



Verband tusschen het burgerlijk- en het handelsregt

<https://hdl.handle.net/1874/290081>

6

VERBAND
TUSSCHEN
HET BURGERLIJK- EN HET
HANDELSREGT.

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

OP GEZAG VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS

DR. J. I. DOEDES,

GRWOON HOOGLEERAAR IN DE GODDLEERDHEID,

MET TOESTEMMING VAN DEN ACADEMISCHEN SENAAAT

EN

VOLGENS BESLUIT DER REGTSGELEERDE FACULTEIT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD

VAN

DOCTOR IN HET ROMEINSCH EN HEDENDAAGSCHE REGT

AAN

DE HOOGESCHOOL TE UTRECHT,

TE VERDEDIGEN

Op Zaterdag den 25 Junij 1864, ten 2 ure,

DOOR

DANIEL DE BLOCC VAN SCHELTINGA,

Geboren te Oranjewoud.



—•—
TE AMSTERDAM,
GEDRUKT BIJ METZLER & BASTING.
1864.

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY

THE UNIVERSITY OF CHICAGO



A A N

MIJNE WAARDE MOEDER.

ERRATA.

Bladz. 6, regel 18, *staat*: Code de Commerce,

moet zijn: Code Civil.

» 26, » 4, » Art. 3, » » Art. 1.

» 65, » 11, » Art. 203 B. W., » » Art. 205.

VERBAND TUSSCHEN HET BURGERLIJK- EN HET HANDELS-REGT.

Het burgerlijk regt regelt de betrekkingen tusschen particulieren onderling, voor zoover de handhaving daarvan van den regter kan gevraagd worden. Het handelsregt regelt die betrekkingen insgelijks, maar alleen voor zoover de handel haar doet ontstaan.

Het karakter van het eerste is minder universeel, meer omslagtig; dat van het laatste meer uitgebreid, minder aan angstvallige naleving van den vorm onderworpen. Dit verschil in strekking der burgerlijke en handelsregtelijke bepalingen is niet het gevolg van willekeur des wetgevers, maar vloeit voort uit de eigenaardigheden der verschillende regtsverhoudingen, die hij te regelen had. Aan den eenen kant kon hij volstaan met een zamenstel van regtsregelen te geven, tot den staat van de personen of tot de zekerheid van de eigendomsverplaatsing betrekkelijk, die, bestemd om te werken

voor het uit den aard der zaak langzamer civiele verkeer, slechts weinig nieuwe gezigtspunten konden aanbieden. Immers, moge ook al ten gevolge van de veranderde staatinrigting en van de gewijzigde leefwijze en zeden, de opvatting, handhaving en toepassing van het civiele regt in onze maatschappij zeer veel verschillen van de regtsbedeeling in den Romeinschen staat, toch is het ontegenzeggelijk, dat de meeste onzer moderne regtsbegrippen hunne eerste type reeds vinden in de wetten der Romeinen, en dat vele regelen, bij dezen van kracht, ook thans hunne betrekkelijke waarde niet verloren hebben. Aan de andere zijde daarentegen om te voorzien in de behoeften van den handel, was de taak van den wetgever meer omvattend en tevens meer zelfstandig. Uit den aard van zijne betrekking is de koopman wereldburger. Zijn beroep brengt hem middellijk of onmiddellijk in aanraking met allerlei menschen, die, onder welk klimaat ook, bij één einddoel belang hebben. Zijne handelingen en begrippen regelen en vormen zich onwillekeurig naar één maatstaf. Wat hij ziet dat men rondom hem pleegt te doen, wordt ook voor hem gedragslijn. Die maatstaf noemt hij handels-usantie of gewoonte, en bewust of onbewust komt hij er allengs toe, deze als eenig rigtsnoer zijner daden aan te nemen ¹⁾. Wanneer die gewoonte gevolgd wordt door allen, die

¹⁾ Vg. Montesquieu, *Esprit des lois* Ch. XV, XVIII, XX, XXVI.

onder welke luchtstreek ook, tot den handelsstand behooren, (men denke bijv. aan de solidariteit van wissel-schuldnaars) heeft zij van zelf een universeel karakter en behoeft zij eigenlijk in de geschreven wet niet opgenomen te worden. Wanneer zij daarentegen beperkt blijft tot een en hetzelfde volk, behoort de handelswet, die dat volk regeert, er de uitdrukking van te wezen. In geen geval echter mag de wetgever haar ter zijde stellen en haar bestaan miskennen; want zoo doende loopt hij gevaar, dat de koopman zijn eigen weg volgt, en, des noods tegen de wet in, doet, wat hij met zijne belangen overeenkomstig acht. Het doel des handelswetgevers moet daarom een geheel ander zijn dan dat van den gewonen burgerlijken wetgever. Men kan zelfs vragen, of de tusschenkomst van den eersten wel in het geheel noodig is, en of het niet natuurlijker zou zijn den handel geheel vrij zich te laten ontwikkelen, en het ontwerpen der regtsregelen, waardoor hij beheerscht moet worden, uitsluitend aan hem zelve over te laten. Feitelijk echter is die vraag sedert lang in ontkennenden zin beslist. Ook op het gebied van het handelsregt heeft de codificatie het pleit gewonnen. Maar over het beginsel dier codificatie kan geen verschil bestaan: dat de wetgever de snelheid en de zekerheid der te sluiten transactiën, door den minst mogelijken omhaal van vormen in de hand moet werken, en het op eenvoudige wijze verkrijgen van goedkoop en spoedig regt vóór alles bevorderen moet, staat bij allen vast. Van daar dat zijne taak op

het gebied van het handelsregt een exceptioneel karakter heeft. Hij moet de regelen, die hij geeft, wel niet beschouwd willen hebben als zoovele uitzonderingen op het gemeene regt, maar er toch op bedacht zijn, dat hij met exceptionele toestanden te doen heeft, bij wier regeling de voorschriften van het civiele regt niet blootelijk kunnen worden toegepast. Er komen in het handelsregt een aantal instituten voor, waarvan het gronddenkbeeld binnen de grenzen van het gewone burgerlijke regt valt, maar die de handel in zich opgenomen en verwerkt heeft, zoodat zij dikwijls niet meer te herkennen zijn. Moet hij nu aan deze een geheel zelfstandig karakter toekennen, met andere woorden, met geheele terzijdestelling van het burgerlijk regt, ten hunnen aanzien doen, alsof de burgerlijke wet niet bestond, dan wel haar aanvullende en veranderende, waar het te pas komt, het handelsregt als een aanhangsel der burgerlijke wet beschouwen, en deze van kracht verklaren wanneer de handelswet zwijgt?

De Fransche wetgever heeft in Art. 1107 van den C. C.¹⁾ zijne taak in den laatstbedoelden zin opgevat: er volgt uit de bepaling van dit Artikel, dat, bij de beoordeeling van een handelsregtelijk vraagstuk in de eerste plaats de Code de Commerce; waar deze zwijgt, de Code Na-

¹⁾ Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chaenn d'eux; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce.

oleon, en bij ongenoegzaamheid ook van dezen laatsten, de bestaande gewoonte uitspraak moet doen. Zoo werd ook beslist bij een Avis du Conseil d'Etat van 13 Dec. 1811 luidende: „Le Conseil d'Etat est d'avis, que les „tribunaux de Commerce doivent juger les questions „particulières qui se présentent suivant leur conviction „d'après les termes et l'esprit du Code et, en cas de „silence de sa part, d'après le droit commun et les usages „du Commerce.” Intusschen wordt deze leer van den Staatsraad, wiens uitspraak, ware zij in wettelijken vorm door opneming in het Bulletin des lois afgekondigd, als interpretatio authentica, kracht van wet hebben zou, in Frankrijk niet allerwege gehuldigd. Behalve Fremery ¹⁾, die zich beklagt dat aan de gewoonte eene ondergeschikte plaats is aangewezen, zijn het vooral de geleerde schrijvers van het Contrat de Commission, Delamarre et Lepoitvin, die in de handelsgewoonte bijna uitsluitend den wettelijken regel zien, en, wanneer deze blijkt algemeen in acht genomen te worden, den Code de Commerce en het Civiele regt ter zijde stellen.

„Non seulement,” zeggen zij, „l'usage commercial „prévaut sur le droit Civil, mais quand il est très ancien „et persévérant, il prévaut même sur la loi du Com- „merce.” ²⁾ Men ziet dat men, naar luid van deze uit-

¹⁾ Etudes de Dr. Commercial p. 12.

²⁾ t. a. p. I N^o. 366, vg. ook ibid. N^o. 360, II N^o. 19 vlg. III N^o. 22. vlg.

spraak, op vrij verren afstand is van de naauwe betrekking, die wij boven betoogden dat er tusschen de burgerlijke en de handelswet bestaat. Inderdaad ontkennen dan ook de aangehaalde schrijvers zoodanige betrekking tusschen beide wetgevingen, althans beweren zij, dat die in de toepassing buiten aanmerking moet blijven. Naar hun gevoelen behoort men den handel alleen door de geheel vrije overeenkomst van partijen te laten regeren, en die overeenkomst uit te leggen naar de regelen van billijkheid en naturregt, die bij alle natiën te huis behooren. Het civiele regt van ieder volk kan zijn handel niet beheerschen, omdat de handel uit zijnen aard buiten de grenzen van het land zich uitbreidt, en in zijne vrije vlugt niet behoort gestremd te worden. In deze redenering ligt misschien veel waars, doch zij heeft naar mijne opvatting dit groote gebrek, dat zij alleen de jure constituendo opgaat, doch tegenover den formelen tekst van Art. 1107 van den Code de Commerce hare waarde geheel verliest, ten minste in zoo verre zij aan de handelsgewoonte zelfs boven de handelswet kracht toekent. Met het ontwerpen der laatste heeft de wetgever toch zeker geen nutteloos werk willen doen; daardoor heeft hij de vraag beslist, in hoeverre codificatie der handelsregtsregelen naar zijn oordeel nuttig en noodig was. Deze vraag zou door Delamarre et Lepoitvin in anderen geest zijn uitgemaakt en dat wel op de boven ontwikkelde gronden, doch dit geeft ons geen regt tot terzijdestelling van de eenmaal bestaande wet. Dat men bij de beraad-

slaging over den Code de Commerce van een geheel ander, ik zoude durven zeggen van een lijnrecht tegenovergesteld standpunt is uitgegaan, getuigt Panvilliers, een der rapporteurs, wiens woorden door Loaré ¹⁾ in dezer voege worden medegedeeld: „L'uniformité des lois
 „en matière de commerce était devenue l'objet du voeu
 „général de la nation, plutôt que celle de la législation
 „civile, parceque l'empire de ces lois s'étendant sur
 „les contestations d'un plus grand nombre d'individus
 „de pays différents, la variété de leurs dispositions,
 „dans diverses places de commerce pour des cas ou
 „des engagements absolument semblables, avait des
 „inconvéniens beaucoup plus grands en ce qu'elle in-
 „duisait souvent en des erreurs préjudiciables à leurs
 „intérêts des négociants même *regnicoles*, qui ne pou-
 „vaient pas toujours en être instruits. Il était donc
 „nécessaire de faire disparaître ces différences de prin-
 „cipes ou d'usages locaux, qui ne pouvaient favoriser
 „que la mauvaise foi.”

Waar zoo uitdrukkelijk en ondubbelzinnig rekenschap wordt gegeven van de bedoeling des wetgevers kan er niet wel sprake zijn van het handhaven der gewoonte boven de wet. Maar heeft misschien het betoog van Delamarre et Lepoitvin meer waarde wanneer zij de toepasselijkheid van het eigenlijk gezegde burgerlijk regt ontkennen? Ook dit meen ik te mogen betwij-

1) *Esprit du Code de Commerce* XVII pag. 66.

felen; zelfs geloof ik, dat de totale afscheiding van burgerlijk- en handelsregt niet van zoo groot belang is, als die schrijvers het willen doen voorkomen. Vooreerst toch is hunne stelling, dat de billijkheid en het natuurregt *bij voorkeur* de toetssteen moeten zijn voor de handels-overeenkomsten, in dien zin volstrekt ongemotiveerd. Ook in het burgerlijk regt heeft de *aequitas* groot gezag, en is het regtspreken *ex aequo et bono* niet alleen met de geschreven wet niet in strijd, maar, blijkens de regelen van uitlegging der overeenkomsten, daarmede volkomen overeenkomstig. — *Jus est ars boni et aequi*. Ten andere is het gevaar van een conflict tusschen de aan elk volk eigendommelijke burgerlijke wet en het eigenlijk gezegde handelsregt, dat in beginsel zeer zeker een meer universeel karakter heeft, niet zoo uitermate dreigend. De leer der verbindtenissen vooral is het domein, waarbij de handel belang heeft. Daargelaten nu, of ten deze de *ratio scripta* allerwege kan worden doorgevoerd, in elk geval zal ieder erkennen, dat hoezeer in het handelsregt onderwerpen voorkomen, waaromtrent de Rom. regtsleer volstrekt geen licht geeft, de grondbegrippen toch wel allerwege op gelijke wijze in de wet zijn nedergelegd. Regtsmiddelen, regtsvormen en regtspraak zijn derhalve de voornaamste punten van verschil, en deze zullen wel altijd blijven bestaan, zoolang men zich niet volkomen uniformiteit van wetgeving, één aan alle volken gemeen regt, als ideaal, doch tevens

als onbereikbaar ideaal voorstelt. Zoo is de surseance van betaling ten onzent in de wet opgenomen, bij de Franschen onbekend; zoo zijn de regtbanken van koophandel bij ons niet behouden, bij onze naburen daarentegen in hoeg aanzien, om van andere ernstige verschilpunten niet te spreken. Van eene aanvulling der handelswet uit de beginselen van het civiele regt, voor zoover deze daarvoor vatbaar zijn, is dus geen groot nadeel te duchten, zelfs niet wanneer men het universele karakter des handels, dat trouwens moeilijk te loochenen valt, aannemen wil.

Reeds op deze gronden van meer algemeenen aard, schijnt het bestreden stelsel moeilijk te handhaven en wat meer zegt, in de woorden van Art. 1107, C. C. vindt het geen steun. Uit de woorden, „les règles particulières” enz. in dat Art. voorkomende, volgt alleen, dat men voor bijzondere handelstransactiën naar het speciale handelsregt verwijzen wilde, zonder daarom de algemeene regelen van het burgerlijk regt, de „règles générales” uit te sluiten. Troplong ¹⁾ is, wat de interpretatie van dit Art. betreft, van dezelfde meening. Eene uitlegging, alleen op de woorden steunende, zou echter op zich zelve minder afdoende zijn, doch ook de geest der burgerlijke wet en hare geschiedenis verzetten zich tegen de opvatting van Delamarre et Lepoitvin. In verschillende

¹⁾ Revue de Législation et de Jurisprudence van Wolowski, XVI p. 71.

Artt. van den Code, met name in Art. 1341, 1873, 1964, 2070, 2084, 2102, wordt de toepasselijkheid van het burgerlijke recht op het handelsgebied *opzettelijk* uitgesloten, en Alauzet ¹⁾ vraagt met recht: „A quoi eût servi de le répéter si souvent, si cela devrait être sous-entendu après chacun de ces articles?” Bovendien is het bekend dat het ontwerpen van den Code Civil en van den Code de Commerce aan afzonderlijke, afgescheiden van elkander werkende Commissiën was toevertrouwd, zoodat het niet bevreemdend is, dat men bij de zamenstelling van het eerstgenoemde Wetboek alles achterwege liet wat meer eigenaardig tot het handelsrecht behoorde, en omgekeerd in den Code de Commerce zweeg over onderwerpen, grootendeels reeds elders geregeld. Eindelijk beroep ik mij nog op het getuigenis van Loaré ²⁾, wiens gezag vooral op dit gebied door niemand in twijfel zal worden getrokken: „Le Code de Commerce,” zegt hij, „n'étant qu'une loi d'exception destinée à régler des affaires d'une nature particulière, ne peut se suffire à lui même, vient s'enter sur le droit commun, laisse sous l'empire de ce droit tout ce qu'il n'excepte pas, et s'y réfère même pour ce qu'il excepte.” Komen wij alzoo tot het resultaat, dat in Frankrijk de geschreven wet, naar haren geest en hare strekking, zich verzet tegen de opvatting, dat men in

¹⁾ Revue de Wolowski, XXI 323.

²⁾ Esprit de Code de Commerce Av. prop. p. IV.

handelszaken, bij gebreke van speciale voorschriften, alleen tot de *aequitas* zijn toevlugt zou moeten nemen, ook in Duitschland ontbreekt het niet aan voorstanders van de subsidiaire toepasselijkheid der burgerlijke wet op handelszaken. Dit verschijnsel is vooral opmerkelijk, en in zijne gevolgen zeer gewichtig, omdat in Duitschland de Romeinsche of Canonische regtsbeginselen nog meer dan elders de grondslag zijn van het positive regt. Wat Fremery zegt: ¹⁾ „Jusqu'à nos jours on a vu des „jurisconsultes, d'ailleurs fort savans mais tout a fait „étrangers aux traditions commerciales, émettre des „décisions bizarres, et allant ainsi puiser dans le Digeste „l'interprétation de conventions, dont la première idée „ne s'est formée que plus de six cents ans après Justi- „nien”, is vooral toepasselijk op Duitschland, waar men vaak gepoogd heeft handelstransactiën, die uit haren aard nieuw en sui generis zijn, in een Romeinsch gewaad te kleeden. Tegen dergelijke pogingen, waarbij maar al te dikwijls teksten uit hun verband gerukt en van aard veranderd worden, is reeds Brinckman ²⁾ te velde getrokken. „Mangelhafte,” zegt hij, „blos aus Büchern, „nicht aus dem lebendigen Verkehr geschöpfte Vorstel- „lungen über das Handelswezen, mangelhafte Kenntnisse „der Institute des Handels und der bei ihnen vorkom- „mende Verhältnisse waren die Veranlassung solcher

¹⁾ t. u. p. p. 18.

²⁾ Handelsrecht, p. 15.

„Bestrebungen.“ Maar al keurt deze schrijver het af, dat men ter verklaring van een oorspronkelijk handelsbegrip in de eerste plaats licht zoekt bij de regtsgeleerdheid van een volk, dat van onze moderne handelsinstellingen natuurlijk geen denkbeeld had, toch is hij er ver van af te ontkennen, dat men, waar de handelswet zwijgt, zijne beslissing aan het burgerlijk regt moet ontleenen. „Die in einer allgemeinen deutschen Gewohnheit bekundete Aufnahme der fremden Rechte, des Römischen und des Kanonischen, in einer deutschen Zuständen und Bedürfnissen angepassten Gestalt, begründet deren *subsidiäre* Gültigkeit auch für den Handelsverkehr in ihren allgemeinen Principien, und so weit handelsrechtliche Institute ihnen bekannt oder die jetsigen nur eine Modification der Römischen oder denselben gleichartig sind. ¹⁾ Deze theorie is verre verkiesselijk boven de andere, die eenvoudig de billijkheid tot de regtsbron van het handelsregt maakt. Om den handel een vrijer vlugt te verzekeren, zou men roekeloos opofferen wat de levensvoorwaarde van alle goede regtsbedeeling is, regtszekerheid en gelijkheid van regt voor allen. De *aequitas* is uit den aard der zaak rekbaar en weifelend, hare uitspraak is althans niet zoo stellig, dat daaraan eene *ratio decidendi* voor het regt ontleend kan worden. Onder de vlag der billijkheid zouden misbruiken en willekeur binnen sluipen. Uitmuntend heeft

¹⁾ t. a. p. p. 14.

„Thöl ¹⁾ het gezegd: Nicht einen der Rechtssätze des
 „Handelsrechts, zegt hij, wird dadurch gefunden, dass
 „man sagt, sie beruhen alle auf dem guten Glauben, auf
 „der bonne foi, auf dem Kaufmännischen Credit. In
 „diesen vieldeutigen Worten ist ein Rechtsatz den man
 „irgend anwenden könnte, also auch ein Princip nicht
 „enthalten. Nicht eine Frage kann aus ihnen mit Si-
 „cherheit entschieden werden.”

Ook door de oude regtsdoctoren werd het naauwe
 verband van de burgerlijke en de handelswetgeving niet
 voorbijgezien. De uitspraak van Casaregis ²⁾ waarop
 men zich dikwijls beroept „*Mercatorum stylus et consue-
 tudo praevalere debet jure communi,*” leidt niet tot de
 slotsom, dat hij het burgerlijk regt eenvoudig ter zijde
 wilde stellen, maar betreft veeleer de uitlegging der han-
 dels-overeenkomsten, waaromtrent Ansaldus ³⁾ schrijft:
 „*Mercatores loqui solent cum stilo brevi et obscuro.*”
 De bedoelde plaats zegt alleen, dat men, waar van
 uitlegging der handelstransactien sprake is, aan den
 stijl, waarvan de handel gewoon is zich te bedienen, regt
 moet doen wedervaren. De bij Troplong ⁴⁾: aangehaalde
 plaats van Straccha ⁵⁾: „*Et quod dicitur, in Curia mer-*

¹⁾ Handelsrecht I, 3.

²⁾ Discurs. 76. N^o. 16.

³⁾ Discurs. 7. N^o. 7.

⁴⁾ t. a. p. pag. 72.

⁵⁾ De contr. mercat. N^o. 29.

„catorum ex bono et aequo judicandum, intelligendum
 „est, ut juris apices, qui veritatem rei atque negotii non
 „respiciunt, rejici censeantur, non autem ut jus civile
 „in mercatorum foro locum non habeat quoniam adver-
 „saretur legi *bona-fides* ¹⁾,” bewijst, dat ook deze schrij-
 ver van hetzelfde gevoelen is.

Door het voorafgaande vlei ik mij genoegzaam te hebben aangetoond, dat de handelswetgever door in Art. 1 Alinea 1 van ons W. v. K. het burgerlijk regt subsidiair verbindend te verklaren niets deed dan een zamenhang erkennen, die uit den aard der zaak tusschen de beide wetgevingen bestaat, en derhalve niet miskend kon worden. Wij zagen dan ook, met uitzondering van enkelen, de Fransche schrijvers in het algemeen dezelfde wederkerige betrekking tusschen beide aannemen. Geen wonder daarom, dat onze bepaling door hen als eene gelukkige navolging, wel niet van de letter, maar toch van den geest, van den Franschen Code zeer wordt toegejuicht. Zoo onder anderen door Massé, ²⁾ die er bijvoegt, „que le Code de Hollande est calqué sur le Code Français.” Of wij reden hebben om met dit laatste getuigenis ingenomen te zijn, laat ik thans in het midden: in de oogen van Brinckman ³⁾ hebben wij

¹⁾ Namelijk legi 31 D. deposit., die aanvangt met de woorden *bona fides*, hetgeen door Troplong in zijne vertaling der plaats niet is begrepen.

²⁾ Le droit Comm. dans ses rapp. III, p. 14 noot 1.

³⁾ t. a. p. p. 20.

er zeker geen reden toe. Immers na te hebben doen uitkomen, dat de Fransche Code het uitvloeisel is van het onder Lodewijk XIV door Colbert uitgevaardigde Edit du Roi, servant de réglement pour le commerce des négociants et des marchands, du mois de Mars 1673, en van de Ordonance de la marine du mois d'août 1681, legt hij omtrent den arbeid des Franschen wetgevers de volgende niet zeer vleijende verklaring af: „Er (de Code) ist sehr lückenhaft. Seine Redaktoren „hielten sich mit kläglicher Gewissenhaftigkeit an „ihre Vorbilder; ohne den seit deren Entstehung verän- „derten Handelsverhältnissen Rechnung zu tragen; ohne „das Gewohnheitsrecht, ja selbst oft ohne die Natur der „Sache zu berücksichtigen. Seine Bestimmungen sind zu „einem grossen Theile Ausflüsse eines argwöhnischen Po- „lizei- und Bevormundungssystems.“ Maar om op Massé terug te komen, deze is, zoo als wij zagen met de bepaling van ons Art. I hoogelijk ingenomen. Hij verschilt in dit opzigt van Mittermaier, ¹⁾ die zich aldus verklaart: „Mit recht tadelt Molinier (Traité de droit Com- „mercial I pag. 15) den Ausspruch des neuen Holländi- „schen Code de Commerce, der geradezu den Code Civil „als anwendbar auf Handelsgeschäfte so lange erklärt, „als nicht speciell das Handelsgesetzbuch etwas anders bestimmt.“ Om het bezwaar van Mittermaier te kunnen beoordeelen, moeten wij dus nagaan wat Molinier in

¹⁾ Archiv: für d. Civ. Prax. XXV, p. 221.

onze bepaling afkeurt. Ter aangehaalde plaatse zegt deze daaromtrent het volgende: „Le Code de Commerce du
 „royaume de Hollande, mise en vigueur en 1838, présente
 „dans son article premier une disposition, qui porte que le
 „Code Civil est applicable aux affaires commerciales en tant,
 „qu'il n'y est pas dérogé spécialement par le Code de
 „Commerce. Cette addition à notre Code, dont le légis-
 „lateur Hollandais à reproduit l'ensemble et souvent les
 „termes, ne me paraît pas heureux; le principe qu'elle
 „consacre tend à confondre des rapports d'un ordre
 „différent, qui ont bien certains points de contact,
 „mais qu'il importe de laisser sous le plein empire du
 „droit particulier qui doit les régir. Cet article qui ren-
 „verse le maxime de Casaregis (*Mercatorum stylus et*
 „*consuetudo praevalere debet jure communi*) peut de-
 „venir fécond en conséquences facheuses pour le com-
 „merce, dont les usages sont si souvent contraires aux
 „règles, que la loi civile a dû formuler comme consé-
 „quence des rapports qui lui sont particulières en matière
 „de commerce. Mieux valait dire que le Code civil ne
 „serait applicable au commerce, que dans celles de ses
 „dispositions, auxquelles la loi commerciale se serait
 „référé ou qui n'offriraient rien de contraire aux usages
 „commerciaux.” De bedenking van Molinier is dus
 tweeledig; vooreerst vreest hij, dat men ten gevolge
 onzer bepaling, er toe zou kunnen komen, waar het han-
 delswetboek zwijgt, het burgerlijk regt met miskennis-
 van den waren aard der handelsinstellingen, toe te pas-

sen. De laatste zijn *rapports particuliers*, en behooren dus naar het oordeel van den Franschen schrijver, ook uitsluitend door een droit particulier geregeld te worden.

Deze vrees acht ik ongegrond, niet alleen omdat het „*Genuensis ergo mercator*” veilig op onze natie kan worden toegepast en deze daarom niet ligtelijk de handelsinstituten, door eene verkeerde aanvulling uit civielrechtelijke beginselen, in de regtsbedeeling zal bederven, maar ook omdat, afgezien van dien persoonlijken waarborg, Art. 1 alleen naar het burgerlijk regt verwijst, voor zoo verre daarvan bij het wetboek van koophandel niet bijzonderlijk is afgeweken, zoodat ook bij ons de *rapports particuliers* van den handel, door het „droit particulier” geregeld zijn. Wat dus door Molinier wordt gewraakt is alleen het beginsel der algemeene toepassing van het burgerlijk regt op de handelsinstituten, waar het wetboek van koophandel zwijgt. Maar dit bezwaar kan bij hem zelve niet zwaar wegen, daar hij erkent, dat handelsregt en burgerlijk regt toch onderling *certain points* de rapport hebben. Dat ook de woorden van Casaregis verkeerd door hem zijn opgevat, heb ik reeds boven opgemerkt. Maar hij heeft nog eene andere bedenking, namelijk deze: dat onze wetgever de handelsgewoonte in Art. 1 als rigtsnoer had behooren te erkennen. Hier zijn wij op het terrein waarop Brinckman ¹⁾ zich geplaatst heeft, en zoo kom ik tot de vraag,

¹⁾ t. l. a. p.

in hoeverre bij ons alle kracht en invloed aan de gewoonte op het handelsgebied is ontzegd. Die vraag vindt hare beantwoording in Art. 3 Alg. Bepalingen, dat natuurlijk ook op het handelsregt toepasselijk is: „Gewoonte geeft geen regt dan alleen wanneer de wet daarop verwijst.” Maar al staat het beginsel vast, daarmede is nog niet beslist, dat het de jure constituendo goedkeuring verdient. Verdient onze bepaling goedkeuring? Prof. Opzoomer ¹⁾ verklaart er zich voor, omdat zij een aantal practische bezwaren uit den weg ruimt, en met het wezen eener wet, met den geest van onzen tijd, die ten voordeele der Codificatie uitspraak heeft gedaan, overeenstemt. Zijne omschrijving van de gewoonte: eene door een voortdurend en onafgebroken gelijkvormig gebruik gevestigde wijze, om zekere handeling te verrigten, met de overtuiging dat het zoo behoort ²⁾, schijnt mij zeer juist, en tevens zijne verdediging van bedoeld voorschrift in het algemeen aannemelijk. Werkelijk kan de wetgevende magt in den staat niet dulden, dat een ander orgaan, de volkswil, eene bron van regtsbe-deeling doe ontstaan. Wat regt is, staat geschreven in de wet, en daarbuiten is voor het volk geen middel om zijn wil door te drijven, tenzij de wet zelve de gelegenheid daartoe heeft opengesteld. Dit alles is op burgerlijk gebied onwedersprekelijk, en daarmede de bepaling van ons Art.

¹⁾ Aant. ad art.

²⁾ Ibid pag. 15 noot I.

3, A. B. in het algemeen gewettigd. Op het handelsterrein echter schijnt het mij anders gelegen. De handel is eene magt in den staat, die deze, hij moge willen of niet, onmogelijk buiten rekening kan laten. De kracht der handels-usantie is te groot om haar eenvoudig ter zijde te stellen. Zij is wel meestal bloot feitelijk, dat wil zeggen: er uit zich in haar niet altijd eene regtsovertuiging, eene opinio necessitatis, dat het zoo en niet anders behoort, maar toch zal de handel er niet ligt toe te brengen zijn op te offeren, wat hij den eens aangenomen regel noemt. Redenen van gemak, van min kostbaarheid, van geheimhouding, hebben gemaakt dat men op deze wijze en niet anders te werk gaat. Vraagt men den koopman waarom hij dus handelt, hij zal antwoorden, omdat zijn buurman het ook zoo doet, en hij alzoo geen grond vindt om zijn gedraglijn te wijzigen, al mogt die wijziging ook overeenkomstig het regt of de geschreven wet zijn. In de schatting van den koopman behoort de gewoonte, ook die niet op overtuiging van regtmatigheid gegrond is, tot het wezen van den handel, en in dien zin zegt Brinckman ¹⁾ sprekende van het handelsgewoonteregts: „Es hat seine Begründung in dem Willen des „Volkes, in welchem es die Klasse der Handelsleute „vermöge ihrer besonderen Bildung und Beschäftigung „vorzugsweise zum Bewusstsein und als Thatsache in der „Anwendung zur Erscheinung bringt.“ Daar nu een vrij

¹⁾ t. a. p. pag 15.

en onbelemmerd handelsverkeer in het belang van den Staat, en de voorwaarde van zijn bloei is, is het dus evenzeer in zijn belang, dat hij, al erkent men ook in beginsel de onbevoegdheid van het volk, om zijne overtuiging tegen de wet in en als bij eigen rigting door te drijven, voor den handel van dat beginsel afstand doe. Om die reden zou eene verwijzing naar de handelsingewoonte, in ruimeren zin nog dan in Art. 3 Alg. Bep. geschied is, in Art 1 van ons wetboek niet misplaatst zijn geweest. Zelfs komt het mij voor, dat niemand hierin het bewijs zou hebben kunnen vinden, dat de wetgever wilde terug komen op de eenmaal besliste vraag, omtrent het nut der codificatie. De strijd, met betrekking daartoe gevoerd, liep immers alleen hierover, in hoeverre de ontwikkeling van het regt uitsluitend aan de gewoonte kon worden overgelaten, terwijl het hier de vraag is, in hoeverre aan de gewoonte als aanvullende rechtsbron een geldig bestaan moet worden toegekend. „Das Gewohnheitsregt” zegt Brinckman ¹⁾ terecht „er-
 „gänzt und reinigt das geschriebene Recht; es allein
 „vermag dieses frisch zu erhalten und nicht veralten
 „zu lassen.”

De stellers van het nieuwe Deutsche Handelswetboek hebben dan ook ingezien, dat het noodzakelijk was, aan de handelsingewoonte als zoodanig kracht toe te kennen, en haar den voorrang toegekend zelfs boven het

¹⁾ t. a. p. p. 16 noot 11.

burgerlijk regt. Wij lezen in Art. 1 van dat wetboek:
 „In Handelssachen kommen, in soweit dieses Gesets-
 buch keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräu-
 che und in deren Ermangelung das allgemeine bürger-
 liche Recht zur Anwendung.“ De noodzakelijkheid
 dezer bepaling, die ontleend is aan Art. 1 van het
 Pruisische ontwerp, dat aan het bedoeld wetboek tot mo-
 del heeft gestrekt, wordt in de Memorie van Toelichting ¹⁾
 zoo duidelijk en helder uiteen gezet, dat wij het hiertoe
 betrekkelijk gedeelte dier Memorie woordelijk willen me-
 dedeelen :

„Das Handelsrecht,“ heet het daar, „ist ein unmittel-
 bares Erzeugniß des praktischen Verkehrs; seine Grund-
 lage bilden Gewohnheit und Gebrauch. Wie der Ver-
 kehr, so is auch das Handelsrecht in steter Fortentwic-
 kelung begriffen. Bei der Abfassung eines Handelsge-
 setsbuchs ist es nicht möglich, alle in Uebung befindlichen
 Normen zu erforschen und zu fixiren; es darf aber auch
 durch eine Kodification jene Fortentwicklung des Han-
 delsrechts nicht gehemmt werden.

„Hiermit ist die Nothwendigkeit gegeben, die Gül-
 tigkeit des Gewohnheitsrechts als ergänzung des geschrie-
 benen Handelsrechts anzuerkennen. In diesem Sinne
 führt der Entwurf die Handelsgebräuche nicht nur im
 Allgemeinen als Rechtsquelle auf, sondern verweist auch
 bei den einzelnen Materien, namentlich in der Lehre

¹⁾ Uitgegeven te Berlijn.

„ von den Handelsgeschäften, in besonders geeigneten
 „ Fällen noch ausdrücklich auf dieselben.

„ Es ist in Anregung gebracht worden, die Geltung
 „ der Handelsgebräuche in der Art näher zu bestimmen,
 „ dass sie nur da in betracht kommen sollen, wo das
 „ Handelsgesetzbuch bei den einzelnen Lehren ausdrück-
 „ lich auf sie Besug nimmt. Dieser Vorschlag hat indessen
 „ das erhebliche Bedenken gegen sich, dass es nicht mög-
 „ lich ist, dafür eine Gewähr zu geben, dass die Verwei-
 „ sung auf die Handelsgebräuche wirklich an allen dazu
 „ geeigneten Stellen ausgesprochen wird. Jede Unvollstän-
 „ digkeit in dieser Beziehung müsste aber die nachtheilige
 „ Folge haben, dass die gedeihliche Fortentwicklung
 „ und Ergänzung des geschriebenen Rechts durch das Ge-
 „ wohnheitsrecht wenigstens theilweise verhindert würde.

„ Erst in Ermangelung anerkannter Handelsgebräuche
 „ kommt das allgemeine burgerliche Recht in Handelssachen
 „ zur Anwendung. Die subsidiäre Geltung desselben beruht
 „ darauf, dass das Handelsrecht kein ganz für sich beste-
 „ hendes, von dem allgemeinen Rechte völlig gesondertes
 „ Rechtssystem darstellt, sondern zu dem allgemeinen Recht
 „ in dem Verhältnisse der Ausnahme zur Regel steht. Es
 „ umfasst eben nur die von den allgemeinen Rechtgrund-
 „ sätzen abweichenden Bestimmungen, welche durch die
 „ eigenthümliche Natur der handelsrechtlichen Verhält-
 „ nisse geboten sind.”

Tegenover de bewering van prof. Opzoomer, dat het
 niet kan geduld worden, dat de volksovertuiging, buiten

de wet om, regt schept, mag men derhalve, althans wat het handelsregt betreft, het feit stellen, dat de wet voor den drang der gewoonte op den duur moet zwichten, en men dus verstandiger handelt ook regtens te erkennen, wat men toch als feit moet eerbiedigen.

Daar de gewoonte, volgens Art. 3 Alg. Bep., in het algemeen regtsbron is, zoo dikwijls de wet daarop verwijst, heeft zij dus onder die voorwaarde ook voor het handelsregt regtskracht. Eene ruime toepassing wordt haar verzekerd door Art. 1375 B. W., volgens hetwelk overeenkomsten tot alles verbinden o. a. wat het gebruik medebrengt, en door Art. 1383 B. W., uit kracht waarvan bestendig gebruikelijke bedingen in de overeenkomst geacht worden stilzwijgend te zijn begepen. Uit den aard der zaak zijn deze bepalingen geschreven voor de handelende partijen. Hoe is het echter wanneer de regten van derden daarbij betrokken zijn? Men denke b. v. aan de bepaling van Art. 1917 B. W., volgens welke onderhandsche acten ten aanzien harer dagteekening, tegen derden geen kracht hebben dan van den dag dat zij geregistreerd zijn. Teregt zegt Holtius ¹⁾ dat in den geheelen handel een gebruik bestaat om onderhandsche contracten van koophandel niet te laten registreren, en dat men het er desniettemin voor houdt, dat zij eene geloofwaardige dagteekening hebben. Hij voegt er bij, dat ook de jurisprudentie dat gebruik erkend, en op

¹⁾ Handels en Zeeregt pag. 47.

grond daarvan de straks genoemde bepaling van het burgerlijk regt ter zijde gesteld heeft. Gehoorzaamde de regter hierbij aan zijne overtuiging, dat inderdaad de handel verlamd ware bij toepassing der wet, of gaf deze laatste hem grond voor zijne uitspraak? Rogron ¹⁾ neemt het laatste aan, met beroep op ons Art. 138 W. v. K. De wetgever kan, volgens hem, de registratie van wissels en endossementen niet gewild hebben, daar dan de antidatering daarvan van zelf onmogelijk zijn zou. Zoo-danige opvatting redt natuurlijk ook de overige handels-geschriften (v. g. Art. 209 W. v. K.) doch het schijnt vrij gewaagd, daaruit een algemeen beginsel af te lei-den. Het wisselregt geeft ons een ander voorbeeld, bij Mr. Kist ²⁾ vermeld: „Het is een algemeene regel van „wisselregt,” zegt deze „dat de exceptiones ex persona in- „dossantis, dat zijn de exceptiën gegrond op de betrek- „king van een der vroegere houders tot een der wis- „selschuldnaars, niet worden toegelaten. De regten, „die men als houder van eenen wisselbrief heeft, wor- „den niet gestoord door de betrekking, waarin de vroegere „houders tot dengenen stonden, die den wissel moet „betalen.” Teregt voegt deze schrijver er bij, dat dit beginsel uit den aard der wisselsverbindtenis zelf volgt, en daarom geacht moet worden ook in ons wisselregt te gelden. Maar die aard van de wisselverbindtenis is niet

¹⁾ Ad Art. 139.

²⁾ Het Handelspapier p. 68.

anders dan het op het algemeen gebruik steunende regtsgevolg, daaraan verbonden, en of dat gebruik erkend moet worden, ofschoon de wet er niet op verwijst, is juist de vraag. Men heeft het regt om deze vraag bevestigend te beantwoorden, uit onze wet zelve willen afleiden. Prof. Nienhuis ¹⁾ bedient zich daartoe van de volgende redenering: „Volgens Art. 3 Alg. Bep. geeft de gewoonte regt, als de wet op haar verwijst, en de afschaffingswet heeft eens vooral op haar verwezen, met betrekking tot alle stoffen, die niet in de wetboeken zijn behandeld. Zoo ongeveer redeneert ook Diephuis ²⁾. Ook hij beroept zich op de afschaffingswet (de wet van 16 Mei 1829 stbl. 33) wier Art. 1 aldus luidt:”

„Te rekenen van den dag der invoering van het
„Burgerlijk wetboek der Nederlanden, wordt afgeschaft
en zal ophouden kracht van wet te hebben het wetboek
van Napoleon, met al de daartoe behoorende besluiten
„en verordeningen.

„Insgelijks zijn op hetzelfde tijdstip afgeschaft,
„de algemeene en plaatselijke gebruiken in de stoffen,
„welke bij het nieuwe wetboek worden behandeld. Het
„wettelijk gezag van het Romeinsche regt is en blijft
„afgeschaft.”

Wil men den geest en de letter van de 2^e alinea van dit voorschrift geen geweld aan doen, dan zal men moe-

¹⁾ Acad. Voorl. p. 45.

²⁾ Ned. B. W. III 291.

ten erkennen, dat zij eigenlijk niet veel anders is, dan de voorloopster van ons Art. 3 Alg. Bep., en dat zij verder in specie ziet op onderwerpen van burgerlijk regt. Immers in Art. 3 der Afschaffingswet wordt wel de Code de Commerce afgeschaft, maar met geen enkel woord van handelsgebruiken gesproken. Behalve de onderwerpen, die het Handelsregt afzonderlijk regelt, zijn er bovendien geene „stoffen die bij het Nieuwe Wetboek niet worden geregeld”, en de beslissing van speciale vraagpunten, waarvoor de uitspraak van dit gebruik wordt ingeroepen, zijn tot dergelijke „stoffen” niet te brengen. Prof. Opzoomer ¹⁾ die in zijn stelsel met deze zeer extensieve opvatting volstrekt geenen vrede hebben kan, beweert dan ook, hoewel zonder aanvoering van gronden, de niet toepasselijkheid der boven aangehaalde wetsbepaling, die tot niets minder zoude leiden dan tot terzijdestelling van Art. 3 Alg. Bep. voor het handelsregt.

Een andere weg wordt tot bereiking van het doel, d. i. tot geldig verklaring der gewoonte ter aanvulling van de handelswet, ingeslagen door Troplong ²⁾, voor wien, als aanhanger van het straks reeds besproken Avis du Conseil d'Etat en tegenstander der leer van Delamarre et Lepoitvin, ofschoon hij schreef onder den Code, waarin ons Art. 1 W. v. K. niet voorkomt, de vraag van gelijk belang is. Hier echter komt zij voor onder

¹⁾ t. a. p. pag. 14.

²⁾ t. a. p. pag. 70.

anderen vorm, te weten in hoeverre aan het handelsregt een zelfstandig karakter kan worden toegekend. Zoo hieruit geen oplossing gevonden zoude kunnen worden van het geschilpunt, dat ons bezig houdt, zou het onderzoek naar het verband tusschen de beide wetgevingen niet veel meer dan een doctrinaire, zeker geen practische, waarde hebben. Over dat karakter nu van het Handelsregt laat Troplong zich aldus uit: „Il ne faut pas avancer que le droit Commercial est un droit sui generis „séparé du droit Civil par l'incommensurable distance „qui sépare ce dernier du droit pénal. Non! le droit „commercial ne vit que par le droit civil. Ce sont les „idées du droit civil soumises à un certain arrangement „et employées d'une manière particulière. J'admets „que l'usage commercial a une grande autorité et quand „il est certain et incontesté la loi civile, qui sait son „influence sur les conventions des parties, consent à lui „laisser la préférence, et du reste ce n'est encore là „qu'une maxime de droit civil (Art. 1159 et 1160, In „contractibus tacite veniunt quae sunt moris et consuetudinis) mais si l'usage est muet, ou même douteux, „c'est la loi civile qui doit régler l'interprétation. Je le „repète la loi commerciale d'abord, les usages ensuite, „car l'esprit du commerce n'est pas toujours celui des „rapports civiles, puis à défaut de la loi ou des usages „le code civil non pas comme simple autorité de raison ¹⁾

¹⁾ Hier wordt bedoeld op het stelsel van Delamarre et Lepoitvin.

„ dont on puisse discuter le plus ou moins de conformité
 „ avec le droit naturel, mais comme raison-loi, comme droit
 „ commun, comme supplément nécessaire et obligatoire de
 „ ce qui n'a pas été réglé par la loi ou des usages de commerce.”

Door deze redenering wordt de moeilijkheid meer aangetoond dan opgelost. Dat de Art. 1159 en 1160 C. C., ten onzent 1382 en 1383 B. W., ook voor het handelsregt zijn geschreven, mogt welligt met eenigen schijn van regt in Frankrijk betwijfeld kunnen worden, en daardoor het betoog, dat er in werkelijkheid verband bestaat tusschen de beide wetgevingen, vooraf noodzakelijk zijn, onder vigeur van ons Art. 1, W. v. K. zal het niemand in het hoofd komen daaraan te twijfelen. Door de hulp dier Artikelen wordt echter niet opgelost het geschilpunt dat ons bezig houdt, in hoeverre het gebruik mag worden ingeroepen, wanneer regten van derden bij een overeenkomst zijn betrokken, en in het algemeen in hoeverre aan het gebruik, naar onze wet, een wijzigend karakter mag worden toegekend. Eene stelling als die van Mazerat op Demante N^o. 398: „ Depuis la publication du Code de
 „ Commerce la loi prévaut sur les usages contraires au
 „ droit commun, ils ont cessé d'être tels par la promul-
 „ gation, on ne doit plus les considérer que comme des
 „ abus. Telle est évidemment la saine doctrine quoique
 „ peut-être en pratique on puisse le décider autrement” brengt ons natuurlijk een stap verder van het doel af. Immers schijnt deze schrijver aan de handelswet een ge-

heel eigen en zelfstandig standpunt toe te kennen, en wij zagen reeds, dat hij in dien zin althans nagenoeg alleen staat. Het reeds aangehaald Avis du Conseil d'État, dat door Mazerat eenvoudig als niet geschreven beschouwdt wordt, heeft meer gewigt bij Molinier ¹⁾ die zich aldus uitlaat: „Il suffit d'en peser les termes
 „ pour voir que le Conseil d'État à indiqué à la fois
 „ le droit commun et les usages de commerce pour sup-
 „ pléer au silence du Code. Il ne dit pas qu'on pren-
 „ dra d'abord le droit civil pour règle et qu'à défaut
 „ seulement de disposition dans ce droit on prendra pour
 „ base l'usage, il renvoie en même temps au droit
 „ commun et à l'usage pour juger selon les circon-
 „ stances particulières, que pourraient offrir les cas sur
 „ lesquels on aurait à statuer.” Als wilde hij die leer uitbreiden in nog meer vrijzinnigen geest, ten gerieve des handels en ten voordeele van de regtskracht van het gebruik, voegt hij er van ons Art. 1 sprekende bij:
 „ Mieux valait dire que le code civil ne serait applic-
 „ ble au commerce, que dans celles de ces dispositions
 „ auxquelles la loi commerciale se serait référé ou qui
 „ n'offriraient rien de contraire aux usages commerciaux.”

Naar mijne bescheiden meening zijn de verschillende aangehaalde stellingen ten aanzien van de vraag in hoeverre het handelsregt als zelfstandig regt gelden kan — eene vraag uit wier beantwoording ik eenig licht

¹⁾ t. a. p. pag. 15.

zoek voor de vraag die ons bezig houdt, naar de regtskracht van het gebruik — door den Hoogleeraar de Wal ¹⁾ niet geheel juist weergegeven. Naar het oordeel van dien schrijver zou Troplong leeren: „dat bij „het stilzwijgen der handelswet, de regter in de eerste „plaats de voorschriften van het burgerlijk regt behoort „te raadplegen, en eerst dan, wanneer ook deze voor een „gegeven geval geen rigtsnoer aanbieden, zijne toevlugt „mag nemen tot de gewoonten en de gebruiken van „den koophandel, ten ware partijen zelve zich uitdrukkelijkelijk op die gewoonte mogten hebben beroepen.” Het is mij niet duidelijk, hoe dit met de straks aangehaalde woorden te rijmen zou zijn. Daar immers, wordt uitdrukkelijk gezegd, dat de onbetwiste gewoonte, vóór den Code Civil gaat, zonder dat er eenige bijzondere afspraak noodig is. Immers, „in contractibus veniunt tacite quae sunt moris et consuetudinis.” Op eene andere plaats ²⁾ blijft Troplong zich geheel gelijk en beweert: „que le droit civil est la loi primordiale de la „société de commerce et qu’il ne faut s’en écarter que „dans les cas auxquels les usages commerciaux ont formellement derogés.”

Evenmin schijnt Mr. de Wal ³⁾ mij geheel geslaagd in het teruggeven der leer van Molinier als hij zegt:

¹⁾ Handelsregt I pag. 40.

²⁾ traité du contr. de Societé Art. 1873.

³⁾ t. a. p. pag. 41 N^o. 51.

„Zoowel de bepalingen der burgerlijke wetgevingen als
 „de gebruiken van den handel dienen tot aanvul-
 „ling der handels-wetgeving, de verschillende aard
 „der regtsvragen en bijzondere omstandigheden wijzen
 „den regter aan, welke leiding hij te volgen hebbe.”
 Wij zagen immers reeds, dat Molinier het burgerlijk
 regt geheel op den achtergrond plaatst, en dat in zijn
 stelsel van aanvulling der handelswetgeving geen sprake
 is. Gelijke aanmerking veroorloof ik mij tegen de wijze,
 waarop door den heer de Wal het reeds meermalen
 door ons besproken stelsel van Delamarre et Lepoitvin
 is omschreven: „De bepalingen van het Wetboek van
 „koophandel, moeten in de eerste plaats worden aan-
 „gevuld door de handelsgebruiken, met terzijde stelling
 „van het burgerlijk regt.”

Die Fransche schrijvers zijn veel radicaler. Zij be-
 schouwen het burgerlijk regt als een zamenstel van eenige
 beginselen, op billijkheid en natuurregt gegrond, die, al
 waren zij niet geschreven, toch zouden gelden, en wen-
 schen het nooit in materie van handelsregt toegepast te
 zien, zelfs niet bij het stilzwijgen der gewoonte, zoo
 althans in bepaalde gevallen de regter mogt vermeenen,
 dat het burgerlijk regt met de billijkheid in strijd is.
 De uiteenzetting der verschillende stelsels der Fransche
 schrijvers is echter voor het gezigtspunt, waaruit wij
 Art. 1 W. v. K. beschouwen, zooals ik mij vlei reeds
 te hebben aangetoond, van minder overwegend belang.
 De eenige vraag blijft — in hoeverre het constante

handelsgebruik krachtens het voorschrift van ons Art. 1 1^o., Art. 3 Alg. bep. der burgerlijke wet primeert, en in hoeverre kan worden aangetoond, dat die prioriteit *uit de wet* volgt. Vloeit zij daaruit niet voort, dan kan zij wel worden aangenomen en toegepast en dan kan die toepassing wel hoogst nuttig en noodig zijn, maar dan ligt zij buiten de wet. Ruitelijk trekt Prof. Holtius ¹⁾ partij vóór de usantie tegen de wet, op grond: „dat men den geheelen koophandel verlammen zoude „indien men dien aan zulke banden (van het burgerlijk „regt) wilde leggen,” en hij komt tot de slotsom, dat wij bij de woorden: „voor zooverre daarvan bij dit wetboek enz.” moeten tusschenvoegen: „en bij het handelsregt in het algemeen.” Dit geschiedt echter niet dan nadat door hem ²⁾ eene wanhopige poging is gewaagd om de kracht van Art. 3 Alg. Bep. te breken: „Ik ben niet vreemd aan de gedachte,” wordt daar gezegd, „dat het onjuristische Art. 3 zeer wel kan genomen worden als gerigt alleen tegen *plaatselijke* gebruiken.” Deze, naar mijne bescheidene meening, zeer „vreemde gedachte”, legt den wetgever een superfluum in den mond, wanneer het althans opgaat dat naar andere dan plaatselijke gewoonten niet ligt wordt verwezen ³⁾, en overschrijdt de grenzen der geoorloofde interpretatie.

¹⁾ t. a. p. 43.

²⁾ t. a. p. 32.

³⁾ *ibid* p. 32.

Immers zou men naar die leer moeten lezen: plaatselijke gewoonte geeft geen regt, dan waar de wet naar die gewoonte verwijst. Zelfs hecht Prof. Holtius dan ook weinig waarde aan de gemaakte opmerking, anders kon hij niet aannemen ¹⁾ dat de deelgenooten eener handeling voor gemeene rekening niet in solidum zijn gehouden. Dit gevoelen steunt op de bepaling van Art. 1318 B. W., maar daar een algemeene gewoonte medebrengt dat handelsverbindtenissen altijd solidair zijn, zoude Art. 1318 B. W. hier niet in den weg staan.

Het moge gewaagd zijn, bij zoo gewichtig verschil van gevoelen partij te kiezen, toch zou ik niet wenschen mij aan te sluiten bij de eerst uitgedrukte meening van Prof. Holtius, dat het handelsregt, met andere woorden, het uit handelsusantiën ontstane *gewoonteregt*, is eene zelfstandige regtsbron in materie van koophandel, evenmin als ik kan instemmen met des Hoogleeraars overigens in het voorbijgaan gemaakte uitlogging van Art. 3 Alg. Bep. De gewoonte zal dus naar mijne bescheiden meening, behalve waar in de handelswet uitdrukkelijk op haar wordt verwezen, alleen in toepassing gebragt mogen worden, in zooverre Art. 1375 en 1383 B. W. uit kracht van ons Art. 1 alin. 1 ook hier geldig, haar erkennen, derhalve waar sprake is van uitlegging van handelsovereenkomsten overal. Ik geef gaarne toe, dat men bij deze opvatting

¹⁾ *ibid* p. 105.

zoo ruim en onbekrompen mogelijk ten gerieve der handelswet moet zijn, doch ik schroom in beginsel aan te nemen dat de beoordeeling der regten van derden uitsluitend aan de usantie, waar de burgerlijke wet anders beslist, zou mogen getoetst worden. Dit leidt mij echter tot herhaling van den wensch, reeds boven uitgedrukt, dat onze wetgever door aan de gewoonte, voornamelijk in het handelsregt meer kracht toe te kennen, eindelijk eens regt moge doen op de even billijke als dringende eischen van den handel.

De billijkheid dier eischen wordt vooral erkend door hen, die het handelsregt als een zelfstandig regt beschouwen. Prof. Holtius ¹⁾ beschouwt het dus. Volgens hem is het handelsregt geen bloote toepassing van het burgerlijk regt, want er zijn te veel afwijkingen, zoo als het onbeperkt getuigenbewijs, het bewijs door de boeken, de overschrijving van den eigendom van schepen (art. 309 W. v. K.) hoewel deze roerende zaken zijn. Die afwijkingen vloeijen natuurlijk weder voort uit het verschillend karakter van het handelsregt, dat naar waarheid is een *jus gentium* in den zin der Romeinen. Maar het handelsregt is evenmin eene verzameling van exceptiën, want het bevat een aantal leerstukken, eigenaardig en uitsluitend tot zijn gebied behoorende, zooals de wissels, avariën, bodemerijen enz. Mr. de Wal ²⁾ laat zich

¹⁾ t. a. p. p. 3.

²⁾ Handl. p. 56.

eenigzins anders uit. Volgens dezen „regelt het W. v. K. „de regtsbetrekkingen, welke daden van koophandel tus- „schen bijzondere personen doen ontstaan. In zooverre „kan het B. W. dikwijls gezegd worden den regel, het „W. v. K. de uitzondering, of ook de toepassing te „bevatten, (zie W. v. K. Art. 1) en het is daaruit te „verklaren, dat in het W. v. K. zelfs het koopcontract „niet vermeld wordt. Er zijn echter in het handels- „regt onderwerpen, die meer op zich zelve staan en „uit hun eigen aard en geschiedenis moeten verklaard „worden, daartoe behoort het wisselregt, de assurantie, „en de avarij.” Men ziet de uitdrukking verschilt, het beginsel niet. Het is mij onbegrijpelijk, hoe volgens Prof. van Hall, „de uitdrukkelijke verwijzing in het „W. v. K. naar het B. W. hier en daar de vraag kan „doen ontstaan, of zonder die verwijzing de regel der „toepasselijkheid niet aanwezig is.” Art. 1 spreekt immers die toepasselijkheid geheel algemeen uit. Met meer regt vraagt Prof. de Wal, ¹⁾ met het oog op de door hem aangehaalde Artt. 79, 139, 157, 204, 244, 296, 452, 747, 767, 785, 786, 857, 858, 870, 880, 885 „waren „al deze verwijzingen noodig? zijn ze allen overtollig? hadden ze niet behooren weggelaten te worden, nadat in Art. 1 het beginsel uitdrukkelijk was verkondigd?”

Prof Nienhuis ²⁾ laat zich bij de beoordeeling der

¹⁾ t. a. p. pag. 42 en 51.

²⁾ Acad. voorl. I pag. 98.

zelfstandigheid van het handelsregt wederom eenigzins
 anders uit: „Gelijk regel en uitzondering met elkander
 „in een naauw verband staan, daar de regel gelden moet
 „in al die gevallen, waarin daarop geene uitzonderingen
 „zijn gemaakt, terwijl deze laatste den regel in de
 „niet-uitgezonderde gevallen bevestigen, zoo staan ook,“
 zegt hij, „het B. W. en dat van Koophandel in de
 „naauwste betrekking tot elkander. Het eerste bevat
 „de regelen, de algemeene voorschriften des burgerlijken
 „regts, waaraan allen onderworpen zijn zonder onder-
 „scheid of zij handel drijven of niet, bij het laatste zijn
 „vastgesteld de bijzondere van die regelen afwijkende
 „bepalingen, die bij wijze van uitzondering op het alge-
 „meen, d. i. burgerlijk regt, in het belang van den koop-
 „handel gemaakt zijn, en als exceptionele bepalingen,
 „die uitsluitend tot den koophandel en kooplieden be-
 „hooren, dat algemeene regt bevestigen in al die geval-
 „len, waarin bij het bijzondere handelsregt niet bijzon-
 „derlijk is afgewezen.” Maar de aard van dat „bijzonder
 „handelsregt” brengt den schrijver weldra ¹⁾ tot een ander
 besluit en daarmede nader tot ons standpunt. Immers
 wij lezen verder: „De algemeene voorschriften omtrent
 „koop en verkoop, huur en verhuur, bewaring, lastge-
 „ving en zaakwaarneming bij makelaars, kassiers, com-
 „missionairs en wisselhandel zijn vervat in het B. W.,
 „en deze zijn dus, en naar den aard der zaak, en vol-

¹⁾ *ibid.* p. 100.

„gens Art. 1 van het W. v. K., ook op de verschil-
 „lende handelingen, die wij noemden, van toepassing,
 „met dien verstande althans, dat bij de toepassing steeds
 „gelet moet worden op den bijzonderen aard der han-
 „delingen, welke geen doorgaande en strenge toepassing
 „dier algemeene voorschriften van het burgerlijke regt
 „gedoogen.” Of men de verhouding tusschen het Bur-
 gerlijk Wetboek en dat van Koophandel bij de zamen-
 stelling van het laatste zich juist gedacht heeft, is eene
 andere vraag die ik niet zou durven bevestigen. De
 woorden van Donker Curtius ¹⁾ geven daartoe geen regt.
 Volgens hem is het „doelwit der algemeene bepaling,
 „welke uitdrukkelijk het B. W. op zaken van koophan-
 „del toepast, voor zooverre de commerciële wet daaraan
 „niet derogeert, overeenkomstig aan het denkbeeld, dat
 „zaken van koophandel gelijk alle andere handelingen in
 „het gemeene leven, in eenen regtsgeleerden zin zich
 „alzoo duidelijk en in de eerste plaats moeten regelen
 „naar de betrekkingen des burgerlijken regts, waaruit
 „volgt, dat een wetboek van koophandel, als alleen in-
 „stellende een exceptioneel regt, niets anders behoeft te
 „bevatten dan hetgeen wezentlijk exceptioneel is, dat
 „het ten minste vruchteloos is, daarbij te herhalen het
 „geen van zelf uit de bepalingen van het gemeene regt
 „voortvloeit, en daarvan geregeerd wordt en ten aanzien
 „waarvan geen uitzondering is toegelaten, en dat het

¹⁾ Voorduin VIII, p. 2.

„mitsdien alleen moet inhouden die betrekkingen, welke
 „ten faveure des handels van het gemeene regt afwijken.”
 Evenmin de woorden van Nicolai, die in gelijken geest
 sprak. ¹⁾ „La législation commerciale n’ayant cependant
 „pour objet qu’une chose particulière, et étant circon-
 „scrite dans les bornes des opérations commerciales, ne
 „peut recevoir son application que dans les cas où elle
 „constitue une dérogation speciale au droit commun et
 „dans les cas où le silence de la loi générale permet
 „d’invoquer la loi d’exceptions.

Aan eene dergelijke in zich zelf streng logische be-
 wijsvoering hebben wij de bepaling van ons Artikel en
 dus de beperkte toelating van het handelsgebruik te
 danken. De bewering is echter geoorloofd, dat het
 beter ware geweest „ten faveure des handels” en ter
 wille van zijne ontwikkeling een vrijer en ruimer stand-
 punt in te nemen. Wat er van zij, in dien zin, dat
 het handelsregt totaal afgescheiden van het burgerlijk
 regt zou moeten gedacht worden, noemt geen der door
 ons aangehaalde Ned. schrijvers, het een zelfstandig
 regt. Het verband, dat tusschen beide regten bestaat,
 verklaart en wettigt de verwijzing naar de bepalingen
 van het burgerlijk regt, doch sluit het gebruik der ge-
 woonte en hare aanvullende kracht niet uit. Men had
 dus veilig, zonder aan het beginsel der toepasselijkheid
 van het burgerlijk regt op het handelsregt te kort te

¹⁾ t. a. p. p. 2.

doen, aan de gewoonte een ruimer kring van werkzaamheid kunnen toekennen dan thans geschied is.

Door ons Artikel wordt, voor zooverre bij de handelswet daarvan niet bijzonderlijk is afgeweken, het burgerlijk wetboek ook op zaken van koophandel toepasselijk verklaard. Zoo men wil, ligt hierin eene onnaauwkeurigheid van redactie, die echter bezwaarlijk tot valsche opvatting aanleiding geven kan. Onder het burgerlijk wetboek wordt kennelijk verstaan het burgerlijk regt, in zijn ganschen omvang en niet alleen het gecodificeerde civiele regt, voor welke beperking niet de minste aanleiding zou bestaan. In Art. 15 W. v. K. wordt dit duidelijk gezegd, en de Art. 752 en 783 W. v. K. spreken met een zweem van Duitsche zegswijze, in den zelfden zin van „het gemeene regt.” Omgekeerd is in Art. 1355 alin. 2 B. W., waarin over de bijzondere regels omtrent handelsovereenkomsten wordt gehandeld, verwezen naar de „wetten tot den koophandel betrekkelijk” en dus het handelsregt, niet het wetboek van koophandel alleen, voorgesteld, als te derogeren aan de bepalingen der burgerlijke wet. Het woord, *zaken van koophandel* komt hier natuurlijk in een ruimer beteekenis voor dan in Art. 5, waarin alleen eene species van het algemeene genus, de verplichtingen *ex lege* worden opgesomd. In ons Art. omvat het woord alles wat door de bepalingen van het handelsregt beheerscht wordt, en dus ook alles wat in de Art. 3 en 4 W. v. K. wordt behandeld. Eigenlijk wordt door de woorden,

zaken van koophandel het algemeene begrip uitgedrukt, en zijn daden van koophandel daarvan slechts het onderdeel. In dier voege worden die woorden althans dikwijls door onzen wetgever gebruikt, die dan daarmede uitdrukken wil al hetgeen tot de handelsinstituten behoort. Zoo wordt in Art. 1355 B. W. van handelszaken gesproken, terwijl men eigenlijk meende overeenkomsten. Art. 670 B. W., dat de levering behandelt, doet door de woorden: wetten en gebruiken in zaken van koophandel, dien algemeenen zin sterk uitkomen. Hetzelfde is het geval in Art. 1207 B. W., waar in even ruimen zin van zaken van koophandel gesproken wordt, en in Art. 1915 B. W. alin. 3, waar gelijke uitdrukking wordt gebezigd. De wetgever is hierbij in overeenstemming met het dagelijksch spraakgebruik, medebrengende, dat men van handelszaken en niet van daden van koophandel spreekt. Van een koopman sprekende, zal het niemand invallen te zeggen, dat hij goede daden van koophandel verrigt, maar wel dat hij goede zaken doet. In dien zin verklaart ook Art. 70 W. v. K. van den commissionair, dat hij op eens anders naam zaken van koophandel verrigt. Ook moet, zooals wij reeds opmerkten, de bepaling van Art. 5 W. v. K. niet zoo streng worden opgevat, dat buiten de daar opgenoemde, geene zaken van koophandel denkbaar zouden zijn. Onze wetgever geeft zelf het bewijs van het tegendeel, b. v. door de bepaling van Art. 568 W. v. K. Alle bedingen of accoorden wegens hulp- of bergloon kunnen door den

regter gewijzigd of vernietigd worden. Zulke overeenkomsten als hier bedoeld worden, zijn geene „verplichtingen ontstaande uit hulp of redding en berging bij schipbreuk” en kunnen dus niet onder Art. 5 gebragt worden. Daden van koophandel in den zin van Art. 3, zijn zij evenmin, en ook onder een der nummers van Art. 4, zijn zij niet wel te rangschikken. Indien wij dus het begrip van zaken van koophandel zoo eng namen, dat het alleen de in Art. 5 genoemde verplichtingen omvatte, zou de overeenkomst van Art. 568 W. v. K. buiten het gebied van het handelsregt vallen.

Boven reeds hadden wij gelegenheid de juistheid te erkennen der opmerking van Prof. de Wal, dat van het standpunt van onzen wetgever, en na de algemeene bepaling, voorkomende in ons Art. 1, de speciale verwijzing der handelswet naar het civiele regt overbodig is. Veelal is de herhaling echter wel te verklaren. Wij willen dat door enkele voorbeelden aantoonen.

Art. 15 W. v. K. verklaart, dat de verbindtenissen van vennootschappen van koophandel geregeerd worden door de overeenkomsten van partijen, door de bijzondere wetten van den koophandel en door het burgerlijk regt. Bij het fundamentele verschil, dat er tusschen de leer van de burgerlijke maatschap en van de handelsvennootschap bestaat ten aanzien van de solidaire gehoudenheid der vennoten jegens derden, was het mogelijk dat, in geval de woorden „en door het burgerlijk regt” waren weggelaten, men hierin eene uitsluiting van dat regt had

gezien. Iets anders is het, of niet het geheele Art. 15 W. v. K. zonder groote schade had kunnen weggelaten zijn, eene meening waaraan de Pinto ¹⁾ niet vreemd is.

Art. 79 W. v. K. bepaalt, dat indien een commissionair in den naam van zijn lastgever heeft gehandeld, zijne regten en verpligtingen ook ten aanzien van derden geregeld worden door de bepalingen van het burgerlijk recht onder den titel van lastgeving. Mr. F. A. van Hall ²⁾ heeft tegen de redactie van dit Artikel bezwaren geopperd. Het zou thans, volgens hem, kunnen schijnen, alsof de beginselen van het burgerlijk recht omtrent lastgeving op de betrekking tusschen den commissionair, die op eigen naam handelt, en zijn commissiegever niet toepasselijk waren, hetgeen natuurlijk het geval niet is. Alleen ten opzichte van derden houden die bepalingen op eenige kracht te hebben, naardien de commissionair, die op eigen naam handelt, alleen zichzelf verbindt. Die bedenking was zeker vroeger volkomen juist, maar heeft tegenwoordig, nu de woorden: ook ten aanzien van derden, er zijn bijgevoegd, veel van haar gewigt verloren. Ons Artikel bepaalt nu, dat waar de commissionair op last van zijn committent handelt, hij tegenover derden alleen staat als lasthebber van zijn meester, zoodat de regten en verpligtingen van die derden ten aanzien

¹⁾ Handl. ad. Art.

²⁾ Bijdragen van den Tex en van Hall. IV p. 103.

van den lastgever naar de bepalingen van het B. W. omtrent mandaat beoordeeld moeten worden. Daar het spraakgebruik van het dagelijksch leven ook den oneigelijken commissionnair van ons Artikel, commissionnair noemt, is ons voorschrift nuttig, om te voorkomen dat men zijne verhouding tot derden naar Art. 76 van het W. v. K. beoordeele. Dat het Art. tot misverstand aanleiding kon geven omdat de daarin bedoelde commissionnair niet altijd lasthebber maar somtijds ook negotiorum gestor wezen zal, zooals Mr. Herckenrath ¹⁾ beweert, zie ik niet in. Indien er hier somtijds al van negotiorum gestor sprake zijn kan, verbiedt ons Art. niet de daarop betrekkelijke regsregelen toe te passen. De woorden, behalve het regt van terughouding, hem bij Art. 1849 van het B. W. toegekend, zijn in Art. 84 duidelijkshalve opgenomen. Ik ontken echter niet, dat zij gemist hadden kunnen worden.

Volgens Art. 139 W. v. K. moet de eigendom van de in dat Art. bedoelde wissels bij afzonderlijk acte van cessie worden overgedragen, overeenkomstig het B. W. Wanneer men wegens de woorden: afzonderlijke acte van cessie, tegen het gevoelen van prof. Vissering ²⁾ en van anderen, aannemen moet, dat het endossement van zulke wissels niet als acte van cessie kan gelden, dan bevat dit Art eene uitzondering op het burgerlijk regt,

¹⁾ De vera Cod. merc indole L. B. 1854, p. 54.

²⁾ Het wisselregt in de 19de eeuw p. 38, 39.

volgens hetwelk het niet verboden is, de acte van cessie op den oorspronkelijken titel te stellen: vg. Art. 668 B. W.

Art. 157 W. v. K. bepaalt, dat wanneer gedurende den looptijd des wisselbriefs de daarin uitgedrukte geldmunt op hoog gezag ter plaatse der betaling in waarde is vermeerderd of verminderd, de betaling, of ingeval van wanbetaling, de respectieve terugvorderingen tegen trekker en endossanten geregeld zullen worden naar de bepalingen van Art. 1793 en 1794 van het B. W. De aangehaalde Artt. 1793 en 1794 handelen van geldleening, en zouden dus zonder eene bijzondere bepaling niet op ons geval toepasselijk zijn. Bij gemis daarvan zouden misschien sommigen de aangehaalde Artt. analogice hebben toegepast, maar anderen zouden zich misschien hebben gehouden aan de leer van v. d. Keesel ¹⁾ „*Mutato pecuniae in litteris cambialibus solvi jussae valore, si dictum sit solvendam esse monetam currentem sive usitatam, inspiciendus valor qui est tempore solutionis. Si vero certum numerorum genus solvi jussum sit, valor qui fuit tempore contractus.*” Uit de aanhaling van Art 1794 B. W. blijkt tevens ²⁾ dat het naar ons regt wel degelijk een wissel is, wanneer daarin eene bepaalde muntsoort genoemd is, en dat het trekken voor 100 dukaten effectief niet gelijk staat met het trekken

¹⁾ Thes. select. 621.

²⁾ Zie Kist t. a. p. pag. 125.

voor 100 last granen. Prof. Vissering beweert dus, mijns inziens, ten onregte ¹⁾ dat de last om aan houder 1000 ducaten effectief te betalen met de verplichting om die dan ook in natura te geven, geen last meer is om eene zekere som gelds te voldoen, maar alleen een last om aan toonder zekere koopwaar te leveren. In het Duitsche wisselregt (§ 37) is dan ook bepaald dat wanneer tusschen partijen uitdrukkelijk is overeengekomen, dat hetzelfde getal en dezelfde soort van stukken als in den wissel zijn genoemd, betaald moeten worden, er toch eene geldige wissel bestaat. Voor ons regt meen ik hetzelfde te mogen aannemen.

Volgen Art. 204 W. v. K. gaat wisselschuld, behoudens de bepalingen der drie volgende Artt. te niet door alle middelen van schuldbevrijding, bij het burgerlijk wetboek aangewezen. Deze aanhaling is overtollig en bovendien onjuist, want het vergaan der verschuldigde zaak is hier onmogelijk. Genus interire nequit. Misschien gist Herckenrath ²⁾ niet ten onregte, dat de wetgever die voor verjaring en compensatie bepaalde voorschriften gegeven heeft, beducht was, dat men zonder deze verwijzing, ook de overige middelen van schuldbevrijding niet gaaf zou durven toepassen.

Art. 244 W. v. K. bepaalt, dat, buiten geval van faillissement, zonder tijdsbepaling verkochte en onbe-

¹⁾ t. a. p. pag. 91.

²⁾ t. a. p. pag. 57.

taalde koopmanschappen kunnen worden terug gevorderd overeenkomstig de voorschriften van Art. 1191 van het B. W. en met in achtneming der bepalingen van Artt. 231, 233, 234, 236 en 237 van dat wetboek. Deze bepaling is zeker niet overtollig maar door de bijvoeging der woorden: „overeenkomstig de voorschriften van Art. 1191 van het B. W. zeer bezwarend, daar volgens dat Art. de zaken nog in denzelfden staat moeten zijn waarin zij zijn geleverd.

Art. 296 W. v. K. is niet overtollig en wel om de redactie van Art. 568 B. W. In dit laatste Art. immers lezen wij dat indien „in eenige burgerlijke handeling” de bedoelde uitdrukkingen worden gebezigd, deze de beteekenis hebben, aangeduid in Art. 569 vlg. B. W. Daar nu de assurantie, waarvan hier sprake is, zeker niet eene burgerlijke handeling kan worden genoemd, (vg. Art. 4 No. 10 W. v. K.,) zou men kunnen gelooven, dat de burgerlijke wetgever de omschrijving der bedoelde uitdrukkingen alleen tot zijn gebied heeft willen beperken, en daaraan, wanneer zij in de polis voorkomen, een andere beteekenis zou willen gehecht hebben. Zoo-danige tegenstelling is inderdaad aan onzen wetgever niet vreemd en blijkt onder anderen uit Art. 585 slot-alinea B. R., waar uitdrukkelijk van lijfswang in burgerlijke zaken in tegenstelling met handelszaken wordt gewaagd. Ik zou echter meenen, dat de bepaling van Art. 572 B. W. evenzeer moet gelden, wanneer dergelijke uitdrukking in de polis voorkomt. Kennelijk schijnt de term: „een

huis met al hetgeen zich daarin bevindt, „ in Art. 296 W. v. K. te zijn vergeten.

Volgens Art. 452 W. v. K., verbinden scheepsofficieren en scheepsgezellen, door ontrouw of schuld in de dienst gepleegd, het schip en de vracht ten behoeve van den daardoor schade lijdenden eigenaar der lading, behoudens het verhaal der scheepseigenaars op den schipper en het verhaal van dezen op de schepelingen, alles met inachtneming van het voorschrift van het laatste lid van Art. 1403 B. W. De speciale vermelding van het laatste lid van Art. 1403 B. W. is volstrekt niet overtollig, daar men anders hier eenvoudig aan de toepassing van alinea 3 van dat Art. had kunnen denken, in welk geval het den schipper niet baten zou, indien hij al bewees, dat hij het toebrengen der schade niet had kunnen beletten. Ten aanzien van de reeders, die natuurlijk de schuld of ontrouw nooit kunnen beletten, is zoodanig bewijs niet ontvankelijk, daar deze anders nooit gehouden zouden zijn ¹⁾.

Volgens Art. 747 W. v. K., is de bepaling van Art. 2010 van het B. W. toepasselijk op de verjaring, in Art. 741, 742, 743 vermeld. In Art. 2010 B. W. nu worden de gevallen, waarin bij korte verjaring de eed kan worden gedefereerd, afzonderlijk opgenoemd. Blijkens Art. 2012 B. W., waarin van geen eed sprake is, bestaat er geen algemeene regel, krachtens welken die eedsopdragt

¹⁾ v. g. de Pinto ad art en Holtius II p. 205.

plaats hebben kan. Hieruit volgt dus dat, om Art. 2010 B. W. hier van toepassing te doen zijn, dit uitdrukkelijk moest worden vermeld.

Wat Art. 754 W. v. K. betreft, alhoewel van den vierden Titel slechts de Artt. 451 en 452 op de zoetwater-matrozen worden toepasselijk verklaard, is het tweede lid van dat Art. niet overtollig, omdat men krachtens Art. 451 W. v. K. zou kunnen beweren, dat aan zoodanige scheepelingen ook reisgeld toekomt, en derhalve dat de schadeloosstelling ten hunnen aanzien eene andere is dan die bedoeld bij Art. 1639 alin. 3 en 4 B. W. Door de duidelijke bepaling echter van Art. 754 alin. 2 is het thans klaarblijkelijk, dat de ontslagen schippersknecht op niet meer dan zes weken loon aanspraak kan maken.

Volgens Art. 767 W. v. K. alin. 3, heeft de in staat van faillissement verklaring van regtswege ten gevolge, de afscheiding van den boedel des overledenen van dien zijner erfgenamen, zoodanig en in diervoege als bij het B. W. is omschreven. De laatste woorden van deze alinea zijn overbodig daar geene andere afscheiding in regten bekend is. De woorden „van regtswege” in het Art. voorkomende, drukken uit, dat hier geen sprake is van eene eigenlijke *actio ad separationem bonorum*, aanvangende met de aanteekening daarvan in de openbare registers, en derhalve, dat ook zonder die aanteekening, de erfgenaam toch het goed niet mag vervreemden of bezwaren ten nadeele van de regten der schuldeischers

van de nalatenschap. Immers verliezen de erfgenamen krachtens art. 770 alin. 2, de beschikking en het beheer over den boedel, welks bezit op het oogenblik van het overlijden op hen was overgegaan.

Volgens Art. 857 W. v. K., moeten bij verkoop door de curators van onroerend goed, dat met hypotheek is bezwaard, de formaliteiten van Art. 1255 B. W. worden in acht genomen. Volgens dat laatste Art. bestaan die formaliteiten hoofdzakelijk in de tegenwoordigheid van den regter van het kanton, alwaar alle of het meerendeel der goederen gelegen zijn. Uit deze wetsbepaling volgt, dat de verkooping plaats heeft in foro rei sitae, hetgeen vooral in het belang van den verkoop hoogst noodzakelijk is. De kantonregter is buiten zijn kanton particulier, en de woorden: alle of het meerendeel, enz., in Art. 1355 B. W., maken het niet wel mogelijk een anderen regter te doen fungeren. Prof. Holtius ¹⁾ meent echter, dat bij verkoop van niet met hypotheek bezwaard onroerend goed — (het geval bedoeld in de 1^{ste} alin. van Art. 857 W. v. K.) „zulke verkooping niet alleen binnen het arrondissement der Regtbank, die de faillietverklaring heeft uitgesproken mogen, maar zelfs moeten gehouden worden.” Hij komt tot dit besluit, omdat de regter-commissaris geene benoemingen kan gaan doen buiten het gebied van de regtbank, waartoe hij behoort. Ik acht deze zwaarigheid zoo groot niet. De loop der

¹⁾ t. a. p. pag. 395.

zaak kan zeer gevoelig deze zijn, dat de regter-commissaris bij letteren-requisitoriaal den kantonregter aanschrijft, een notaris te benoemen, of wel en zoo noodig dezen laatsten zelf requireert (volgens Art. 6 der wet op het notaris-ambt.) De regel *jus dicenti extra territorium impune non paretur*, schijnt mij hier te onpas te berde gebracht, daar het zeer betwijfeld mag worden, of hier wel van jurisdictie (*jus dicere*) in den eigelijken zin sprake is. Hoe men echter hier over denke, in het geval, bedoeld bij Art. 857 alin. 2 W. v. K., dat is als het onroerend goed verhypothekeerd blijkt te zijn, kan ik geen vrijheid vinden met Prof. Holtius ¹⁾ eene, zooals deze schrijver het noemt, „toevoegende verklaring” aan te nemen, hierop neerkomende, dat aan de ingeschreven schuldeischers een exploit worde gedaan dertig dagen vóór de toewijzing, zonder dat bij den verkoop de tegenwoordigheid des kantonregters noodzakelijk zij. Moeijelijk is dit te rijmen met de verwijzing in ons Art. naar Art. 1255 B. W., waarvan zoodoende de ééne bepaling wel, de andere niet zou worden toegepast. Als aanleiding tot die willekeurige opvatting, beroept zich Prof. Holtius op de *ratio legis*, volgens hem hierin bestaande, dat in gewone gevallen de tegenwoordigheid van een overheids-persoon een voorzorg tegen collusie is, „daar deze waakt dat men de verkooping niet tot eene schijnauctie make, en ten nadeele van de hypothecaire schuldeischers het

¹⁾ t. a. p. pag. 396.

goed om kleineren prijs toewijze" — eene vrees die bij een verkoop door curators niet bestaat. Op zich zelf kan dit worden toegegeven, doch het schijnt mij dat hier de regel geldt: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Art. 858 W. v. K. geeft aanleiding tot gelijksoortigen twijfel. Mr. v. d. Kemp ¹⁾ meent, dat in het bij dit Art. bedoeld geval de tegenwoordigheid van den kantonregter bij den verkoop niet gevorderd wordt, daar die in Art. 1223 B. W. uitdrukkelijk is uitgesloten, en er anders kennelijk strijd zou bestaan tusschen Art. 858 1^{ste} 2^{de} lid. Mr. Leon ²⁾ is van een ander gevoelen. Ik zou mij het liefst aan de zijde van den Heer v. d. Kemp willen scharen. De 1^{ste} alin. van Art. 858 verleent den hypothecairen crediteur bevoegdheid zijne regten uit te oefenen, als ware er geen faillissement. Bestond deze bepaling niet dan zou men kunnen meenen, dat het faillissement de executie staakte (Art. 771 W. v. K.). En welke zijn nu de hier bedoelde regten? Alle die, waartoe de *procuratio in rem* suam den crediteur magtigt, benevens in het vermijden van den omslag, gelegen in de noodzakelijke tegenwoordigheid des kantonregters. Dit laatste is, even als de bevoegdheid om zich zelve te betalen krachtens het beding van Art. 1223 B. W., een verkregen regt voor den executerenden crediteur. Nu

¹⁾ Ontwikkeling van het Recht betrekkelijk de kantongerechten, pag. 246 en 247.

²⁾ ad. Art. 858 W. v. K.

is het wel denkbaar, dat men buiten de gewone formaliteiten, waarop reeds Art. 1223 B. W. verwijst, in Art. 858 alin 2 eveneens noodig verklaard, de beteekening aan de curators, als nieuwe formaliteit, voorschrijft, maar niet, dat men het eens verkregen regt den crediteur die verkoopt ontnemen wil. Veeleer is het aannemelijk, dat men korthedshalve naar Art. 1255 B. W. verwezen heeft, altijd onder dien verstande, als in cas van eigen magtiging, Art. 1223 B. W., het eerstgenoemd Art. wil toegepast zien.

In de Artt. 870 en 880 W. v. K. geschiedt de verwijzing naar het burgerlijk regt ten eenenmale noodeloos. Zij is daar moeilijk anders dan uit te ver gedreven voorzorg des wetgevers te verklaren.

Gelijke voorzigtigheid betoont deze in de bepaling van Art. 885 alin. 2, die trouwens in beginsel reeds is vervat in het voorschrift van Art. 786 W. v. K. Hier bestaat echter eene aanvulling van het burgerlijk regt, in zooverre als in dit laatste, (Art. 1820 B. W.) alleen de algemeene verpligting voor den boedel wordt uitgesproken, om aan den rentheffer het genot der gereduceerde rente te verzekeren, en hier dit nieuwe voorschrift wordt gegeven, dat daartoe de gewenschte voorzieningen moeten getroffen worden. De eenvoudige en logische volgorde van gedachten brengt wel reeds hiertoe. Het kon echter geen kwaad, dat het uitdrukkelijk in de wet gezegd werd; superfluum non nocet.

Uit deze oppervlakkige beschouwing van de verschillende

plaatsen, waarin van de toepasselijkheid van het burgerlijk regt gewag wordt gemaakt blijkt dus, dat zij moeten worden aangemerkt als zoovele bevestigingen van den algemeenen regel, vervat in Art. 1 W. v. K., en dat zij tevens dienen om aan te toonen, dat het den wetgever met zijn voorschrift, in dat laatste Art. vervat, in hooge mate ernst geweest is.

Eene merkbare afwijking van het burgerlijk regt bestaat er met betrekking tot de bewijsvoering in handelszaken. Het is bekend, dat het bewijs door getuigen in civilibus van oudsher eene groote rol heeft gespeeld. Verschillende oorzaken, vooral de mindere ontwikkeling van het volk en de niet zeer algemeene bekendheid met het schrift, werkten daartoe mede. Aan dat middel kleefden echter eigenaardige gebreken, en het spreekwoord, *qui mieux abreuve, mieux preuve*, ons medegedeeld door een der schrijvers over het costumierregt, Loisel, had daaraan zijn ontstaan te danken. Het blijkt echter niet, dat de overtuiging van de omkoopbaarheid der getuigen tot de invoering van het schriftelijk bewijs zou hebben geleid. Veeleer mag men de meer algemeene invoering daarvan als een gevolg beschouwen van het misbruik, dat er bij de procedure, door telkens herhaald aanbod van incidentele bewijsvoering, gemaakt werd, iets waardoor de twistgedingen in het oneindige werden gerekt. Dit schijnt te blijken uit de bekende Ordonnance de Moulins van 1566: „Pour obvier à la multiplication des faits, que l'on a vu ci-devant

être mis en jugement, sujets à preuve de témoins et reproches d'iceux, dont adviennent plusieurs inconvénients et involutions de procès." Dientengevolge werd in Art. 54 dier Ordonnantie voorgeschreven, dat er een geschrift moest worden opgemaakt ten bewijze van elke overeenkomst de som of waarde van 100 livres te bovengaande. Eene diergelijke bepaling komt voor in Art. XX der ordonnatie van 1662, die van daar haren weg vond tot den Code Napoleon.

Het burgerlijk regt had derhalve sinds dien tijd het bewijs bij geschrifte als regel aangenomen. Anders echter was het in het handelsregt. Wel is waar had de straks vermelde Ordonnantie van Moulins geene uitzondering gemaakt ten behoeve van den handel, doch bij gebreke van een wettelijk voorschrift, dat het getuigen bewijs veroorloofde, achtten de Tribunaux consulaires het verbod niet voor de zaken tot hunne competentie behoorende geschreven, en gingen zij voort met in materie van koophandel voor elke som het getuigen bewijs toe te laten. Dien toestand van zaken vond en bekrachtigde de Ordonnantie van 1667 in Art. 2 die op het algemeene voorschrift van schriftelijk bewijs volgen liet: „Sans toutefois rien innover pour ce regard en ce qui s'observe en la justice des juges et consuls des marchands." Wederom volgde de C. Civil dit voorbeeld door, in Art. 1341 te bepalen: „Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce. In den C. de Comm. werd daarop opgenomen het voorschrift van Art.

109: „Les achats et ventes se constatent par la preuve testimoniale dans les cas ou le tribunal croira devoir l'admettre.” De Fransche jurisprudentie heeft aan de woorden: les achats et ventes, alles behalve eene beperkende uitlegging gegeven. En inderdaad, de aard van den handel wettigt hier eene ruime opvatting.

De koopman is in de meeste gevallen afkeerig van schrifturen, of althans de wijze, waarop hij zijne handelsverbindtenissen aangaat, belet hem die bij geschrifte te constateren, of de omstandigheden, waaronder zij gesloten worden, naauwkeurig op te teekenen. De snelheid zijner operatiën zou daardoor benadeeld worden, en dikwijls gelooft hij dat zelfs zijn persoonlijk crediet er onder lijden zou. Bewijsvoering door getuigen is hier dus werkelijk een onmisbaar vereischte. Op het voetspoor der Fransche wet heeft ook ons Burgerlijk Wetboek dit erkend in Art 1935 B. W., waarvan ons Art. 1 alinea 2 de toepassing beveelt. Als bewijsmiddelen in handelszaken laat die alinea toe:

a. alle eigenlijke handels bewijsmiddelen, door prof. Holtius ¹⁾ tot zes klassen gebragt.

1 Koopmansboeken, Art. 10.

2. De makelaars-boeken en nota's, Art. 68.

3. De cognoscementen, Art. 512.

4. De monsterrol, Art. 496.

5. De facturen, Art. 729.

¹⁾ t. a. p. 49.

6. De scheepsverklaring Art. 379.

3. alle burgerlijke bewijsmiddelen,

1. schriftelijk bewijs,

2. vermoedens,

3. bekentenis,

4. de geregtelijke eed.

Daarbij bepaalt zij eindelijk ten aanzien van het getuigenbewijs, dat dit, onverschillig van welken aard of bedrag het onderwerp zijn mag, toegelaten wordt, zoo niet bij het handelswetboek een speciaal bewijsmiddel, met uitsluiting van elk ander, is voorgeschreven. Waar derhalve door verschillende bewijsmiddelen, b. v. door bekentenis of decisoiren eed, eene overeenkomst kan worden geconstateerd, moet ook het getuigenbewijs ontvankelijk zijn. Blijkt het echter duidelijk uit de wet, dat zij een contract aan een specialen vorm wil gebonden hebben, dan zijn alle andere bewijsmiddelen, en daarmede ook het getuigenbewijs, uitgesloten. Wanneer ons Wetboek van koophandel, zooals bij vennootschap, vrachtbrieven, wissels, chertepartijen, cognoscementen, polissen en bodemerijbrieven, schriftelijke acten vordert, heeft men dus bij de interpretatie dier voorschriften de keuze tusschen twee stelsels. Het eene is dit, dat men dien schriftelijken vorm, ten gevolge van den nitdrukkelijken wil des wetgevers, beschouwt als te behooren tot het wezen van het contract, en dus solemnitatis causa voorgeschreven. Dan volgt daaruit, dat, bij gebreke van dien schriftelijken vorm, én de bewijsvoering door getuigen

én die door eenig ander bewijsmiddel uitgesloten is. Het andere stelsel daarentegen ziet in den schriftelijken vorm slechts het middel, dat de wetgever bij voorkeur wil aangewend hebben (*probationis causa*), doch niet zoo, dat de overeenkomst, bij ontstentenis daarvan, nietig zou zijn. In dit geval kunnen er ook andere bewijsmiddelen geleverd worden, en is er dus geen bepaald middel bij uitsluiting voorgeschreven, zoodat het getuigenbewijs dan wederom zijn plaats onder de overige bewijsmiddelen herneemt. De bedoeling onzer alinea schijnt mij deze te zijn: óf alleen schrift en niets anders, óf andere bewijsmiddelen en dan ook getuigenbewijs, onafhankelijk van het bedrag. Deze interpretatie van onze alinea zet ik voorop, omdat zij mij rijk toeschijnt in gevolgen. Zij wordt niet gedeeld, naar het schijnt door Holtius ¹⁾, die, sprekende van de contracten waarbij onze wet schrift eischt, zich aldus uitlaat: „Schoon de wet den inhoud van zoodanige acten, en zelfs somtijds den vorm voorschrijft, is daarmede niet gezegd, dat andere bewijsmiddelen zijn uitgesloten: b. v. brieven en registers, maar wel dat uitgesloten is het getuigenis.” Tot zoodanige uitspraak vind ik in ons Artikel geen grond: wanneer niet gezegd is dat andere bewijsmiddelen zijn uitgesloten, dan is niet voldaan aan de voorwaarde, waaronder enkel en alleen het getuigenbewijs niet ontvankelijk is. Zoodra die andere bewijsmiddelen opgaan,

¹⁾ t. a. p. p. 49.

is er geen bepaald middel bij uitsluiting voorgeschreven en dat wil de wet; wanneer het getuigenbewijs niet toegelaten zal zijn. De splitsing, door Holtius ten nadeele van het getuigenbewijs gemaakt, schijnt mij in te druischen tegen de vrijzinnige bedoeling des wetgevers, die alleen dan het bewijs door getuigen verbood, als hij, om welke reden dan ook, het contract of zijn regtsgevolg aan den schriftelijken vorm bond, maar, in elk ander geval zoo ruim mogelijk toeliet.

Ik wensch dit beginsel toe te passen op enkele voorschriften der handelswet, die, naar het mij voorkomt, door sommige schrijvers te eenzijdig zijn opgevat. Volgens Art. 22 W. v. K., moet de vennootschap onder eene firma worden aangegaan bij acte. Behoort deze acte zoozeer tot de essentialia der handelsvennootschap, dat haar gemis door den eenen vennoot aan den anderen kan worden tegengeworpen, om zich van het naleven der bedingen van de maatschap te ontdoen? Of kan de eene vennoot het bestaan der vennootschap door andere middelen, tegenover den anderen bewijzen? de Pinto, ¹⁾ hoezeer toegeevende, dat ingeval zoodanige bevoegdheid aan den eenen vennoot tegenover den anderen moest worden ontzegd, dit tot eene turpitudinis allegatio leiden zou, beweert desniettemin, dat het bewijs door getuigen in zoodanig geval niet kan worden toegelaten. Zoo ik de bedoeling van dezen schrijver wel begrijp, zal de eene

¹⁾ Hdl. ad Art.

vennoot tegen den ander door alle middelen regtens, behalve door getuigenbewijs, het bestaan der vennootschap kunnen bewijzen. Tot zoodanige stelling zie ik echter in de wet geen grond. Wel zegt Art. 22 W. v. K.: de vennootschappen *moeten* enz., en zou men daaruit kunnen affciden, dat er vóór de acte geen vennootschap is, maar dit zou dunkt mij consequent moeten leiden tot de gevolgtrekking, dat, bij ontstentenis van acte, *geen bewijsmiddel* van den eenen vennoot tegen den ander kan worden toegelaten. Beschouwt men die woorden, met Holtius ¹⁾, minder streng, en als alleen in het belang van derden geschreven, dan zie ik niet, waarom juist het getuigenbewijs alleen daardoor getroffen zou worden. Immers is dan het bewijsmiddel bij geschrifte, niet zoo als ons Art. 1 dat wil, „bij uitsluiting” voorgeschreven, en het bewijs door getuigen ontvankelijk. In dier-voege werd het ook onder het Fransche regt begrepen, niettegenstaande in Art. 42 C. de C. de woorden voorkwamen: „Ces formalités (die bedoeld bij Art. 29 W. v. K.) seront observés à peine de nullité à l'égard des intéressés.” Men leidde hieruit af, dat tegenover derden het bestaan der vennootschap alleen door eene acte kan worden bewezen, maar dat die derden zelve zich tegenover de vennoten van alle andere bewijsmiddelen bedienen mogten, ²⁾ terwijl ook de vennoten onderling evenzeer

¹⁾ l. a. p. ad Art.

²⁾ In Art. 22 W. v. K. wordt dit thans uitdrukkelijk gezegd.

door alle middelen regtens, met inbegrip van het getuigenbewijs het bestaan der zoogenaamde „société de fait” konden staven. ¹⁾

Evenzeer geeft ons Art. 22 W. v. K. geen afdoend antwoord op de vraag, of de vennooten onderling tegen of boven den inhoud der acte eene vordering door getuigen bewijzen kunnen. De Pinto ²⁾ beweert, dat Art. 1935 B. W. hier niet kan worden ingeroepen, omdat het bewijs door getuigen geheel is uitgesloten. Ik meen echter reeds te hebben aangetoond, dat, daar waar sprake is van de vennooten onderling, het bewijs dezer stelling niet is geleverd.

Het gevoelen van de Pinto schijnt ook dat te zijn van Asser c. s. ³⁾, die, sprekende over het bevestigend antwoord der regering op de vraag, of het Fransche Art. 41 C. de C. ook ten onzent van kracht is, beweren, dat dit antwoord met Art. 1935 B. W. alleen overeen te brengen is, als men aanneemt, dat getuigenbewijs in het algemeen uitgesloten is. Ik meen hier te moeten lezen: „elk ander dan schriftelijk bewijs in het algemeen uitgesloten is;” alleen in dat geval immers laat Art. 1 het getuigenbewijs niet toe, vervalt dus het beroep op de bepaling van Art. 1935 B. W., en treedt het voorschrift van Art. 1934 B. W. in volle kracht. Zoodanige alge-

¹⁾ v. g. Troplong, Contrat de société No. 227.

²⁾ t. a. p. ad art.

³⁾ ad Art.

meene nitsluiting van ander dan schriftelijk bewijs vindt de Pinto echter zelfs niet in Art. 22 W. v. K., als er sprake is van bewijsvoering door den eenen vennoot tegen den anderen, maar dan moet zijne gunstige exceptie ook het bewijs door getuigen omvatten, en is het beroep op Art. 1935 W. v. K. volkomen geoorloofd.

Volgens Art. 114 W. v. K., geldt belofte van acceptatie niet als acceptatie, (dat wil zeggen, daaruit ontstaat geene wisselactie noch wisselrechtelijke verbindtenis) doch geeft zij alleen aan den trekker eene actie tot schadevergoeding, die door de wet wordt gelimiteerd. De belofte echter zal door getuigenbewijs kunnen worden geconstateerd, omdat de wet daarvoor geen afzonderlijk bewijsmiddel voorschrijft. Hetzelfde geldt voor het bestaan van het wisselcontract zelf, d. i. voor het bestaan der verbindtenis, waardoor iemand zich verplicht, zeker fonds, dat hij onder zich heeft, te doen strekken tot dekking van een op hem getrokken wissel, arg^o. Art. 109 W. v. K. Het bewijs van het regt van den gene, die de betaling van eene vermisten wisselbrief vraagt, kon, naar de bepaling van Art. 152 C. de C., niet anders geleverd worden dan door de boeken. Bij de Fransche schrijvers ¹⁾ was het betwist, of ook de correspondentie mogt worden geraadpleegt. Deze vraag had vooral haar nut, wanneer een niet-koopman als houder optrad. Bij ons zal men, op grond van de algemeenheid

¹⁾ v. g. Pardessus N^o. 410.

der wet, het getuigenbewijs in het algemeen moeten toelaten.

Volgens Art. 258 W. v. K., is het getuigenbewijs bij verzekering alleen toegelaten, als er begin van bewijs bij geschrifte bestaat. Ik zou hieruit meenen te mogen afleiden, dat wanneer geen begin van bewijs bij geschrifte bestaat, alle andere bewijsmiddelen, dus ook de eed, zijn uitgesloten. De regel, *manifestae turpitudinis est nec jurare nec jusjurandum referre*, stuit hier af op den wil des wetgevers, die hier bewijsmiddelen bij uitsluiting heeft genoemd.

Het uitsluitend schriftelijk bewijs is voorgeschreven in Art. 309, houdende dat de levering van zeeschepen geschiedt door de overschrijving der acte. In den Franschen Code de Comm., Art. 195, was bepaald, dat de verkoop van een schip niet anders dan bij acte kon geschieden. Ons Art. zegt dit niet zoo uitdrukkelijk, doch het volgt toch uit zijne bewoordingen: de acte moet worden overgeschreven. Een ander bewijsmiddel waardoor van den verkoop zou blijken, is derhalve niet ontvankelijk ¹⁾. Het is eene andere vraag, of door Art. 309 W. v. K. eene uitzondering wordt gemaakt op den regel van Art. 667 B. W., in dien zin, dat door overschrijving alleen, zonder feitelijke in bezitstelling, de eigendom overgaat. Met de Pinto ²⁾ zoude ik die vraag bevesti-

¹⁾ vg. Pardessus N^o. 607.

²⁾ HdL. ad art.

gend willen beantwoorden, op grond dat de wet, door de levering van zeeschepen te regelen, op de wijze voor onroerende zaken bepaald, niet kan hebben gewild, dat de wijze van levering der roerende zaken nog bovendien daarop toepasselijk zou zijn. Wanneer geleverd wordt op de wijze als hier wordt vastgesteld, is daardoor het verkochte goed in de magt en het bezit van den koper overgedragen, want in Art. 1511 B. W. gevorderd wordt. Art. 454 W. v. K., bepalende dat het contract van bevrachting schriftelijk moet worden gemaakt, levert een ander voorbeeld van uitsluitend voorgeschreven bewijsvoering. Onder den Franschen Code werd de vraag behandeld, in hoeverre partijen, ook bij ontstentenis van eene eigenlijke acte, door papieren, brieven enz. het bestaan van het contract van bevrachting konden bewijzen ¹⁾. Bij ons blijft, volgens de Pinto, die vraag bestaan, doch ik zou meenen, dat ons Art., door het schriftelijk contract te eischen (*moet* worden opgemaakt), elk ander bewijsmiddel, met inbegrip van het getuigenbewijs, uitsluit. De Pinto ²⁾ beweert het tegendeel, op grond der algemeene regtsbeginselen en van de woorden der wet, die niet zegt: de overeenkomst is slechts van waarde indien, enz., zoo als in Art. 1888 B. W. het geval is. Wat het eerste betreft, schijnt het beroep op de algemeene regtsbeginselen te veel, en dus niets, te bewijzen. Daaruit im-

¹⁾ vg. Pardessus N^o. 108.

²⁾ Hdl. ad art.

mers zou volgen, dat eigenlijk geene enkele overeenkomst op straffe van nietigheid bij geschrifte zou behooren te worden opgemaakt. Dit nu strijdt met Art. 1888 B. W. zelf, ingevolge hetwelk de consensus tot dading wel aanwezig zijn kan, doch haar effect niet erkend wordt, tenzij van schriftuur blijke. Art. 1 alinea 2 spreekt nu juist van die voorschriften, waarin een bepaald middel van bewijs bij uitsluiting gevorderd wordt, en laat zich dus met het bestaan van de overeenkomst niet in, maar alleen met haar rechtsgevolg, dat zonder de schriftelijke acte niet aanwezig is. Of dit uitgedrukt wordt door het woord *moet*, dan wel door de woorden: is slechts van waarde, enz. schijnt mij minder beslissend.

Art. 507 W. v. K., voorschrijvende wat het cognossement moet bevatten, geeft aanleiding tot de vraag, of de uitgifte der goederen aan den schipper op geen andere wijze kan worden bewezen, dan door diens schriftelijke erkentenis, opgenomen in het cognossement. Ik zou hier ook andere bewijsmiddelen toelaten, omdat de wet, wel is waar, in het geval dat het cognossement wordt opgemaakt, den inhoud daarvan regelt, doch nergens voorschrijft, dat het schriftelijk *moet* opgemaakt worden. Er is dus hier geen bewijsmiddel bij uitsluiting voorgeschreven, en derhalve zal het getuigenbewijs moeten toegelaten worden. Holtius ¹⁾ zegt te regt: „het dient als bewijsmiddel van de aanvankelijk uitgevoerde

¹⁾ t. a. p. ad art.

„bevrachting en van het regt om de uitgedrukte vracht
„te vorderen.” Andere bewijsmiddelen kunnen echter
daarbij tevens in aanmerking komen.

Art. 570 bepaalt, dat het bodemerij-contract schriftelijk moet worden opgemaakt. Wederom hebben wij dus hier uitsluiting van elk ander bewijsmiddel. In Art. 572 W. v. K. zegt onze wet dit uitdrukkelijk. ¹⁾

Ten slotte verwijs ik nog naar de bepaling van Art. 880 W. v. K., die mij evenzeer schijnt mede te brengen, dat geen ander dan schriftelijk bewijs, op den voet als bij Art. 208 B. W. is bepaald, kan worden toegelaten.

Ons Art. 1 is, wat de redactie betreft, niet overeenkomstig het Fransche Art. 109 C. de C., waarin de woorden: „dans les cas ou le tribunal croira devoir l'admettre” voorkomen. De bedoeling dezer woorden schijnt te zijn, dat aan den regter volkomen vrijheid wordt gelaten om het getuigenbewijs al dan niet toe te laten ²⁾, (pouvoir discrétionnaire). Zoo wordt het Artikel begrepen door Lipman ³⁾ die er bij voegt, dat, naar het Nederlandsche Handelsregt, het getuigenbewijs alleen daar is uitgesloten, waar de wet een bepaald middel van bewijs bij uitsluiting voorschrijft. Holtius ⁴⁾ zegt zich hiermede niet te kunnen vereenigen, en schijnt dus aan te nemen, dat, naar

¹⁾ volgens de Pinto, ad art.

²⁾ v. g. Delamarre et Lepoitvin I N^o. 291.

³⁾ t. a. p. p. 4.

⁴⁾ t. a. p. I., 50.

ons regt, gelijke vrijheid aan den regter gelaten is. Hij wijst er op, dat „het vreemd zou zijn, den regter in handelszaken minder vrijheid te laten, om naar gelang der omstandigheden te handelen, dan in civilibus.” Die vrijheid echter bestaat in civilibus evenmin, (Art. 103, 199 B. R.) wanneer het getuigenbewijs door de wet niet verboden is. In de waardering der afgelegde getuigenissen zal de regter in handelszaken even vrij zijn als in burgerlijke (v. g. Art. 1945 B. W.).



THESES.

I.

Irregulare quod dicitur depositum, jure Romano a com-
modato non longe distat.

II.

Ratio L. 38. D. de Servit. præd. urb. (VIII. 2.) ex
Cicerone de Oratore I. 38 repetenda est.

III.

De bepaling van Art. 3 Alg. Bep., behoorde tot het
Burgerlijk Regt, in specie beperkt te zijn.

IV.

In Art. 1609 B. W. moeten de woorden „in het be-
zit” opgevat worden alsof er stond „in het genot.”

V.

Art. 286 W. v. K. bevat eene uitzondering op Art. 4 N^o. 10 W. v. K.

VI.

Ten onregte is in Art. 329 B. R. de prorogatie van rechtspraak beperkt tot de voor hooger beroep aan het Provinciaal Gerechtshof vatbare geschillen.

VII.

Art. 431 B. R. verhindert niet, dat de Curator van een gefailleerde, door eenen vreemden Regter aangesteld, in Nederland als zoodanig erkend worde.

VIII.

De uitoefening van het regt door Art. 337 alin. 2. C. P. den man gegeven, belet niet dat deze op grond van overspel echtscheiding vordere.

IX.

Uit Art. 22 strafvordering, in verband met 166 B. W. volgt dat de getrouwde vrouw den bijstand van haren man behoeft om eene klagt wegens laster te doen.

X.

De uitsluitende uitoefening van handelsbeleening op roerende voorwerpen door een particulier of eene bank valt niet onder het bereik van Art. 411 C. P.

XI.

Het regt van blokkade behoorde door een gemeenschappelijk besluit der zeemogendheden opgeheven te worden.

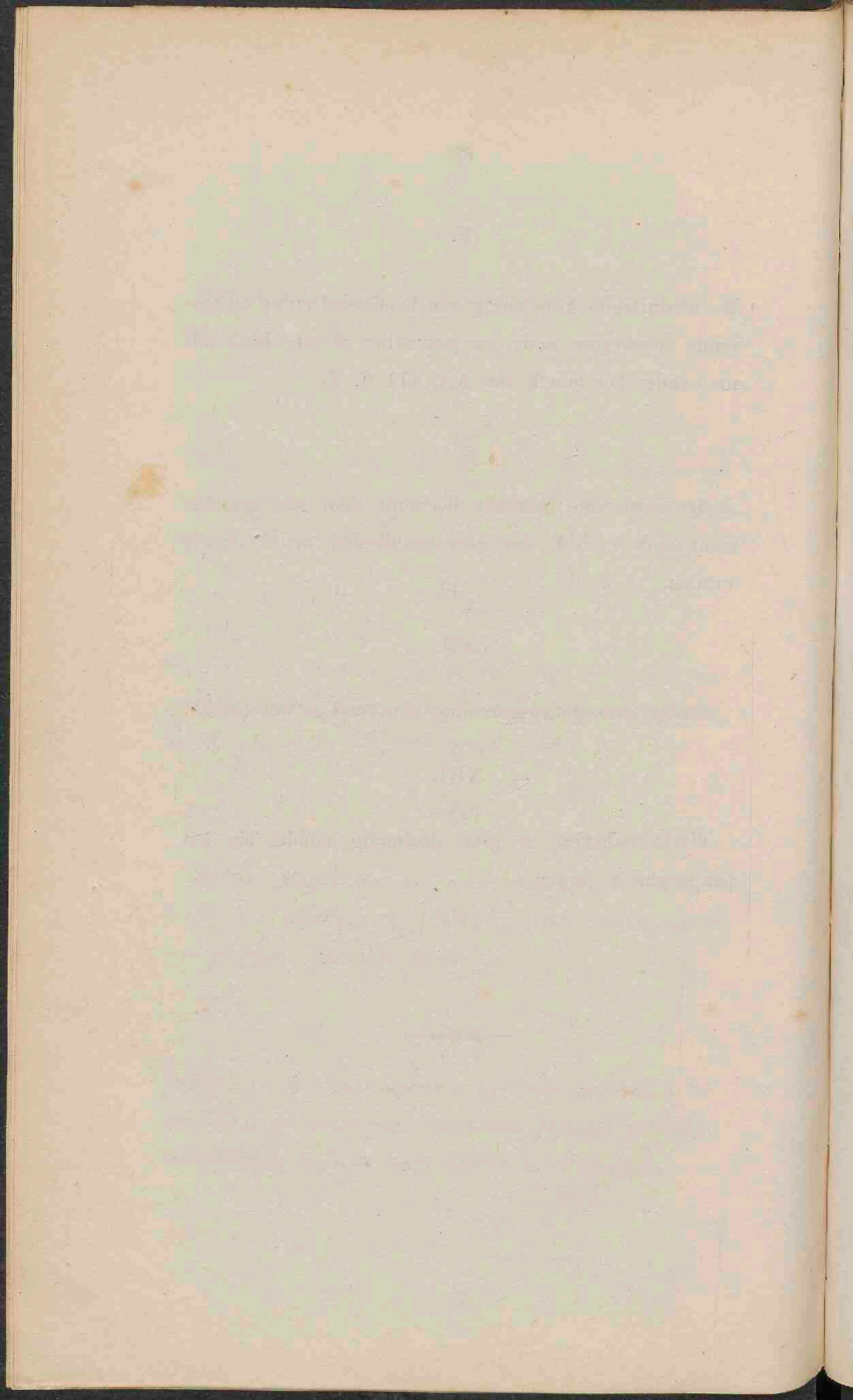
XII.

Aanleg van spoorwegen door den staat is wenschelijk.

XIII.

Werkverschaffing is geen doelmatig middel om het pauperisme te weren.





OVER

VERBINDTENIS MET TIJDSBEPALING.

