. Nu wordt degene, wiens handteekening nagemaakt is, natuurlijk nimmer aansprakelijk.

8°. Het stuk is vervalscht. Dit zal op de verplichting van den onderteekenaar zonder invloed blijven; hij blijft verplicht tot datgene, waartoe hij vóór de vervalsching gehouden was. Heeft hij echter door slordige vervaardiging van het stuk gelegenheid geschapen tot de vervalsching, dan geloof ik ook wel voor ons recht te mogen aannemen, dat hij aan eerlijke derden overeenkomstig den vervalschten inhoud van het papier zal moeten praes- teeren. De wet geeft ons in dit geval geen enkel steunpunt voor eenige opvatting. Wij moeten derhalve volgens algemeene rechtsbeginselen beslissen, en dan meen ik,

dat wij niet beter kunnen doen dan de schade te dragen geven aan dengene, die er de gelegenheid voor geschapen heeft, al is het slordig vervaardigen geenszins eene onrechtmatige daad in den zin van artt. 1401 en 1402 B. W. te noemen ¹⁾.

Bij de belangrijkste toonderpapieren, effecten en bankbiljetten, zal wel geen der behandelde casusposities met uitzondering van de 7^{de} licht voorkomen; feitelijk kunnen wij daar dus zeggen, dat de eigenaar van een toonderpapier, alleen wanneer hij een valsch stuk in handen heeft gekregen, den onderteekenaar niet kan aanspreken. En al kan hem in dit laatste geval tegen den pseudo-onderteekenaar geen recht gegeven worden, toch zal het, speciaal bij bankbiljetten, hoogst waarschijnlijk zijn, dat de bank ter bevordering en in stand houding van haar crediet uit vrije beweging ook de valsche biljetten inlost.

Al moeten wij dus in de gevallen 1, 3, 4, 7, en veelal ook in geval 8, den bona fide verkrijger wettelijke bescherming onthouden, in de practijk is dit voor de circulatie van de voornaamste toonderpapieren geen groot bezwaar.

Waar wij in de gevallen 1—8 aansprakelijkheid van den onderteekenaar aannemen (dat is dus in geval 2, 5, 6, en soms in geval 8), doen wij dit alleen, waar hij staat tegenover een b. f. verkrijger for value. Een medeplichtige van den bedrieger enz., iemand, die bij zijne verkrijging het aan het papier klevende gebrek kende, ten koste van den onderteekenaar te beschermen, zou te dwaas zijn om van te spreken. En ook iemand, die, hoewel te

¹⁾ Welbeschouwd behooren ook de gevallen 1, 2 en 3 onder valscheid; de gebondenheid des onderteekenaars in geval 2 werd, zooals wij zagen, door eene bijzondere omstandigheid gerechtvaardigd, doordien n.l. een „agency or trust” was geschapen.

goeder trouw zijnde, het papier ten geschenke heeft gekregen, er dus geen waarde voor heeft gegeven, kan tegenover den bedrogen onderteekenaar geen aanspraak maken op bescherming ¹⁾: terwijl immers betaling voor dezen een verlies zou wezen, is niet-betaling voor den houder in casu geen verlies, maar slechts gemis van een verwacht, doch door niets gemotiveerd voordeel.

Dit laatste gaat intusschen alleen op, in zoover betaling voor den houder werkelijk verrijking, voordeel zou zijn. Men behoort hem dus toe te laten tot het bewijs, dat hij inderdaad door de betaling niet verrijkt zal worden, doordien hij zich b.v. in het vooruitzicht der betaling uitgaven heeft veroorloofd, die hij anders niet zou gedaan hebben.

Dat wettelijke beslissing van de vele boven behandelde vragen gewenscht, ja dringend vereischt is, behoeft wel geen betoog. Zoo is het ook hoog noodig, dat de wet voor alle verloren en te niet gegaan toonderpapier eene amortisatieprocedure invoere, minder kostbaar en omslachtig dan de hier te lande voor enkele papieren (speciaal obligatiën en certificaten Nederlandsche Werkelijke Schuld) bestaande. In dit opzicht geeft het Duitsche ontwerp B. W. ons een hoogst navolgenswaardig voorbeeld ²⁾.

Kunnen wij echter ook thans, zonder wettelijke bepalingen, den verliezer enz. de bevoegdheid toekennen om op den vervalldag tegen bewijs van zijn recht betaling te verlangen, mits zekerheid stellende voor het geval, dat

¹⁾ Het is wellicht niet ondienstig hier te wijzen op de Pauliana, artt. 1377 B. W., 776 en 777 W. v. K. In geval de verkrijger te goeder trouw was, kan hierbij de vervroemding wel te niet gedaan worden als zij om niet geschied is, doch niet, indien ze onder bezwarenden titel heeft plaats gehad. Is hier niet eenige analogie met het bovenstaande te vinden?

²⁾ Zie Entwurf, § 692 vlg.

later een nieuwe crediteur mocht opkomen? — Hoe gaarne ik dit zoude aannemen, hoezeer het in overeenstemming is met de billijkheid, met den regel «*nemo cum damno alterius locupletior fieri debet*», voor een land met gecodificeerd privaatrecht zou ik dit bij gemis van eenig steunpunt in de wet niet durven doen, te meer, omdat de stukken in den regel inhouden, dat vertooning, inlevering er van, vereischte is om recht op betaling te hebben. Bovendien, al wordt er ten behoeve van den debiteur cautie gesteld, zoo verschaft dit hem toch geene absolute zekerheid, dat eene latere betaling hem geen schade zal berokkenen, en eenig ongemak zal hij van een en ander ongetwijfeld hebben. Zeker moet de wetgever geen bezwaar maken hem dat ongemak en die uiterst kleine schadekans te laten dragen om veel grooter onbillijkheid tegenover den verliezer te voorkomen, maar de wetenschap is hier onbevoegd om te doen wat des wetgevers is.

Ik mag niet van het papier aan toonder afstappen zonder met een enkel woord melding gemaakt te hebben van een paar verdienstelijke artikelen van ons ontwerp B. W. 1820, die wel geene volledige regeling van ons onderwerp geven, maar toch enkele kwesties zeer bevredigend oplossen. Het zijn de artikelen 2298 en 2299 ¹⁾.

¹⁾ Art. 2298. „Wanneer iemand zich bij geschrifte onbepaald aan den vertooner van dit geschrift verbonden heeft, wordt hij gerekend zich oorspronkelijk aan elk en een iegelijk verbonden te hebben, welke houder van dit geschrift is, zonder dat deze verplicht zij de wettigheid of goede trouw van zijn' houder te bewijzen”.

Art. 2299. „Indien echter aan iemand zoodanig eene schuldbekentenis aan toonder mogt ontvreemd zijn, of hij dezelve op de eene of andere wijze, zonder wettige overgave, kwijt geworden mogt zijn, kan deze de betaling daarvan door zijne tusschenkomst opschorten, en de schuldenaar op grond daarvan de betaling weigeren; doch komt dan het bewijs van

Art. 2298, blijkbaar geleid door het ongelukkig wilsdogma (er staat «wordt hij gerekend zich verbonden te hebben»!), erkent *ipsis verbis* iederen houder als crediteur; doch deze noodlottige bepaling wordt grootendeels onschadelijk gemaakt door het volgend artikel, waarin den verliezer, bestolene enz. het recht wordt toegekend om den schuldenaar de betaling te verbieden. Komt nu een houder op, dan moet de verliezer enz. of de schuldenaar diens *mala fide* verkrijging bewijzen, en als hij daarin niet slaagt, hem schadevergoeding geven. Derden, die *bona fide* en onder bezwarenden titel (*for value*) het papier hebben verkregen, worden eigenaar daarvan, en kunnen als zoodanig betaling vorderen.

Het is niet te ontkennen, dat niettegenstaande het in art. 2299 vervatte palliatief, art. 2298 zeer afkeurenswaardig blijft: daar had moeten staan, dat *bona fide* betaling, aan een houder op den vervalldag gedaan, den schuldenaar wel steeds bevrijdt, maar dat de eigenaar van het papier schuldeischer is. Ook denken de beide artikelen aan een aantal kwestieën, b.v. aan mogelijke circulatie van niet «begeben» toonderpapier, blijkbaar in het geheel niet. Maar toch geeft het ontwerp 1820 in art. 2299 een paar duidelijke en voortreffelijke voorschriften, waaromtrent het zeer te betreuren valt, dat ze in ons B. W. niet zijn overgegaan.

het onregmatig en ter kwader trouwe houden der schuldbekentenis ten laste van den tusschenkomenden wettigen houder, of van den weigerenden schuldenaar; indien dit bewijs onvoldoende bevonden wordt, heeft de houder regt tot vergoeding van kosten, schaden en interessen. Derden, die ter goeder trouw en op eenen onereusen titel houders van eene dergelijke schuldbekentenis zijn geworden, kunnen in geen geval door het bewijs der kwade trouw van den genen, door wien zij houder geworden zijn, in hun regt verkort worden”.

B. *Orderpapier.*

Op dit gebied hebben wij, zoo al geene algemeene regeling bij de wet, dan toch ten minste voor het belangrijkste orderpapier, voor den wissel, een stel wettelijke bepalingen. Veel daarvan, met name al datgene, wat niet den wissel als orderpapier, maar den wissel in zijne hoedanigheid van getrokken papier betreft, gaat ons echter in dit verband niet aan.

Vooraf dient opgemerkt, dat een in blanco geëndosseerd orderpapier tijdelijk, n.l. tot zoolang de blanco-giro is ingevuld, of een nieuw endossement op naam op het papier gesteld is, als toonderpapier circuleert, zoodat op al hetgeen er tijdens die circulatie mede plaats heeft ¹⁾ het gezegde omtrent toonderpapier toepasselijk is. Artt. 2014 en 637 B. W. gelden daarvoor, bona fide betaling aan iederen houder krachtens blanco-endossement werkt bevrijdend, enz.

Verder moet wel onderscheiden worden het geval, dat er een valsch endossement op het orderpapier voorkomt, en dat, waarin een geëndosseerde zonder of tegen den wil van zijn endossant heeft verder geëndosseerd. Tegenover valsche endossementen is ons recht even streng als het Amerikaansche. Zij dragen geen eigendom en creditschap over; die na hen den wissel verkrijgt, hoezeer te goeder trouw en for value, wordt nimmer crediteur.

¹⁾ Maar ook alleen daarop. Stond er b. v. vóór het blanco-endossement een valsch endossement op het papier, of is het blanco-endossement zelf valsch, dan kan ook nu een latere houder nimmer recht verkrijgen; ook het recht der houders, die door het blanco-endossement gelegitimeerd worden, is wel degelijk van de echtheid der vroegere endossementen afhankelijk.

Maar eene geheel andere zienswijze deelt ons recht ten aanzien der tweede categorie van gevallen. Dit blijkt voldoende uit art. 135 W. v. K. Wij hebben daar te doen met het onvolledig endossement, dat geen wissel-eigendom overdraagt, doch een zoogenaamd incasso-mandaat ¹⁾ is. Is in dit geval het endossement aan order gesteld, dan kan de geëndosseerde, hoewel geen crediteur-eigenaar, toch den eigendom des wissels door endossement overdragen. Onze wet zegt, dat hij de bevoegdheid daartoe heeft; doch dit is eene onjuiste uitdrukking harer bedoeling, welke deze is, dat, niettegenstaande de onbevoegdheid van dien endossant, bona fide latere geëndosseerden toch eigenaar worden. Natuurlijk geldt dit zelfde à plus forte raison, wanneer een houder krachtens volledig orderendossement, die echter aan zijnen endossant beloofd had den wissel niet verder te endosseeren, of die dit om eenige andere reden niet doen mocht ²⁾, den wissel toch verder heeft geëndosseerd: ook dan zal de niet uit den wissel blijkende afspraak, de in pand geving enz. tegen bona fide derden niet aangevoerd kunnen worden, zullen dezen dus desniettegenstaande wissel-eigenaars-crediteuren worden.

Het bovenstaande kunnen wij ook aldus formuleeren: ook ten aanzien van orderpapier geldt het bezit — hier echter gesteund door eene aaneensluitende echte endossementenreeks — als volkomen titel. Derhalve is, hoewel orderpapier in art. 2014 al. 1 niet wordt genoemd, het daar uitgesproken beginsel toch mutatis mutandis op dit papier van toepassing. Zullen wij echter de uitzondering,

1) Het uitdrukkelijk prokura-endossement moet hiermede gelijk gesteld worden.

2) B. v. de houder, aan wien de wissel in pand is gegeven.

door ons recht in art. 2014 al. 2 aangenomen, ook voor orderpapier moeten huldigen? Het geval zal zich zeker niet veel voordoen, maar is toch geenszins ondenkbaar. De casuspositie is deze: een op naam geëndosseerde wissel wordt door den geëndosseerde gestolen of gevonden, en verder geëndosseerd. Zal nu art. 2014b j^o. 637 gelden; of moeten wij, het beginsel van art. 2014a toepassende, ook nu den bona fide verkrijger als eigenaar beschouwen, of moeten wij eenvoudig aannemen, dat de eigendom van den wissel niet overgaat, zoodat de bestolene en verliezer kunnen vindiceeren, zonder tot eenige vergoeding gehouden te zijn? —

Jure constituendo geloof ik, dat ook hier het Amerikaansche recht aanbeveling verdient, dat dus de derde houder, als het bewijs van den diefstal of het verlies geleverd is, zijnerzijds verkrijging for fair value onder geen achterdocht wekkende omstandigheden zal moeten aantonen, doch dan ook eigenaar van het papier is, en als zoodanig het recht uit het papier kan doen gelden. Maar voor ons recht meen ik, nu vaststaat, dat het eerste lid van art. 2014 B. W. bij den wissel zijne toepassing vindt, de artikelen 2014 en 637 hier geheel te moeten laten gelden. Al heeft onze wisselwet de bedoelde, zeker uiterst zeldzame, gevallen over het hoofd gezien, toch geloof ik niet anders te mogen beslissen, omdat jure nostro de uitzondering, in lid 2 van art. 2014 vervat, benevens het daarbij behoorend art. 637, onafscheidelijk verbonden zijn aan den regel van lid 1 van art. 2014, wiens geldigheid voor den wissel boven allen twijfel verheven is.

Mijne conclusie is dus, dat ook voor den wissel de artt. 2014 en 637 B. W. gelden, met dien verstande, dat daarin voor bezit moet gelezen worden: bezit, gesteund

door eene aaneensluitende rij van echte endossementen. Ook ten aanzien van den wissel gelden natuurlijk de tegen beide artikelen boven in het midden gebrachte bedenkingen in hooge mate.

Evenals bij toonderpapier, en op dezelfde gronden, meen ik art. 2014 j^o. 637 ook toepasselijk te moeten verklaren tegenover den trekker van een tegen diens wil in omloop gebrachten, doch door hem geheel gereedgemaakten en onderteekenden wissel. Voor den incasso-wissel, welks nemer geen aanspraak tegen den trekker heeft, volgt de toepasselijkheid althans van art. 2014 al. 1 rechtstreeks uit het met art. 135 corresponderende art. 111 W. v. K.; gelijk nu art. 135 ons noopte om art. 2014 j^o. 637 tusschen de houders onderling te laten gelden, zoo moet ook art. 111 er ons toe brengen om die beide artikelen analogisch toe te passen tegenover den trekker van een niet «begeben» wissel. Voor eene verschillende behandeling van den trekker en latere houders is in ons geval geen enkele grond aanwezig: neemt men, als THÖL, GOLDSCHMIDT e. a., voor den «begebenen» wissel het beginsel «Hand wahre Hand» aan, dan is het volkomen ongemotiveerd om, als zij, uit den niet «begebenen», doch wel gereed gemaakten wissel nimmer wisselrechten te laten ontstaan. Het verkeer eischt hier evenzeer, en op volkomen dezelfde gronden, de toepassing van «Hand wahre Hand», als ten aanzien van den door den trekker in omloop gebrachten wissel; de hardheid tegenover den trekker in dit geval is noch kleiner noch grooter, dan tegen den endossant in het andere geval — en dat zijn de twee eenige momenten, die m. i. gewicht in de schaal leggen.

Na een valsch endossement, het werd reeds opgemerkt, kan geen houder ooit wisseleigenaar en crediteur worden;

wel heeft hij regres tegen den falsaris en alle latere endossanten, doch wisselcrediteur wordt hij niet, dit blijkt ten duidelijkste uit art. 137 W. v. K. Daarnaast echter staat de vraag, of betaling aan zoodanigen formeel gelegitimeerden niet-crediteur den betalende misschien zal bevrijden. Over dit punt geeft ons recht een paar artikelen, die tot zeer veel meeningsverschil aanleiding gegeven hebben, n.l. artt. 158 en 164 W. v. K.

In twee gevallen beslist onze wet de gestelde vraag ontkennend: 1^o. wanneer de betaling vóór den vervaldag plaats grijpt, 2^o. wanneer de betaling op of na den vervaldag, doch na verzet van den eigenaar heeft plaats gehad. In die beide gevallen bevrijdt betaling aan een schijnbaren crediteur, aan den zoogenaamden formeel gelegitimeerden houder niet, moet de schuldenaar dus onderzoek doen naar het recht van hem, die betaling vraagt, en, indien deze niet materieel gelegitimeerd blijkt te zijn, hem de betaling weigeren, wil hij niet in de onaangename noodzakelijkheid komen van naderhand nog eens te moeten betalen.

Buiten die twee gevallen echter wordt de betaler van een wisselbrief «vermoed deugdelijk gekweten te zijn». Ziehier nu het betwiste punt! Hebben wij hier een eenvoudig vermoeden, dat wijkt voor het bewijs van recht, geleverd door den later opkomenden waren eigenaar, of moet deze om alsnog betaling te kunnen eischen, aantoonen, dat de eerste betaling *dolo malo* of *lata culpa* is verricht, dat de betalende toen óf niet de vereischte zorgvuldigheid heeft aangewend, óf zelfs wist, dat degene die hem aansprak, geen crediteur was? De woorden wijzen zeker op de eerste opvatting, die, zooals wij zagen, vreemd genoeg, ook in het overigens zoo practische Amerikaansche recht geldt, maar toch huldigen wij de tweede:

1°. Op grond der geschiedenis. In het Fransche recht werd aan art. 145 Co., waarvan ons art. 164 W. v. K. de letterlijke vertaling is, algemeen de tweede beteekenis gehecht. Onze wetgever nu nam, in tegenstelling tot het Ontwerp 1822, hetwelk een ander stelsel huldigde, dat Fransche artikel woordelijk over. Het reeds hieruit voortvloeiende vermoeden, dat we er voor ons recht dezelfde beteekenis aan moeten hechten, die het in den Code had, wordt nog versterkt door de beraadslagingen over art. 164, al is het niet te ontkennen, dat ook een enkel spreker de eerste opvatting verdedigde ¹⁾.

2°. Omdat de andere opvatting art. 164 van allen zin berooft, volkomen overbodig maakt: immers, dat degeen, die de tweede betaling vraagt, zijn recht en daardoor het ondeugdelijke der eerste betaling moet bewijzen, is een eenvoudig uitvloeisel van art. 1902 B. W., en zou ook zonder art. 164 W. v. K. waar zijn.

3°. De tweede opvatting is in overeenstemming met het in art. 1422 B. W. geheel algemeen uitgesproken beginsel, de eerste is zonder eenigen aannemelijken grond daarmede in strijd.

4°. Ook de billijkheid spreekt luide voor de tweede opvatting: de eigenaar heeft door verzet te doen het middel in de hand om zich voor schade te vrijwaren. Is hij zoo slordig of onverstandig om de aanwending van dat middel na te laten, dan is het niet meer dan billijk, dat de gevolgen van zijn verzuim ook hem zelve treffen, en hoogst onbillijk om den schuldenaar, die geen enkele reden had om wantrouwen tegen den formeel volkomen gelegitimeerden houder te koesteren, onder 's eigenaars

1) Zie VOORDUIN, VIII, pag. 638 vlg.

verzuim te laten lijden, door hem tot eene tweede betaling te verplichten.

Om deze redenen sluit ik mij ten aanzien der interpretatie van art. 164 W. v. K. gaarne aan bij Prof. DIEPHUIS ¹⁾, contra Mrs KIST ²⁾ en LAND ³⁾.

Wij moeten evenwel niet uit het oog verliezen, dat dit artikel alleen ten bate van den betalende geschreven is, dat de bloot formeel gelegitimeerde houder, al kan de debiteur cum effectu liberationis aan hem betalen, geenszins crediteur is. Integendeel, de debiteur mag onderzoek naar zijn recht doen, en moet hem betaling weigeren, als hij weet of door eene nauwkeurige beschouwing van het papier en alle omstandigheden bemerken kan, dat de houder niet materieel gerechtigd, geen eigenaar van het papier is; immers alleen deze is zijn crediteur.

Echter kan de schuldenaar van den formeel gelegitimeerden houder ten vervalddage niet verlangen, dat hij zijn crediteurschap nader bewijze, aantoonde dus, dat alle endossementen volkomen in orde zijn. Evenals bij toonderpapier het bloote houden, zoo is hier het houden, gesteund door eene aaneensluitende rij endossementen, waaraan uiterlijk niets verdachts te bespeuren valt, prima facie bewijs van eigendom, en zal dus de debiteur geen nader bewijs van den formeel gelegitimeerden houder ten vervalddage kunnen vergen, doch hem moeten betalen, tenzij hij zelf kan aantoonen, dat deze geen schuld-eischer is.

Ten aanzien van de 8 gevallen, dat de onderteekening door bedrog of geweld is verkregen, bij vergissing gesteld

¹⁾ DIEPHUIS, Handelsregt, Dl I, pag. 242 vlg.

²⁾ KIST, Beg. v. Handelsregt, Dl II, pag. 180.

³⁾ LAND, Wisselrecht, pag. 174 vlg.

is, enz. nemen wij voor orderpapier natuurlijk dezelfde beslissingen aan als voor toonderpapier ¹⁾. Dezelfde gronden toch, die ons bij toonderpapier motiveerden, gelden ook hier.

Van groot belang bij orderpapier, en speciaal bij den wissel, is de vraag, of men, zijne handteekening daarop geplaatst hebbende, naderhand zich op de valscheit van eens anders handteekening kan beroepen om van aansprakelijkheid bevrijd te worden. Kan b. v. de trekker zich met dat effect beroepen op het valsche accept, de acceptant op de valsche traite, de endossant op de valscheit van eenig vroeger endossement?

In drie gevallen beslist onze wet deze vraag ontkennend. Zij verbiedt n. l. het beroep op de valscheit van het accept aan trekker en aan endossanten (art. 145 W. v. K.), en aan latere endossanten dat op de valscheit van een vroeger endossement (art. 137 W. v. K.). Uit de laatste bepaling mogen wij zeker ook wel afleiden, dat aan de endossanten geen beroep op de valscheit der handteekening van den trekker is toegelaten.

Ook weten wij, dat trekker en acceptant zich kunnen en soms moeten beroepen op de valscheit van eenig, de endossant op die van een na het zijne komend endossement, omdat zoodanig endossement geen wisseleigendom overdraagt.

¹⁾ Alleen voor een door bedrog verkregen accept moeten wij hier anders beslissen ten gevolge van eene uitdrukkelijke wetsbepaling. Zie art. 119 al. 4 W. v. K. Is „de houder” hier degene, die ter acceptatie heeft gepresenteerd (aldus DIERHUIS, l. c., pag. 225) of degene, die uit het accept betaling vraagt (aldus KIST, l. c., pag. 162 en LAND, l. c., pag. 134)? Ik zou natuurlijk het liefst de tweede uitlegging aannemen, doch de overweging, dat zij de gansche bepaling totaal overbodig maakt, houdt mij daarvan terug. Als dus door bedrog de acceptatie verkregen is, kan de acceptant zich daarop tegen alle latere houders beroepen.

Onbeslist blijft dus alleen de vraag, of de acceptant zich op de valsheid der traite kan beroepen. Die vraag heeft onze wetgever opzettelijk niet beantwoord, omdat over haar in zijn boezem geen overeenstemming te verkrijgen was. Mijns inziens kan het beroep niet toegestaan worden. De bestrijding dezer meening in de Tweede Kamer had vooral hierin haren grond, dat men nog aan het oude contrat de change vasthield. Wanneer de traite valsch was kon dit natuurlijk niet geconstrueerd worden, en daarom ontzegde men aan acceptant's handteekening in dit geval verbintenisscheppende kracht. Thans echter is dat contrat de change sinds lang als grond der wisselverbintenis verworpen, en deze argumentatie heeft dus voor ons geen waarde meer.

Wij moeten den acceptant ongetwijfeld gebonden achten: immers de overweging, dat de betrokkene geen wissel behoort te accepteren getrokken door iemand, wiens handteekening hij niet kent, en dat hij ook door adviesbrief enz. kan weten of de traite echt is, terwijl men van de houders geen kennis van trekkers handteekening kan eischen, doet hier de schaal ten gunste van laatstgenoemden doorslaan. Natuurlijk echter rekenen wij ook hier alleen tegenover bona fide houders for value den acceptant gebonden.

Wat vermiste en te loor gegane wissels aangaat, daarvoor geeft onze wet gelukkig eenige bepalingen, welke wij bij toonderpapier zoo ongaarne misten. De acceptant moet steeds, de trekker alleen, indien de wissel geprotesteerd was, betalen ¹⁾, beiden tegen bewijs van recht en borgstelling voor eventueele namaning.

Al wat wij voor den wissel qua orderpapier hebben

¹⁾ Zie art. 163 en 203 W. v. K.

aangenomen, moet *mutatis mutandis* ook op het orderbiljet worden toegepast. De omtrent den wissel geldende artikelen, welke ons tot onze bovenstaande conclusiën brachten, worden immers, met uitzondering natuurlijk van diegene, welke op het accept betrekking hebben, door art. 209 W. v. K. ook over het orderbiljet uitgestrekt. En daar bij den wissel de eenige regeling van eene verbintenis aan order door ons recht wordt gegeven, zullen wij ook voor verdere orderpapieren de boven verkregen resultaten, welke immers alle uit 's wissels karakter van orderpapier voortvloeien, moeten laten gelden.

Zien wij ten slotte, wat omtrent de behandelde vragen voorkomt in ons Ontwerp «Handelspapier».

Vooreerst dient opgemerkt te worden, dat de wissel en het orderbiljet ¹⁾ orderpapier *ex lege* worden, zoodat om ze tot *recta*-papier te maken, de trekker of onderteekenaar er de woorden: «niet aan order» in moet opnemen ²⁾. Ook de endossant moet, als hij zijne aansprakelijkheid tot zijn eigen geëndosseerde wil beperken, uitdrukkelijk die woorden in zijn endossement opnemen ³⁾. Alle formeele vereischten van het endossement vervallen: iedere aantekening in dorso, waaruit blijkt, dat de houder aan een ander den wissel wenscht over te dragen, geldt als endossement ⁴⁾; ons tegenwoordig onvolledig

¹⁾ Om als zoodanig te gelden moeten zij in hun tekst het woord „wissel”, en „orderbiljet”, „acceptatie”, of „promesse” bevatten. Zie Tit. I, art 5, 1^o. Tit. II, art. 1, 1^o. Dit is overgenomen uit het Deutsche recht, D. W. O. art. 4, 1^o. en 96, 1^o.

²⁾ Zie Tit. I, art. 31 en 32, Tit. II, art. 2. Ook dit is uit het Deutsche recht overgenomen, D. W. O. art. 9 en 10; 98, 2^o

³⁾ Zie Tit. I, art. 35; D. W. O. art. 15.

⁴⁾ Zie Tit. I, art. 31, 33; D. W. O. art. 12.

endossement komt dus gelijk te staan met het volledige. Staat er echter uitdrukkelijk «per procura» of eene dergelijke uitdrukking, welke eene volmacht aanduidt, in het endossement, dan worden latere houders nimmer wissel-eigenaars ¹⁾. Tegen zoodanige bepaling bestaat weinig bezwaar, omdat de volmacht hier voor iedereen duidelijk uit den wissel blijkt. Stilzwijgende beperkingen der bevoegdheid des geëndosseerden kunnen ook hier niet tegen bona fide derden worden aangevoerd ²⁾, dus al wat boven omtrent het gelden van art. 2014 j^o. 637 voor den wissel werd aangevoerd, blijft van kracht.

In overeenstemming met ons recht houdt het Ontwerp vast aan het beginsel, dat na een valsch endossement niemand wisselcrediteur kan worden ³⁾. Het Duitsche recht ⁴⁾ daarentegen neemt aan, dat de formeel gelegitimeerde houder eigenaar en crediteur is, tenzij hij te kwader trouw of in grove nalatigheid heeft verworven. Welk stelsel de voorkeur verdient, het onze, dat aan de eens verworven wisselvordering meer zekerheid geeft, of het Duitsche, dat de verwerving der vordering gemakkelijker maakt, is eene kwestie, welke oplossing aan de mannen der practijk behoort gevraagd te worden, doch waaraan schrijver dezès, als zijnde volkomen incompetent, zich niet wil wagen.

Art. 60 ⁵⁾ van het Ontwerp behandelt de kwestie, die

¹⁾ Zie Tit. I, art. 36; D. W. O. art. 17.

²⁾ Dit volgt reeds *argumento a contrario* uit art. 36 van het Ontwerp. Bovendien leert art. 1198bis B. W. ons, dat de houder, die krachtens art. 31 van het Ontwerp „den wissel met alle daaruit voortspruitende rechten” door endossement kan overdragen, toch zeer wel onbevoegd tot die overdracht kan wezen.

³⁾ Zie Mem. v. Toel. ad art. 60.

⁴⁾ Zie D. W. O. art. 74.

⁵⁾ Veel vollediger dan het corresponderend art. 36 D. W. O.

wij naar aanleiding van art. 164 W. v. K. bespraken, en geeft eene zeer duidelijke, zij het dan ook niet boven alle bedenking verheven, oplossing. Tenzij er bij deurwaarders-exploit verzet is gedaan, bevrijdt betaling op den vervalddag aan een formeel gelegitimeerden houder den debiteur steeds. Is er verzet gedaan, en betaalt de schuldenaar, voordat dit is ingetrokken of bij rechterlijk gewijsde ongegrond gebleken, of betaalt hij vóór den vervalddag, dan is de betaling voor zijne risico. In alle gevallen mag de schuldenaar de innerlijke waarde der endossementen onderzoeken; hij is dus volstrekt niet verplicht, alleen maar bevoegd om aan den formeel gelegitimeerden houder ten vervalddage te betalen, deze is niet per se crediteur. Mijne eenige aanmerking op dit overigens inderdaad voortreffelijk artikel bestaat hierin, dat betaling aan den bloot formeel gelegitimeerden houder ten vervalddage alleen dan bevrijdend behoort te werken, wanneer zij te goeder trouw en met behoorlijke zorgvuldigheid is geschied.

Art. 16 spreekt de zelfstandigheid van elke wisselverbintenis uit, en verbiedt daardoor beroep op de valsheid van eens anders handteekening ¹⁾.

Wat vermiste en te loor gegane wissels betreft, houdt art. 86 van het Ontwerp zich aan ons tegenwoordig recht (artt. 163 en 203 W. v. K.), en neemt dus de Deutsche amortisatieprocedure ²⁾ niet over. In het Deutsche recht is die noodig, omdat daar niettegenstaande een valsch endossement toch een nieuwe wisselcrediteur ontstaan kan ³⁾, voor wiens rechten gezorgd moet worden; maar

¹⁾ In Deutschland doen dit de artt. 75 en 76 D. W. O.

²⁾ Zie D. W. O. art. 73.

³⁾ Wegens de mogelijkheid — en zelfs waarschijnlijkheid — van het ontstaan van een nieuwen crediteur, is voor toonderpapier ook ten onzent eene amortisatieprocedure zoo noodzakelijk.

bij ons, waar de verliezer en bestolene bijna altijd nog drie jaar eigenaar blijven, bestaat tegen de veel eenvoudiger regeling van artt. 163 en 203 W. v. K. geen bezwaar.

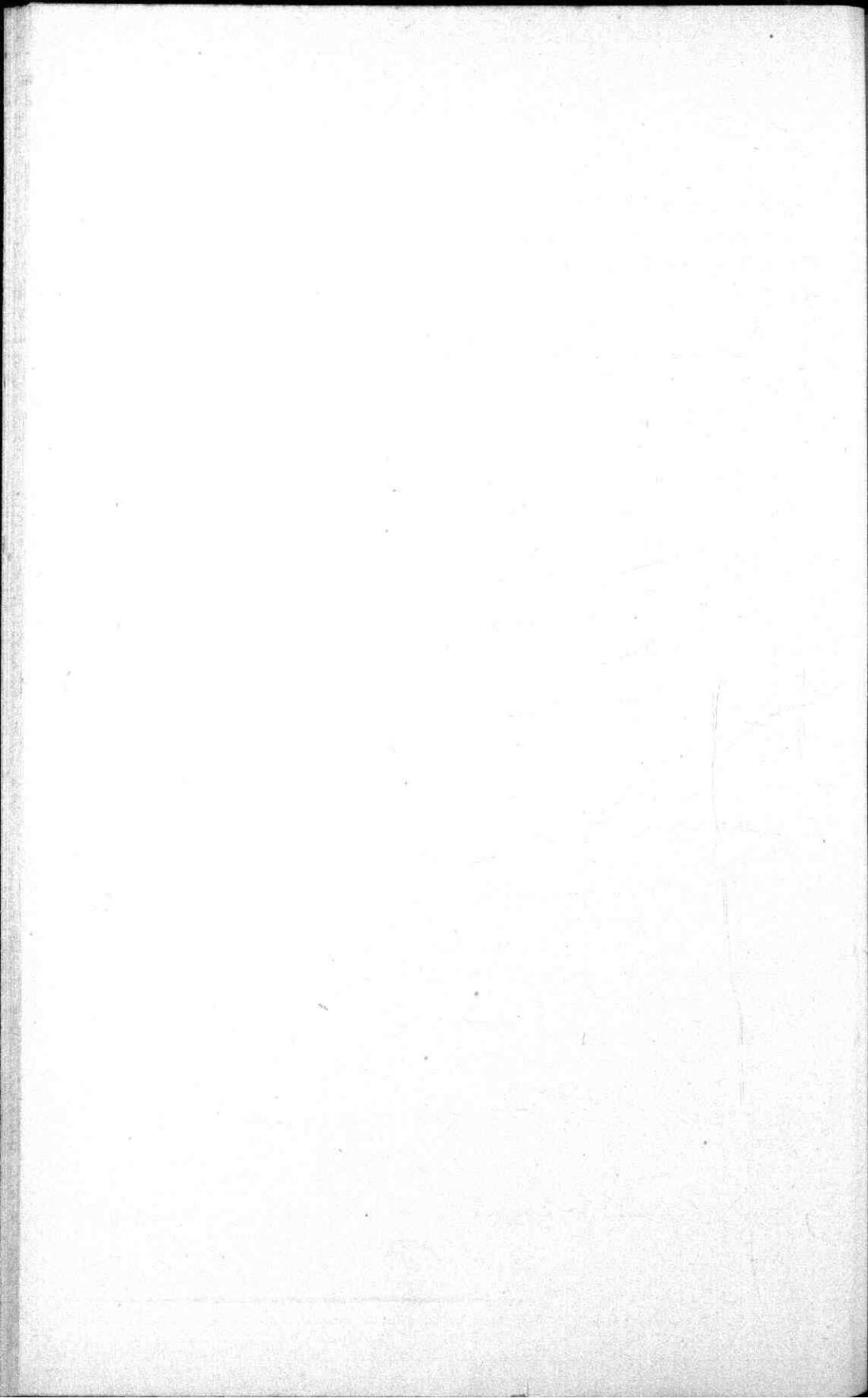
Het Ontwerp verduidelijkt dus ten aanzien der door ons behandelde vragen de bestaande wetgeving meer dan dat het die verandert; waar ons wisselrecht thans lacunes vertoont (zoo ten aanzien der vraag, of ook art. 2014 al. 2 j°. 637 voor wissels geldt, of uit een niet door den trekker in circulatie gebrachten wissel tegen hem eene wisselactie kan voortspuiten, enz.), zouden wij ook na de verheffing van het Ontwerp tot Wet voor dezelfde problemen staan als thans, evenals nu buiten de wet om of hoogstens door analogische toepassing harer bepalingen moeten uitmaken, wat rechtens is.

Komt het ten onzent eenmaal tot eene wettelijke beslissing van die en dergelijke vragen voor orderpapier, en, wat nog noodiger is, tot een stel wettelijke bepalingen voor toonderpapier, moge dan de wetgever zich niet laten leiden door eenige abstracte theorie, maar zijne taak opvatten, gelijk die boven werd omschreven: als het zoeken eener transactie tusschen de zoo wenschelijke bescherming van den bona fide verkrijger zoowel tegenover vroegere eigenaars als tegenover den schuldenaar aan de eene, en het belang dier vroegere eigenaars en van den schuldenaar aan de andere zijde.

En wil onze wetgever bij die gelegenheid het oog op buitenlandsch recht slaan, dan kijke hij vooral niet uitsluitend Oostelijk, doch richte ook een belangstellenden en nauwkeurigen blik in Westelijke richting!

Niemand weet beter dan de schrijver van dit proefschrift, dat de gebreken daarvan vele zijn. Maar indien de wel-

willende lezer, aan het einde van dit geschrift gekomen, deze laatste wenschen beaamt, en overtuigd is geworden van de onjuistheid, ijdelheid en practische onbruikbaarheid dier Duitsche theorieën, welke in onze materie den priyaatwil als rechtsbron en als leiddraad voor den wetgever erkennen, dan zal hij toch dankbaar zijn doel bereikt, en zijne moeite ruimschoots beloond achten.



STELLINGEN.

I.

Vormlooze herroeping ontnam volgens het Romeinsche recht aan een testament zijne kracht niet.

II.

De staat en de bevoegdheid van vreemdelingen moeten door den Nederlandschen rechter beoordeeld worden naar het recht van het land, waartoe zij behooren.

III.

Onze wet beschouwt de voogdij over kinderen, uit hetzelfde huwelijk gesproten, als ééne voogdij.

IV.

Tot de overschrijving der akte, bedoeld in art. 671 al. 1 B. W., wordt medewerking van den vervreemder niet vereischt.

V.

Het erfrecht ab intestato berust niet op den vermoedelijken wil des erflaters.

VI.

Ieder medeërfgenaam wordt eigenaar der hem toebeedeelde goederen, zoodra de overeenkomst van boedelscheiding is gesloten, ook al is de akte nog niet overgeschreven in de eigendomsregisters, en al zijn de roerende goederen nog niet in zijn bezit gekomen.

VII.

Onder verbintenissen om te geven verstaat onze wet die om van individueel bepaalde zaken hetzij den eigendom, hetzij de detentie over te dragen.

VIII.

In art. 1612 al. 1 B. W. beteekent «verkoop»: eigendomsovergang ten gevolge van verkoop.

IX.

In art. 2014 al. 1 B. W. beteekent «geldt het bezit als volkomen titel», dat behoudens het geval, dat men beter weet, de houder als eigenaar geldt. (Zie Dissertatie, blz. 102).

X.

In art. 10 W. v. K. beteekenen de woorden «wegens zaken hunnen handel betreffende»: wegens zaken, den

handel betreffende van den koopman, die door zijne boeken bewijs wil leveren.

XI.

Bij faillissement eener vennootschap onder firma zijn de vennootschapscrediteuren op de baten der vennootschap bevoorrecht boven de private schuldeischers der vennoten.

XII.

Ten aanzien van aansprakelijkheid voor schade en verlies behoort de transportondernemer met den vervoerder gelijkgesteld te worden.

XIII.

De tegenwoordigheid van een loods aan boord heft de aansprakelijkheid van den vervoerder tegenover de inladers nimmer op.

XIV.

Terecht neemt onze jurisprudentie aan (H. R. 5 Dec. '79, W. 4450; Rotterdam 21 Juni '84, W. 5079), dat, indien het schip goederen voor meerdere geconsigneerden aan boord heeft, na het verstrijken der ligdagen de schipper steeds hen voor overliggeld kan aanspreken, wier goederen zich alsdan nog in het schip bevinden, doch dat, indien de te late lossing veroorzaakt was, doordien geconsigneerden van bovenliggende partijen hun evenredig deel in de ligdagen hadden overschreden, de aangesprokenen tegen dezen regres kunnen nemen.

XV.

De bezitter van een cognosement is bezitter van de daarin omschreven goederen.

XVI.

De curator is vertegenwoordiger der gezamenlijke crediteuren, en als zoodanig ook vertegenwoordiger van den gefailleerde, voor zoover namelijk de schuldeischers dezen vertegenwoordigen.

XVII.

Het gehomologeerd akkoord is een vonnis, en kan derhalve niet op grond van wanpraestatie worden ontbonden.

XVIII.

Wanneer in een geding tot echtscheiding de door den eischer aangevoerde feiten alleen door gedaagde's beken-
tenis gestaafd zijn, mag de rechter de echtscheiding niet uitspreken.

XIX.

In art. 277 Rv. beteekent «antwoord»: de eerste door gedaagde uitgebrachte conclusie, al bevat zij ook geen antwoord ten principale.

XX.

Reeds na het bevel van art. 502 Rv. behoort den beslagene de bevoegdheid om het onroerend goed te vervreemden of te bezwaren ontnomen te worden; doch dan moet ook inschrijving van dat bevel op de eigendomsregisters worden voorgeschreven.

XXI.

Het opzenden van eenvoudige bedelaars en landloopers uit armoede naar dezelfde rijkswerkinrichtingen, waarheen ook gequalificeerde bedelaars en landloopers, benevens zij, die wegens derde of verdere herhaling van openbare dronkenschap zijn veroordeeld, worden gezonden, verdient in beginsel afkeuring.

XXII.

Het in de ontwerpen 1875 en 1879 gehuldigde stelsel omtrent toepasselijkheid der Nederlandsche strafwet op door of tegen Nederlanders buitenslands gepleegde strafbare handelingen verdient verre de voorkeur boven het in art. 5 Sr. aangenomen systeem.

XXIII.

In art. 225 Sr. moeten de woorden «dat bestemd is om tot bewijs van eenig feit te dienen» verstaan worden, alsof er stond: dat tot bewijs van eenig feit kan dienen.

XXIV.

Wil de wetgever zijne poging om door strafbepalingen het duelleeren tegen te gaan met succes bekroond zien, dan dient hij ook de uitdaging tot en het aannemen van een tweegevecht strafbaar te stellen.

XXV.

Art. 79 Sv., den rechter-commissaris in dezelfde gevallen en op dezelfde gronden machtigende tot de uitvaardiging van een bevel van gevangenneming, als waarin en waarop de rechtbank volgens art. 86 Sv. daartoe bevoegd is, is in strijd met art. 157 Gw.

XXVI.

Recht van appel behoort aan den beklagde gegeven te worden, ook al is hij niet veroordeeld; naar ons recht heeft hij dit recht ten aanzien van vonnissen der rechtbanken.

XXVII.

Eene gerechtelijke bekentenis, gesteund door eene onbeëdigde verklaring van den persoon, tegen wien het feit is gepleegd, vormt wettelijk bewijs.

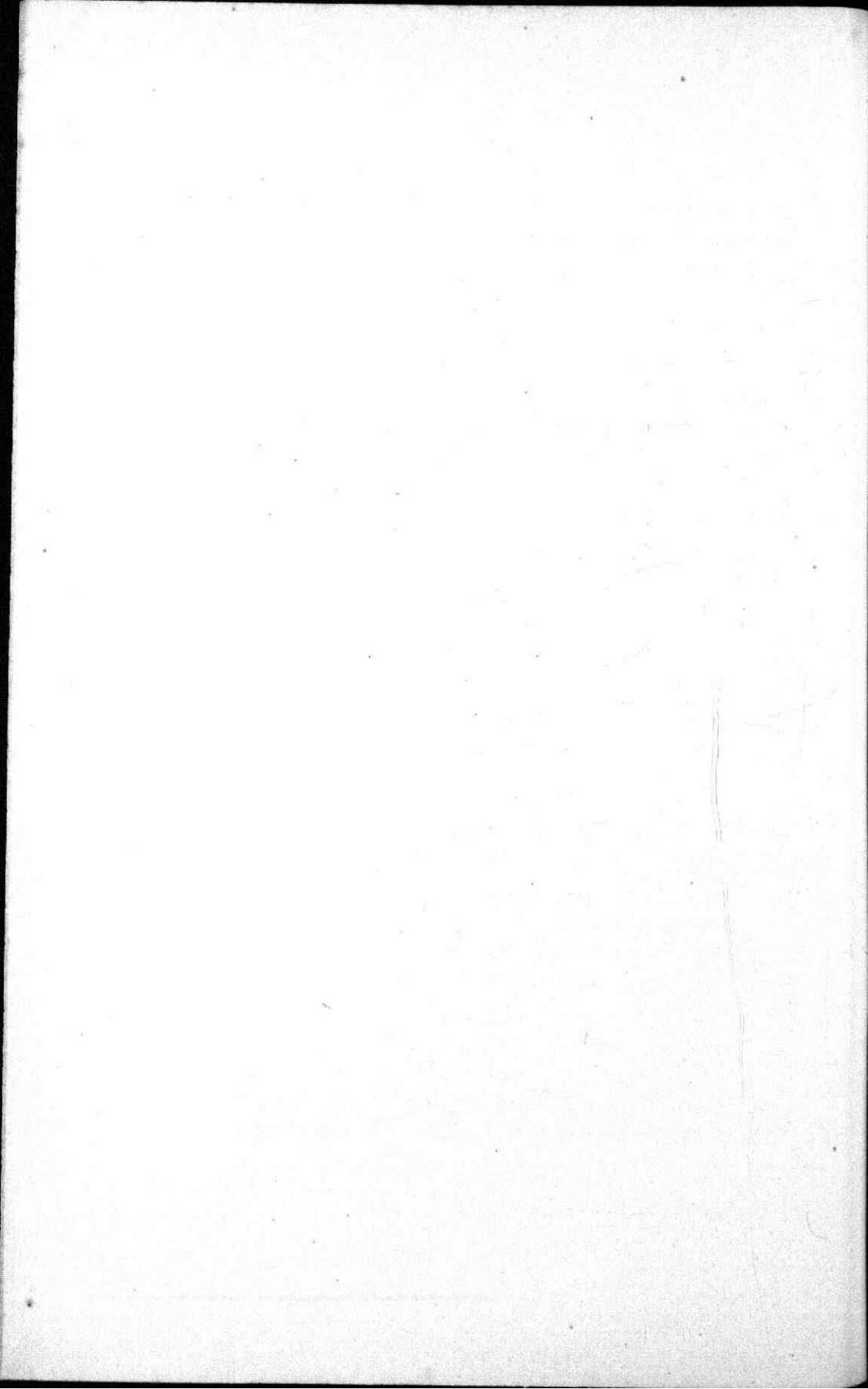
XXVIII.

De staat behoort aan onschuldig veroordeelden wegens de ondergane vrijheidstraf, en aan hen, die, na preventief

gevangen te hebben gezeten, vrijgesproken of van rechtsvervolging ontslagen worden, schadeloosstelling te geven.

XXIX.

Zoowel de omvang van het doctoraal examen in de rechtswetenschap, als de aard der vakken, waarover het loopt, vorderen zijne splitsing in twee afzonderlijke examens: één over publiek recht, en één over privaatrecht.



STELLINGEN

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN

Doctor in de Staatswetenschap

AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT

NA MACHTIGING VAN DEN RECTOR-MAGNIFICUS

D^r. J. A. C. OUDEMANS

Hoogleeraar in de Faculteit der Wis- en Natuurkunde

EN MET TOESTEMMING VAN DEN SENAAAT DER UNIVERSITEIT

TEGEN DE BEDENKINGEN DER RECHTSGELEERDE FACULTEIT

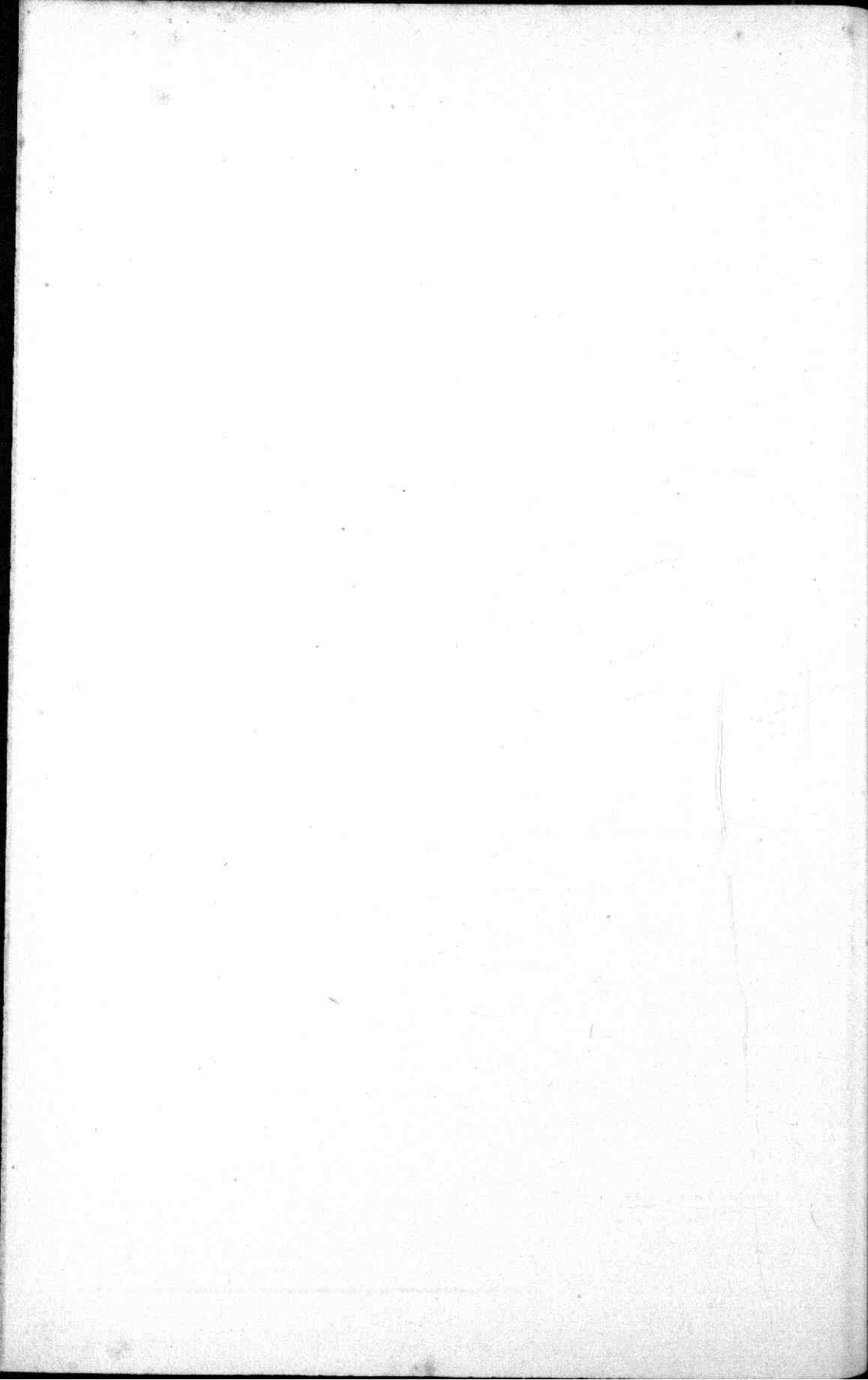
TE VERDEDIGEN

op Maandag den 31^{sten} Maart 1890 des namiddags ten 3 uur

DOOR

MARINUS SIMON KOSTER

geboren te Utrecht



STELLINGEN.

I.

Ten onrechte worden de pauselijke nuntii tot het corps diplomatique gerekend.

II.

Volkenrechtelijke verdragen zijn van kracht, ook al zijn sommige harer bepalingen in strijd met het staatsrecht van een der contrahenten.

III.

Tractaten worden pas verbindend op het oogenblik der ratificatie, tenzij het tractaat zelf hiervoor een ander tijdstip aanwijst.

IV.

De leden van een statenbond zijn wel, die van een bondstaat zijn geen staten.

V.

Volkomen terecht weigerde de Amerikaansche Unie in 1856 mede te werken tot de afschaffing der kaapvaart, op grond, dat de andere staten het beginsel: vijandelijk privaateigendom moet ook ter zee door de oorlogvoerende staten ontzien worden, niet in zijn vollen omvang aannamen, met name omdat zij weigerden tevens het gebruik van kruisers af te schaffen.

VI.

Het blokkeeren eener haven als maatregel van repré-saille is in strijd met het volkenrecht.

VII.

Souvereiniteit is geen element van het staatsbegrip.

VIII.

Geen regeeringsvorm is absoluut boven alle andere te verkiezen; alle ontleenen zij hunne waarde aan hunne aansluiting met de geschiedenis, en hunne overeenstemming met het peil van de ontwikkeling des volks op stoffelijk en geestelijk gebied.

IX.

In de constitutioneele monarchie heeft de burger geen principieel recht om de leden der vertegenwoordiging te kiezen; het staatsbelang moet daar de kwestie, wie kiezers zullen zijn, uitmaken.

X.

In abstracto kan tusschen het stelsel van centralisatie en dat van zelfbestuur geene keuze gedaan worden.

XI.

De vraag, wie Nederlanders zijn ten aanzien van het genot van publieke rechten buiten de burgerschapsrechten in engeren zin, moet beslist worden volgens de Wet van 28 Juli 1850, Stb. 44.

XII.

De Koning kan bij algemeenen maatregel van bestuur geene algemeen voor de burgers bindende rechtsregelen vaststellen, ook al wordt tegen hunne overtreding geen straf bedreigd, — tenzij krachtens eene wet.

XIII.

In art. 61 Gw. omvat «opperbestuur» zoowel wetgeving als bestuur.

XIV.

Vaststelling der Indische begrooting bij de wet is in strijd met de beginselen van het koloniaal recht.

XV.

Wettelijke regeling der bezoldiging van ambtenaren, die uit 's Rijks kas worden betaald, behalve van de leden

van den Raad van State, de Algemeene Rekenkamer, en de Rechterlijke Macht, is in strijd met art. 63 al. 1 Gw.

XVI.

De omschrijving der grondwettige taak van de hoofden der ministerieele departementen in art. 77 al. 2 Gw. is onjuist.

XVII.

Onderzoek van geloofsbrieven behoort niet aan politieke lichamen, doch aan eenen administratieven rechter opgedragen te worden.

XVIII.

Art. 117 Gw. belet de Tweede Kamer niet om ten aanzien van wetsvoorstellen, van hare leden uitgaande, in haar Reglement van Orde «prise en considération» voor te schrijven.

XIX.

Het verwerpen van begrootingen om redenen, daarbuiten gelegen, is in strijd met den aard van het budgetrecht der volksvertegenwoordiging.

XX.

De Provinciale Staten zijn niet ontbindbaar.

XXI.

Overeenkomstig den aard hunner betrekking behooren burgemeesters ten onzent benoemd te worden door de Regeering op voordracht van den Gemeenteraad.

XXII.

Art. 171 al. 1 Gw. is in strijd met het beginsel van scheiding van kerk en staat.

XXIII.

Een kortere arbeidsdag met behoud der bestaande loonen zal, wel verre van in het belang der arbeidende klasse te zijn, ten nadeele der gansche maatschappij, doch in de eerste plaats ten nadeele van de arbeiders zelve strekken.

XXIV.

Het is onjuist in abstracto de octrooien van uitvinding voor wenschelijk of verwerpelijk te verklaren; de vraag daaromtrent hangt geheel af van de concrete regeling, die dit onderwerp beheerscht of zal beheerschen.

XXV.

Eene groote hoeveelheid vastgelegd kapitaal houdt snelle toepassing van nieuwe uitvindingen tegen, en voorkomt arbeidscrises.

XXVI.

Op moreele gronden kan en behoeft de kapitaalrente niet verdedigd te worden; zij is eenvoudig eene onmiddellijke en onvermijdelijke consequentie van den bijzonderen eigendom.

XXVII.

Zoowel op theoretische als op practische gronden moet eene algemeene inkomstenbelasting als impôt unique worden afgekeurd.

XXVIII.

Wil een belastingstelsel de burgers overeenkomstig hunne draagkracht treffen, dan moeten grootere inkomens een hooger percentage betalen dan kleinere; boven zekere grens echter moet het percentage niet meer klimmen, beneden zekere grens moet algeheele vrijstelling worden verleend.

XXIX.

Bij onze personeele belasting behooren de grondslagen «huurwaarde der woning» en «meubilair» van elkander onafhankelijk gemaakt te worden, en de grondslagen «deuren en vensters» en «stookplaatsen» te vervallen.

XXX.

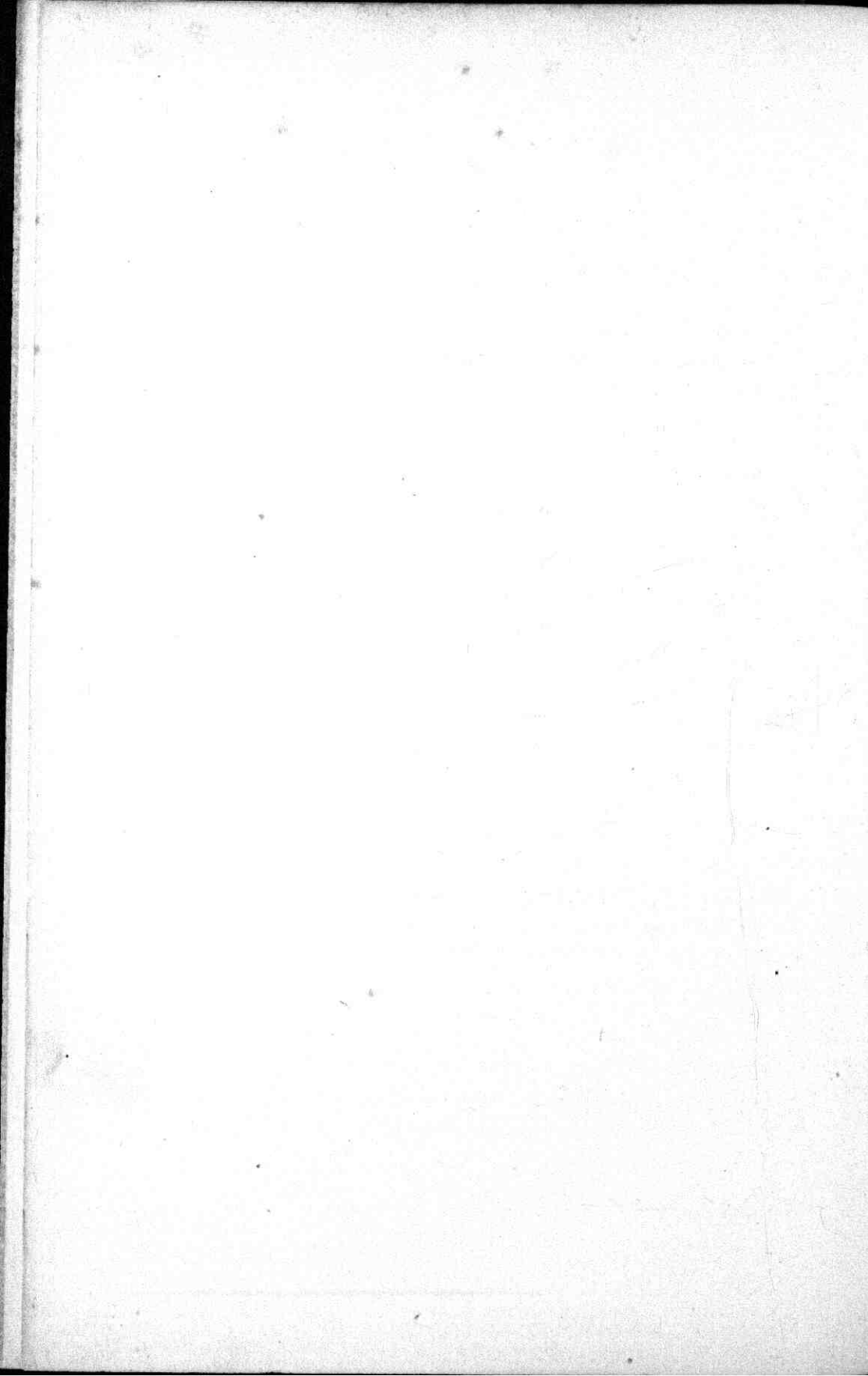
Het verleenen van monopolie aan eene circulatiebank, met toekenning van een deel van de winsten der bank aan den staat, is het beste systeem van bankwezen.

XXXI.

De politiek der Nederlandsche Bank om in tijden van rust en voorspoed het disconto betrekkelijk hoog te houden is meer in het belang van den handel dan die der Engelsche Bank om steeds zoo goedkoop mogelijk crediet te verleen.

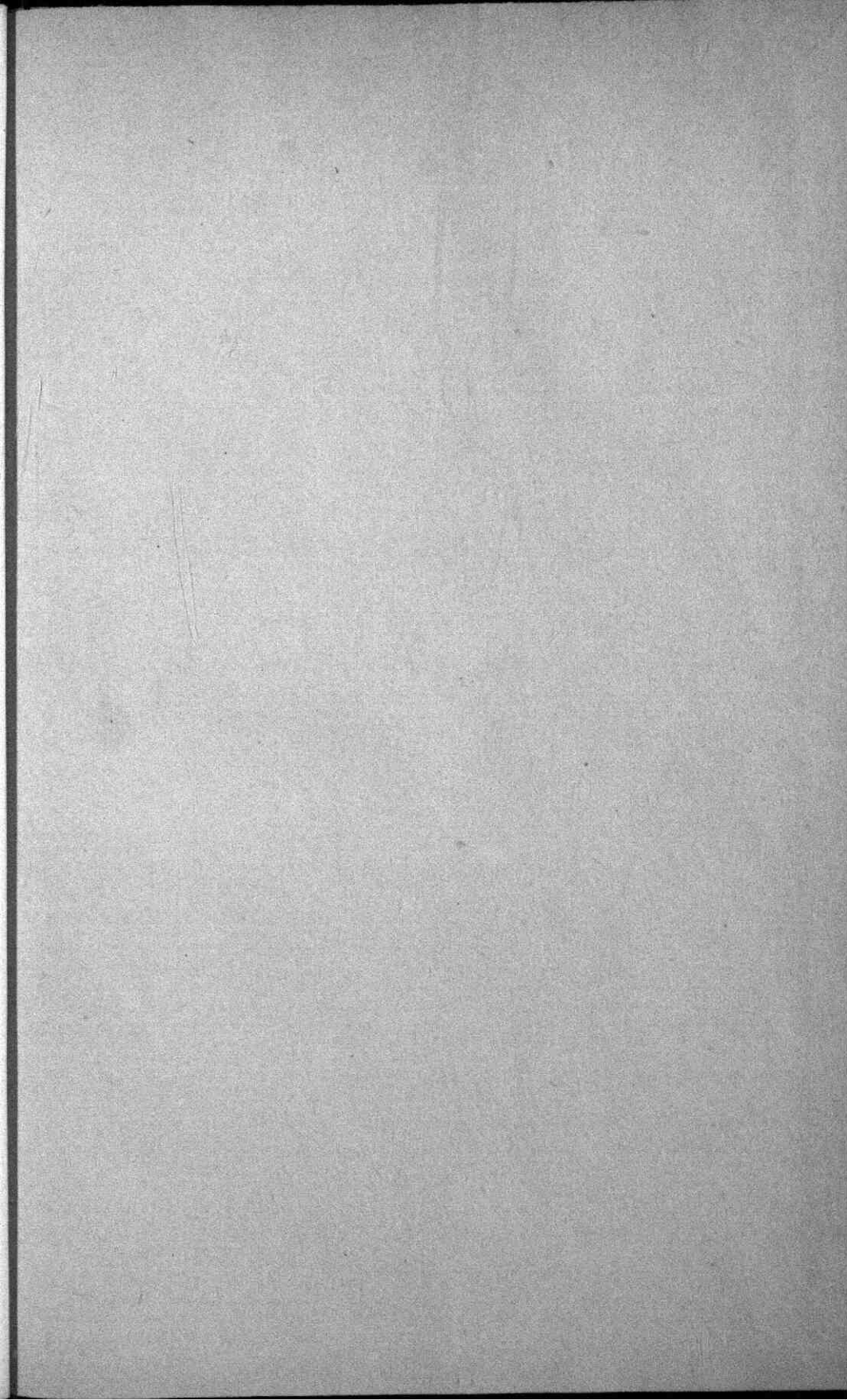
XXXII.

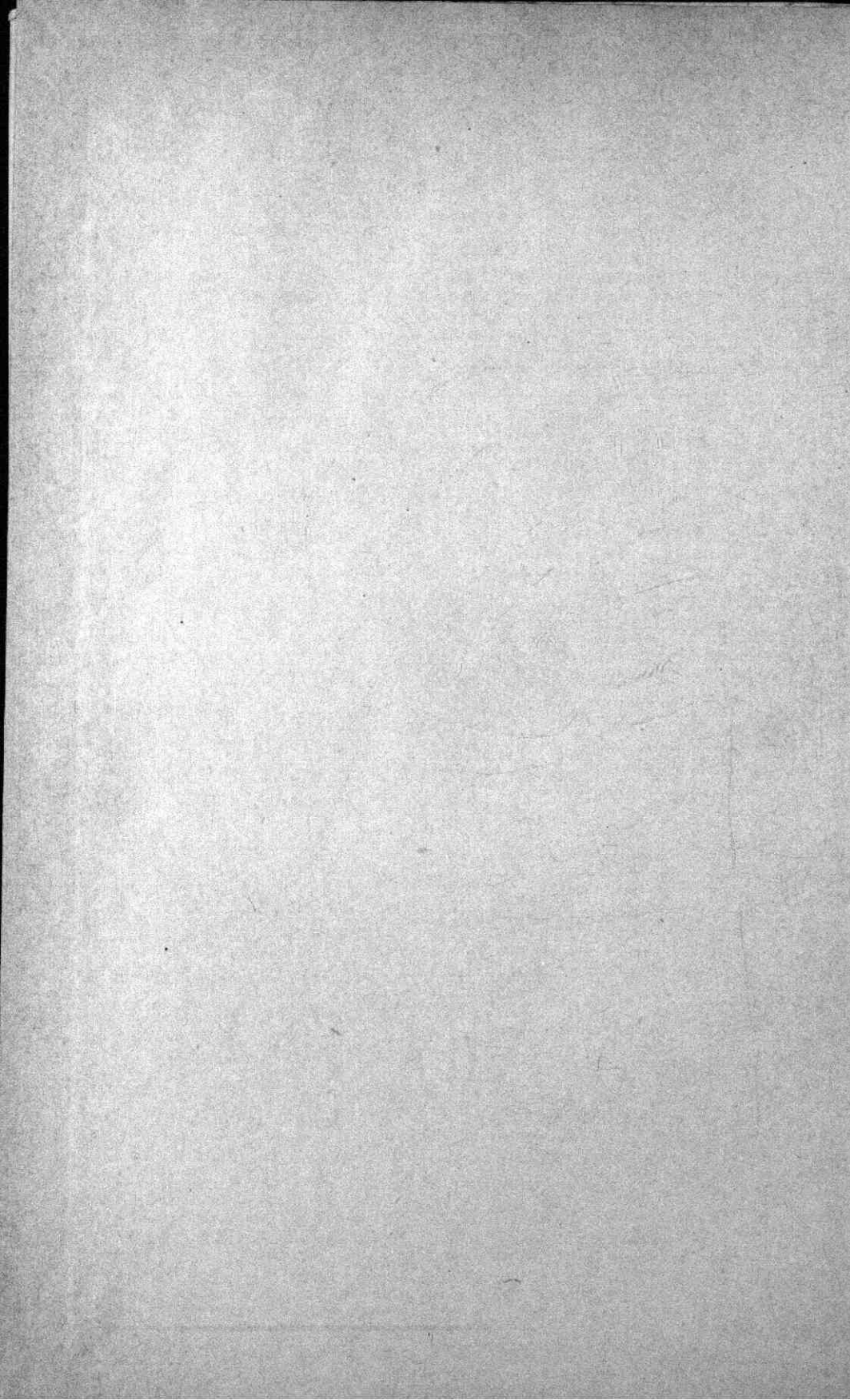
De onderscheiding der gemiddelden in typen en rekenkunstige abstractiën is onjuist; alle gemiddelden zijn rekenkunstige abstractiën, en hebben slechts nut ter vergelijking van toestanden op verschillende tijden of plaatsen.

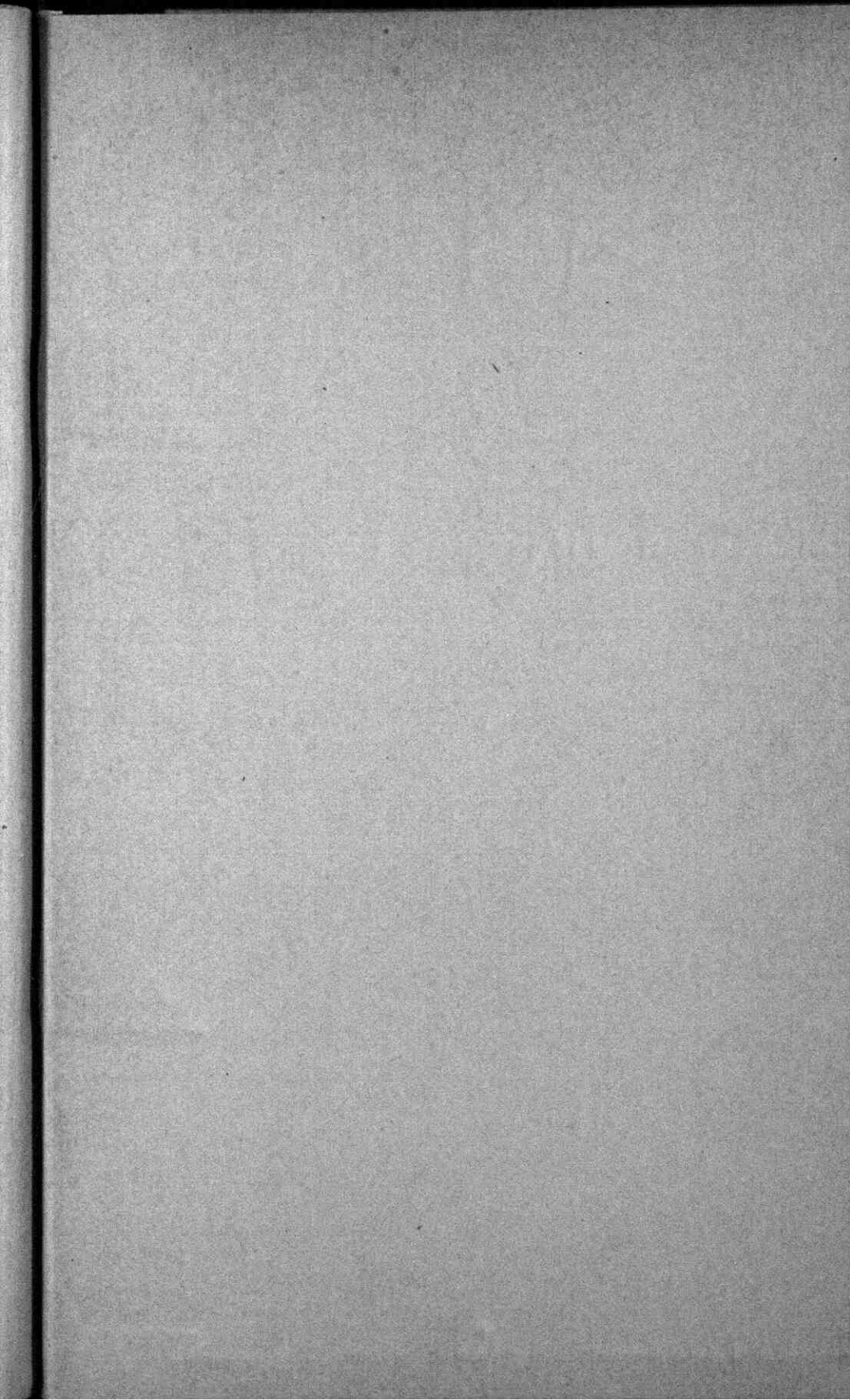


INHOUD

	Blz.
INLEIDING	1
HOOFDSTUK I. De creatietheorie.	12
HOOFDSTUK II. De contractstheorieën	35
HOOFDSTUK III. De rechtscheppende privaatswil en de verbintenissen uit order- en toonderpapier	48
HOOFDSTUK IV. Noord-Amerikaansch recht	65
HOOFDSTUK V. Nederlandsch recht	98
A. TOONDERPAPIER	98
B. ORDERPAPIER	118
<hr/>	
STELLINGEN RECHTSWETENSCHAP	133
STELLINGEN STAATSWETENSCHAP	143







A