GEWOONTE EN HANDELSRECHT IN DE NEGENTIENDE EEUW: ENKELE OPMERKINGEN OVER ARTIKEL 3 WET AB

"Tegenover de 'Aufgabe' van Ihering 'Durch das Römische Recht, aber über dasselbe hinaus', zou ik mij tot leuze wenschen te stellen: 'door handelsrecht en gewoonte tot een eigen zelfstandig Privaatrecht'."[1]

1. *Inleiding*

'In den aanvang van zoowel het eerste als het derde deel van dit handboek is gewezen op de scheiding tusschen burgerlijk recht en handelsrecht; deze scheiding is louter historisch te verklaren en vindt in den inhoud dezer rechten geen rechtvaardiging', aldus H.J. Scheltema in 1945 in de eerste druk van zijn *Verzekeringsrecht*[2]. Het inzicht dat de scheiding tussen handelsrecht en burgerlijk recht voornamelijk historisch verklaard moet worden dateert pas van het einde van de negentiende eeuw. Voor menig jurist uit de tweede helft van de negentiende eeuw is het de vraag geweest of deze scheiding ook juridisch te rechtvaardigen was. Was het handelsrecht niet meer dan 'burgerlijk recht voor kooplieden' of vormde het een min of meer autonoom deel van het privaatrecht? In de discussie over deze vraag is, in het bijzonder door degenen die een eigen plaats voor het handelsrecht claimden, regelmatig aandacht besteed aan de rol die gewoonte en gewoonterecht in het handelsrecht speelden. Hierbij ging het onder andere om de betekenis die moest worden toegekend aan artikel 3 van de Wet houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het Koningrijk (Wet AB):

---

1. J.P. Moltzer, *Door het recht tot den regel*, inaugurele rede U.v.A. 1881, Amsterdam 1881, p. 42.
2. H.J. Scheltema, *Verzekeringsrecht* IV, 1ste stuk, van M. Polak, *Handboek voor het Nederlandsche handels- en faillissementsrecht*, Groningen - Batavia 1945, p. 2. De verwijzingen van Scheltema naar het eerste en derde deel van het hier genoemde handboek betreffen: M. Polak, *Handboek* I, 5e druk, Groningen-Batavia 1935, p. 1-17, en: F.G. Scheltema, *Wissel- en chèquerecht* III, 1ste stuk, 3e druk, van M. Polak, *Handboek*, Groningen-Batavia 1935, p. 22-24.

online publication GROM X (1993)

'Gewoonte geeft geen regt, dan alleen wanneer de Wet daarop verwijst'[3].

Om de rol van de gewoonte in het negentiende-eeuwse handelsrecht te onderzoeken zal ik eerst ingaan op de totstandkoming van de Wet AB en de herkomst van artikel 3, en vervolgens op respectievelijk de interpretatie van artikel 3 Wet AB in het algemeen, in het burgerlijk recht en in het handelsrecht[4].

2. *De totstandkoming van de Wet AB en de herkomst van artikel 3*

Om te kunnen bepalen of, en zo ja in hoeverre, artikel 3 Wet AB op het handelsrecht betrekking heeft gehad, is het nuttig na te gaan wat de bedoeling van het artikel is geweest. Daartoe zal ik kort de achtergrond van de Wet AB en de herkomst van artikel 3 schetsen.

Nadat de Fransen in 1813 waren vertrokken, heeft Nederland geprobeerd een 'nationale' codificatie tot stand te brengen. De wetboeken die als resultaat van de daarop volgende inspanningen in 1838 zijn ingevoerd leunen zowel qua verdeling van de stof over de wetboeken als qua inhoud sterk op de Franse voorbeelden. Zo is de Wet AB naar het voorbeeld van de Franse Titre préliminaire gemaakt, zij het dat de Titre préliminaire als inleidende titel deel uitmaakt van de Code civil terwijl de Wet AB een aparte wet is geworden. Oorspronkelijk, in 1822, was het wel de bedoeling van de wetgever om de Wet AB voorin het Burgerlijk Wetboek te plaatsen. In 1829 kwam de wetgever echter tot de conclusie dat hetgeen in de Wet AB was geregeld niet alleen op het BW maar op de gehele Nederlandse wetgeving betrekking had en dat het daarom beter buiten het BW kon worden gehouden en in een aparte wet diende te worden neergelegd. Dit is de wet van 15 mei 1829 (*Stb.* no. 28) geworden.

Precies één dag later werd in het *Staatsblad* de zogenaamde Afschaffingswet

---

3. Artikel 3 Wet AB is met de inwerkingtreding van het nieuwe vermogensrecht per 1 januari 1992 afgeschaft (*Stb.* 1989, 616).

4. De aanleiding voor het onderzoek dat aan dit artikel ten grondslag ligt, wordt gevormd door de opmerkingen die T.J. Veen maakt in de inleiding op: T.J. Veen en P.C. Kop, m.m.v. C.H.N. Kwanten, *Zestig juristen. Bijdragen tot een beeld van de geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap*, Zwolle 1987, p. 1-90, in het bijzonder p. 67. In dit boek zijn tevens gegevens te vinden (hetzij in een aparte biografie, hetzij in de inleiding) over alle juristen die in dit artikel genoemd worden. Een andere bron met veel informatie over de juristen die in dit artikel ter sprake komen is: A. van Oven, *Geschiedenis van de wetenschap van het handelsrecht in Nederland in de 19e eeuw*, Amsterdam 1968.

gepubliceerd[5]. In deze wet werd voor elk nieuw in te voeren wetboek afzonderlijk bepaald dat op de dag van de invoering ervan het oude wetboek was afgeschaft. Het merkwaardige is dat alleen met betrekking tot het Burgerlijk Wetboek het volgende werd bepaald (artikel 1):

> '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.'

Men zou dus kunnen concluderen dat met betrekking tot alle andere wetboeken, waaronder het Wetboek van Koophandel genoemd in artikel 3, de algemene en plaatselijke gebruiken die op het moment van invoering van de wetboeken bestonden, van kracht bleven, althans voorzover ze niet in strijd waren met het nieuwe wetboek, en wel *ongeacht* of de wet er naar verwijst. Dit lijkt in tegenspraak met het één dag eerder vastgestelde artikel 3 Wet AB. De doctrine heeft zich over dit punt echter niet het hoofd gebroken en ook de rechtspraak is eraan voorbij gegaan. Alleen G. Diephuis (1817-1892) en A. de Pinto (1811-1878)[6] meenden dat er op dit punt tussen artikel 1 Afschaffingswet en artikel 3 Wet AB een tegenstrijdigheid bestond. Diephuis interpreteerde, in een voordracht in 1855, artikel 1 Afschaffingswet niet zo dat de gewoonte voor de andere delen van het recht dan het burgerlijk recht, nog als rechtsbron zou kunnen functioneren, integendeel. Na een lang betoog kwam hij tot de conclusie 'dat gewoonte bij ons in het geheel geene regtsbron meer is, ook niet in de gevallen wanneer de wet daarop verwijst. Art. 3 Alg. Bep. zegt dan ook niet, dat de gewoonte in die gevallen als wet of als regt geldt, maar alleen dat zij regt geeft'[7]. Haar verbindende kracht ontleent de gewoonte aan de *wet*.

In tegenstelling tot Diephuis concludeert De Pinto dat het verschil dat in de Afschaffingswet wordt gemaakt tussen handelsrecht en burgerlijk recht een uiting is van de overtuiging dat hier sprake is van twee in wezen verschillende rechtsgebieden. De kern van het verschil betreft volgens hem de behoefte van de handel aan de gewoonte als rechtsbron. De wetgever heeft dit inzicht volgens De Pinto

---

5. Wet van 16 mei 1829, *Stb.* 33, omtrent de afschaffing der nog in werking zijnde Wetboeken, op het tijdstip der invoering van de nationale Wetboeken.

6. Zie over A. de Pinto: *Nieuw Nederlandsch Biografisch Woordenboek* (*NNBW*) VI, Leiden 1924, kolom 1122/1123, en A. van Oven, *Geschiedenis*, p. 32-35.

7. G. Diephuis, 'Geldt gewoonte bij ons nog als regtsbron voor het burgerlijk regt?' in: *Opmerkingen en Mededeelingen betreffende het Nederlandsche Regt*, 11 (1855), p. 241-267, citaat op p. 262; oorspronkelijk was het een voordracht voor het (Groninger) Genootschap Pro Excolendo Iure Patrio. Zie verder over Diephuis § 3.

in de Afschaffingswet tot uitdrukking gebracht. De Pinto beschouwt de Afschaffingswet als een verwijzing die valt onder de uitzondering 'tenzij de wet daarop verwijst' uit artikel 3 Wet AB[8].

Een verschil tussen de Titre préliminaire en de Wet AB is dat de Titre préliminaire geen met artikel 3 Wet AB vergelijkbare bepaling kent. Voor het onderzoek naar de herkomst van artikel 3 Wet AB brengt een vergelijking met het Franse recht dus geen uitkomst. Als artikel 3 Wet AB niet aan het Franse recht is ontleend, waar heeft het zijn bestaan dan wel aan te danken? In het ontwerp-BW van 1804 (het 'Ontwerp Cras') komt in het eerste artikel van het zesde hoofdstuk van de 'Inleiding van het recht in het algemeen' de volgende bepaling voor:

> 'Die burgerwetten, welke door het gebruik en den stilzwijgenden wil van den wetgever zijn ingevoerd, worden herkomsten, gewoonten, gebruiken, en ook costuimen genaamd'[9].

In de commissie Cras gaf deze bepaling kennelijk geen aanleiding tot het maken van schriftelijke opmerkingen. In de ontwerpen van 1816 en 1820 (onder leiding van Kemper tot stand gekomen) is voor een geheel andere verhouding tussen wet en gewoonte gekozen. Terwijl Cras aan de gewoonte rechtscheppende kracht toekende, wilde Kemper juist voorkomen dat de gewoonte die kracht zou hebben. In de ontwerpen 1816 en 1820 zijn voor het eerst de elementen van het latere artikel 3 Wet AB herkenbaar. Artikel 5 van het ontwerp 1820 luidde:

> 'Gewoonte geeft geen regt, dan alleen wanneer de wet omtrent eenig onderwerp op gewoonte verwijst'[10].

---

8. A. de Pinto, 'Iets over gewoonte-regt', in: *Themis*, 2e verzameling, 10 (1863), p. 360-373, in het bijzonder 367/368.

9. Geciteerd uit *Bronnen van de Nederlandse Codificatie sinds 1798 I. Stukken van algemene aard, de gedrukte ontwerpen van 1804 en hun voorgeschiedenis*, verzameld door H. Aa, uitgegeven door J.Th. de Smidt en A.H. Huussen jr., Utrecht 1968, p. 327. Zie ook J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken, volgens de beraadslagingen deswege gehouden bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal* I, 2e stuk, Utrecht 1838, p. 332.

10. *Ontwerp van het Burgerlijk Wetboek voor het Koningrijk der Nederlanden aan de Staten-Generaal aangeboden den 22sten november 1820*, 2e uitgave, met een voorrede van J. de Bosch Kemper, Leiden 1864, p. 2. Artikel 6 van het ontwerp 1816 luidde: 'Ook langdurige gewoonte geeft regt, doch alleen, wanneer de wet omtrent eenig onderwerp in geschil op gewoonte verwijst, en altijd behoudens de bepalingen, in de volgende artikelen

Dit artikel heeft (gelijk het gehele ontwerp) in 1821 in het parlement tot flinke discussie geleid die zich toespitste op de vraag of het in de wet moest worden opgenomen. Over het principe dat aan het artikel ten grondslag lag, waren allen het wel eens. Aan de ene kant stonden de tegenstanders van invoering, waaronder Nicolaï, afgevaardigde van Luik. Hij was van mening dat de Grondwet de voorwaarden bepaalt die voor het bestaan van een wet vervuld moeten worden. 'Het noodwendig gevolg daarvan *moet* zijn, dat gewoonte geen regt kan vestigen, en wanneer dit waar is, is zelfs art. 5 onnoodig, want om te zeggen dat gewoonte regt maakt, wanneer de Wet daarop verwijst, is toch zeker wel geen opzettelijk artikel noodig', aldus Nicolaï[11]. Aan Reyphins, afgevaardigde van West-Vlaanderen, komt alle vermelding van het gezag van de gewoonte 'gevaarlijk voor'. Ook hij is daarom tegen invoering van het voorgestelde artikel 5. Hij is zelfs van mening dat de verwijzingen naar gewoonte of gebruik in het Burgerlijk Wetboek vervangen zouden moeten worden door wettelijke bepalingen[12].

De voorstanders, waaronder Kemper zelf natuurlijk, zagen in artikel 5 echter de noodzakelijke uitdrukking van het beginsel dat gewoonten en gebruiken geen recht geven tenzij een wettelijke bepaling er nadrukkelijk naar verwijst. Uit vrees voor de voortzetting van de tot dan gebruikelijke redenering dat de wetgever die niet ingrijpt bij het ontstaan van gewoonterecht, geacht wordt stilzwijgend er in toe te stemmen achtten zij het artikel onmisbaar[13]. Daar wilde Kemper, afgevaardigde van Holland, met artikel 5 een stokje voor steken, want,

---

voorkomende', *Burgerlijk Wetboek voor het Koningrijk der Nederlanden*, z.p., z.j. Zie ook H.J. Pabbruwe, *Gebruik en gebruikelijk beding*, Zwolle 1961, p. 44. Pabbruwe vermoedt dat artikel 10 van het Oostenrijkse A.B.G.B. van 1811 het voorbeeld voor artikel 5 van Ontwerp 1820 is geweest: 'Auf Gewohnheiten kann nur in den Fällen, in welchen sich ein Gesetz darauf beruft, Rücksicht genommen werden.'

11. Aldus J.M. Kemper, *Geschiedenis der deliberatiën van Hun Edelmoogende de Staten-Generaal, over het ingeleverd Ontwerp van het Burgerlijk Wetboek voor het Koningrijk der Nederlanden* II, 's-Gravenhage-Amsterdam-Dordrecht-Breda 1821, p. 268/269.

12. *Geschiedenis der deliberatiën*, p. 275, respektievelijk 278.

13. Opzoomer spreekt in zijn *Aanteekening op de Wet houdende algemeene bepalingen der Wetgeving van het Koningrijk*, 2e druk, Amsterdam 1857, p. 13, van een 'fictie, deze namelijk, dat in monarchiën de wetgever ondersteld moet worden, stilzwijgend zijne toestemming te geven tot het door de gewoonte vastgestelde'. Deze redenering komt reeds voor bij Hugo de Groot *De iure belli ac pacis* (1625), 2.4.5.2. Zie ook G.C.J.J. van den Bergh, *Wet en Gewoonte. Historische grondslagen van een dogmatisch geding*, Deventer 1982, p. 43. Hoe reëel de angst voor het voortbestaan van deze redenering is, bewijst Rb Amsterdam 17 juni 1840, *Weekblad van het Regt* 3 (1841), no. 162, waarin de rechtbank overweegt dat een 'gebruik, door de vigerende wet niet ingetrokken noch wedersproken, steunt op voldingende redenen (...)' (namelijk dat de strekking overeenkomt met wel bij wet geregelde gevallen).

online publication GROM X (1993)

> 'nu men eeuwen achtereen naast het *beschreven regt* een *onbeschreven regt* gekend heeft en die onderscheiding (...) in verschillende leerboeken, zelfs van onzen tijd, is opgenomen gebleven, vordert het algemeen belang dringend, dat bij eene nieuwe wetgeving uitdrukkelijk verklaard worde, niet alleen dat oude gewoonten zullen ophouden kracht van wet te hebben, maar ook dat van nu af aan, ook voor het vervolg, geenerlei regt of geenerlei verpligting anders dan op de beschreven Wet zal kunnen berusten'[14].

Na deze discussie werd het wetsontwerp waar artikel 5 deel van uit maakte afgestemd (61 voor, 32 tegen). Het enige waar Kemper de vergadering toe kon verleiden was dat het beginsel dat door artikel 5 werd uitgedrukt, onderschreven werd (74 voor, 19 tegen)[15]. Uiteindelijk heeft de formulering 'Gewoonte geeft geen regt, dan alleen wanneer de Wet daarop verwijst' op 14 juni 1822 als artikel 4 van de *Wet houdende algemeene bepalingen, welke een gedeelte zullen uitmaken van het Burgerlijk Wetboek* het *Staatsblad* (1822 no. 10) gehaald[16].

3. *Opvattingen over de betekenis van artikel 3 Wet AB in het algemeen en in het burgerlijk recht*

Om de rol van artikel 3 Wet AB in het handelsrecht te kunnen belichten zal eerst gekeken worden hoe de schrijvers van de grote commentaren op het Burgerlijk Wetboek (Opzoomer, Diephuis en Land) en een leerboekenschrijver (De Pinto) over artikel 3 Wet AB en de verhouding wet en gewoonte denken. Deze schrijvers laten zich kennen als legisten, dat wil zeggen dat zij hun aandachtsveld als jurist in principe beperken tot de wet[17]. Dit blijkt onder andere uit het feit dat zij niet of nauwelijks naar rechtspraak verwijzen. Volgens hen produceert de rechter geen recht maar past hij alleen het recht dat de wetgever in de wet heeft vastgelegd toe. In hun redenering neemt de Wet AB een belangrijke plaats in omdat de wetgever daarin zelf zijn uitgangspunten voor de rechtsvinding door de rechter heeft geformuleerd: de rechter *moet* recht spreken (artikel 13), overeenkomstig de wet (artikel 11), en niet volgens de gewoonte, tenzij de wet er naar verwijst (artikel 3). Hij mag de innerlijke waarde of de billijkheid van de wet

---

14. *Geschiedenis der deliberatiën*, p. 271.
15. *Geschiedenis der deliberatiën*, p. 280.
16. Bij het losmaken van de Wet AB van het Burgerlijk Wetboek is het eerste artikel van de Wet AB vervallen (en in enigszins gewijzigde vorm opgenomen in de Afschaffingswet) en zijn de andere artikelen één plaats opgeschoven.
17. P.C. Kop, *Legisme en Privaatrechtswetenschap. Legisme in de Nederlandse Privaatrechtswetenschap in de negentiende eeuw*, 2e druk, Deventer 1992, p. 2.

niet beoordelen (artikel 11) en a fortiori niet een wet door welke interpretatie dan ook haar kracht doen verliezen (artikel 5).

Deze ideeën over rechtsvinding zijn grotendeels terug te vinden in het commentaar op de Wet AB van de hand van C.W. Opzoomer (1821-1892)[18]. Hij hechtte grote waarde aan de woorden van de wet[19]. In artikel 3 Wet AB leest hij de onbeperkte uitsluiting van het gewoonterecht met uitzondering van de gewoonten die door de wet zelf worden aangewezen. Hij acht dit de enige juiste uitleg van artikel 3 Wet AB[20]. De wetgever is voor hem het enige orgaan dat bevoegd is om algemeen verbindende regels te genereren. Zodra er in een land een wetboek van kracht is geworden, droogt de gewoonte als rechtsbron op. Opzoomer ontkent niet dat er ook na de totstandkoming van een wetboek rechtsovertuigingen blijven bestaan die het geschreven recht kunnen verbeteren. De wetgever is echter de enige bevoegde instantie om het recht - door een wetswijziging of een nieuwe wet - te veranderen[21]. Artikel 3 Wet AB is voor Opzoomer dan ook niet meer dan een bevestiging van zijn visie op de verhouding tussen wet en rechter. Als het artikel niet in de wet gestaan had, was de regel die erin tot uitdrukking wordt gebracht evenzeer van kracht geweest en was dus voor de gewoonte evenmin een rol weggelegd bij de vorming van nieuw recht[22]. Hij ziet verder geen enkele aanleiding de werking van deze regel te beperken tot het burgerlijk recht of zelfs tot het privaatrecht.[23]. In 1863 wordt de visie van

---

18. C.W. Opzoomer is in 1846 benoemd tot buitengewoon (in 1854 tot gewoon) hoogleraar in de wijsbegeerte aan de Rijksuniversiteit Utrecht. Zie voor zijn filosofische werk: Cornelis Opzoomer, *Het wezen der kennis*, uitgegeven, ingeleid en van aantekeningen voorzien door Wim van Dooren (=Geschiedenis van de wijsbegeerte in Nederland, deel 17), Baarn 1990, en H. van 't Veer *Mr. C.W. Opzoomer als wijsgeer*, Assen 1961. Zie voorts: P.C. Kop, 'C.W. Opzoomer (1821-1892) als theoloog, wijsgeer en jurist', in: *Justicie ende Gerechticheyt*, (= *Acta Falconis* 83:3), Antwerpen 1983, p. 129-162, en: *NNBW* VI, kolom 1080-1082.

19. C.W. Opzoomer, *Aanteekening op de Wet AB*, 's-Gravenhage 1848. In de 2e (1857), 3e (1873) en 4e druk (1884) van zijn *Aanteekening* werkt Opzoomer zijn ideeën uit zonder er op dit punt iets essentieels aan te veranderen.

20. *Aanteekening*, 1884, p. 83.

21. *Aanteekening*, 1857, p. 16 (vgl. 1884, p. 75).

22. *Aanteekening*, 1857, p. 13, 1884, p. 68/69.

23. *Aanteekening*, 1857, p. 1. Eén van de door Opzoomer bestreden auteurs is J.H. Gilquin, auteur van 'Eenige bedenkingen tegen de 'Aanteekening op de Wet, houdende Algemeene Bepalingen der Wetgeving van het Koningrijk'', in: *Nederlandsche jaarboeken voor regtsgeleerdheid en wetgeving* 12 (1850), p. 310-332. Een andere auteur die nogal wat bedenkingen tegen Opzoomers *Aanteekening* formuleert is J.W.A. R. in: *Nederlandsche jaarboeken voor regtsgeleerdheid en wetgeving* 11 (1849), p. 526-553. Met Opzoomers verklaring van artikel 3 Wet AB stemt hij echter volledig in.

Opzoomer met betrekking tot dit punt bevestigd door een arrest van de Hoge Raad waarin gesteld wordt dat artikel 3 Wet AB algemeen is en dat het daarom voor zowel staatsrechtelijke als privaatrechtelijke gewoonten geldt[24].

In tegenstelling tot Opzoomer acht Diephuis artikel 3 Wet AB niet overbodig[25]. Sterker, hij acht dit artikel zelfs beslissend. Nu de wetgever zich zo duidelijk heeft uitgesproken kan geen enkel argument gebruikt worden voor het erkennen van gewoonterecht. Volgens Diephuis heeft de wet met artikel 3 Wet AB de gewoonte als rechtsbron opgeheven. 'Zij wilde dit doen, zij mogt het doen, zij kon het doen en zij heeft het gedaan'[26]. Zelfs als de wet naar gebruiken of gewoonten verwijst, beschouwt Diephuis deze gebruiken of gewoonten niet als rechtsbron. Ook in deze gevallen is de wet de rechtsbron en vloeit het uit de wet voort dat bij het bepalen van de rechtsbetrekkingen met gebruik of gewoonte rekening moet worden gehouden[27]. Hij erkent dat aan elke wet een eeuwenlange ontwikkeling van gewoonterecht is voorafgegaan, maar zodra deze ontwikkeling tot een wet heeft geleid, speelt het gewoonterecht volgens hem geen rol meer. De vraag wat de bronnen van het burgerlijk recht zijn moet volgens hem aan de hand van het nationale recht beantwoord worden[28]. En dat nationale recht is te vinden in ... de wet (!), en wel in artikel 3 Wet AB. Zijn conclusie is dat de gewoonte niet als rechtsbron gekwalificeerd kan worden. Dus aan de hand van de wet concludeert Diephuis dat de wet de enige rechtsbron is en er derhalve geen plaats overblijft voor de gewoonte[29]. Het opmerkelijke aan deze redenering is dat zij eenvoudig is om te draaien door aan de hand van gewoonterecht aan te tonen dat de gewoonte rechtsbron is. Veel indruk kan deze cirkelredenering dan ook niet maken. In zijn in 1859 gehouden inaugurele rede nuanceert Diephuis

24. HR 27 maart 1863, W. 2471. Reeds in 1841 overwoog de Hoge Raad in een administratiefrechtelijke casus dat 'zal eene bestaande gewoonte door den regter mogen worden ingeroepen, en als in regten geldende wordende beschouwd, dezelve moet zijn geheel geoorloofd en in geenen strijd hoegenaamd zijn met eenige bestaande wet of wettige verordening.' HR 9-2-1841, *Weekblad van het Regt* 3 (1841), no. 176, p. 1.

25. Diephuis is in 1859 benoemd tot hoogleraar in het burgerlijk recht, het handelsrecht en het burgerlijk procesrecht te Groningen. Zie over hem J.H.A. Lokin, 'Gerhardus Diephuis (1817-1892)', in: *Acht Groningse juristen en hun genootschap; 225 jaren Pro Excolendo Iure Patrio*, Groningen 1986, p. 105-133, en E.H. Hondius, 'Gerhardus Diephuis (1817-1892)', in: *Zestig juristen*, p. 215-217; *NNBW* IX, Leiden 1933, kolom 199/200, en A. van Oven, *Geschiedenis*, p. 36-38.

26. *Opmerkingen en Mededeelingen* 11 (1855), p. 258.

27. *Opmerkingen en Mededeelingen* 11 (1855), p. 262.

28. *Opmerkingen en Mededeelingen* 11 (1855), p. 242.

29. *Opmerkingen en Mededeelingen* 11 (1855), p. 242-244.

zijn stelling in zoverre dat hij niet alleen de wet als rechtsbron kwalificeert maar ook de rechtswetenschap als zodanig aanduidt[30]. In het eerste deel van zijn commentaar op het BW uit 1869 werkt hij dit punt verder uit. Hij maakt dan een onderscheid tussen de wet, die een met formeel gezag beklede rechtsbron is, en de wetenschap, die slechts rechtsbron is voor zover haar uitspraken als recht worden erkend. Deze erkenning vindt zowel door de rechtspraak als door de rechtswetenschap zelf plaats[31]. Voor de vraag wat dit laatste voor het handelsrecht betekent verwijs ik naar § 4.1.

Anders dan Diephuis noemt Opzoomer de gewoonte, in het geval de wet er naar verwijst, wel rechtsbron, omdat de gewoonte in zo'n geval tot een algemene regel leidt[32]. Dit meningsverschil lijkt, aldus opgevat, teruggebracht te kunnen worden tot een vraagpunt van beperkt belang: wanneer spreek je van 'rechtsbron'? Het lijkt alsof Diephuis er voor terugschrikt de gewoonte 'rechtsbron' te noemen, terwijl Opzoomer daar geen moeite mee heeft. Het belang van deze vraag reikt wat Diephuis betreft echter verder. Diephuis - die anders dan Opzoomer advocaat, rechter en raadsheer is geweest - besteedt aan de processuele kant van de rol van de gewoonte uitgebreid aandacht. Doordat de gewoonte een feit is, dient deze door partijen bewezen te worden. Schiep de gewoonte recht, dan was zij rechtsbron en zou de rechter haar ambtshalve moeten toepassen zonder gebruik te kunnen maken van de regels van het bewijsrecht, die immers alleen voor het bewijs van feiten zijn geschreven. Diephuis ziet dan allerlei processuele problemen, bijvoorbeeld of van een rechter verwacht kan worden dat hij alle plaatselijke gebruiken kent, en of hij wel deskundigen kan benoemen als het om het bewijs van een recht en niet van een feit gaat. Ook een ambtshalve afgenomen getuigenverhoor biedt geen soelaas omdat getuigen alleen met betrekking tot de feiten verklaringen kunnen afleggen. Pas wanneer een gewoonte als feit *bewezen* is, kan de rechter uitspraak doen, en wel 'volgens de wet, die op de gewoonte gelet wil hebben'[33]. In zijn inaugurele rede *Over de wetenschap des regts in betrekking tot de wetgeving* zegt Diephuis het zo:

> 'Gewoonte geeft geen regt, dan alleen wanneer de wet daarop verwijst, en als bij uitzondering veroorlooft, dat naar hare stem wordt geluisterd. Ziedaar het vonnis, door de wet over haar, vroeger regtsbron zooals zij zelve, uitgesproken; of liever, ziedaar de afkondiging van een feit, in den vorm eener regtsbepaling uitgedrukt, opdat de

30. *Over de wetenschap des regts in betrekking tot de wetgeving*, Leiden 1859.
31. *Het Nederlandsch burgerlijk regt* I, Groningen 1869, p. 117/118.
32. *Aanteekening*, 1857, p. 19.
33. *Opmerkingen en Mededeelingen* 11 (1855), p. 265.

gewoonte, magteloos geworden om nog te werken tot zekerheid des regts, nu ook in de magteloosheid niet eene bron van onzekerheid zou zijn; eene uitspraak van den wetgever, niet ongelijk aan die, waarmede hij vroeger door zijne bekrachtiging vastheid had gegeven aan den minder bepaalden inhoud van het gewoonteregt'[34].

Diephuis is dus net als Opzoomer van mening dat de rol van de gewoonte na de totstandkoming van een codificatie vrijwel is uitgespeeld. In tegenstelling tot Opzoomer acht hij artikel 3 Wet AB niet overbodig omdat het precies aangeeft wat de plaats van de gewoonte is, niet meer en niet minder.

N.K.F. Land (1840-1903)[35], opvolger van Diephuis als hoogleraar in Groningen, sluit zich wat de overbodigheid van artikel 3 Wet AB betreft aan bij Opzoomer. Het standpunt van Nicolaï, die zich reeds in 1821 (zie § 2) tegen dit artikel verzette, heeft uiteraard ook zijn instemming. Wanneer aan de gewoonte als rechtsbron een grotere rol zou worden toegekend vreest Land dat dit ten koste zou gaan van de rechtszekerheid, ten behoeve waarvan de wetboeken juist zijn opgesteld[36]. Zelfs als er een leemte in de wet zou worden aangetroffen, zou deze leemte niet door een regel van gewoonterecht aangevuld mogen worden. Alleen indien de wetgever naar de gewoonte verwijst, wordt volgens Land de gewoonte onderdeel van het objectieve recht en moet de rechter overeenkomstig het oude adagium 'Ius curia novit' ('De rechter kent het recht') de uit de gewoonte voortvloeiende regel als recht toepassen[37].

De Haagse advocaat A. de Pinto (1811-1878) heeft bijna alle Nederlandse wetboeken van een artikelsgewijs commentaar voorzien en beoogde hiermee niet meer dan het uitleggen van hetgeen de wetgever had bepaald. In zijn *Handleiding tot het Burgerlijk Wetboek* ('s-Gravenhage 1837) behandelt hij ook de artikelen van de Wet AB. Hij is van mening dat artikel 3 Wet AB 'alle kracht' aan het gewoonterecht ontzegt, 'van welke aard het ook zijn moge'[38]. Alleen indien de wet duister is of zelfs helemaal zwijgt, dan mag de rechter zich laten leiden door wat gebruikelijk is op dat punt. Het gebruik van een gewoonte in deze situatie is volgens hem het toepassen van een regel van uitlegkunde, en niet van een wet.

Concluderend kunnen we constateren dat er tussen de schrijvers van de

---

34. *Over de wetenschap des regts in betrekking tot de wetgeving*, p. 15.
35. Zie over Land: *NNBW* X, Leiden 1937, kolom 508/509.
36. N.K.F. Land, *Inleiding tot de Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, Haarlem 1899, p. 190/191.
37. *Inleiding*, p. 193. C. Bake had dit reeds in 1881 als stelling XIII bij zijn proefschrift (*Beschouwingen over den statenbond en den bondsstaat*, Amsterdam 1881) geformuleerd.
38. A. de Pinto, *Handleiding tot het Burgerlijk Wetboek* I, 's-Gravenhage 1837, p. 15.

commentaren op het Burgerlijk Wetboek overeenstemming bestaat over de rol van de gewoonte in het algemeen en in het burgerlijk recht in het bijzonder. Zij laten zich kennen als legisten, de wet staat voorop en voor de gewoonte, al dan niet als rechtsbron aangeduid, is niet meer ruimte beschikbaar dan de wet aangeeft.

4. *Opvattingen over de betekenis van artikel 3 Wet AB in het handelsrecht*

4.1. *De hand- en leerboeken van Holtius, Diephuis, Kist en De Pinto*

Uit het voorafgaande blijkt dat de interpretatie van artikel 3 Wet AB voor de commentatoren van het Burgerlijk Wetboek weinig problemen heeft veroorzaakt. Gezien een rechterlijke uitspraak die direkt na het totstandkomen van de codificaties van 1838 gewezen is, waarin een beroep op een handelsgebruik werd gehonoreerd[39], is er reden te veronderstellen dat dit in het handelsrecht anders heeft gelegen. Dit is te meer het geval nu J. de Wal (1816-1892) tijdens een Leids college encyclopedie in het academisch jaar 1858-1859 zijn studenten voorhield dat artikel 3 Wet AB niet in harmonie was met de eisen van het maatschappelijk verkeer en dat dit artikel daarom de Nederlandse handelsstand heeft geleerd de wet te verachten[40]. Daar komt nog bij dat in 1881-1882 de Leidse hoogleraar encyclopedie (en rechtfilofosfie) W. van der Vlugt (1853-1928) op college staande hield 'dat de handelspraktijk ondanks art. 3 Wet AB een gewoonterecht heeft gecreëerd, dat door een ieder wordt nageleefd'[41].

De Utrechtse hoogleraar A.C. Holtius (1786-1861) behoort tot de eerste generatie hoogleraren die in het universitaire onderwijs systematisch aandacht besteedt aan het Nederlandse handelsrecht[42]. Zijn colleges heeft hij tegen het eind van zijn leven laten publiceren. Postuum zijn zij onder de titel *Voorlezingen*

---

39. Rb Amsterdam, 17 juni 1840, (vernietigd door HR 4 februari 1841), *Weekblad van het Regt* 3 (1841), no. 162, en: Rb Leiden, 24 augustus 1840, (vernietigd door HR 9 februari 1841), *Weekblad van het Regt* 3 (1841), no. 176.

40. J. de Wal, *Het Nederlandsche Handelsregt. Grondtrekken met verwijzing naar de buitenlandsche wetgevingen en opgave der belangrijkste hulpmiddelen, ten gebruike bij akademische voorlezingen* (Leiden 1869) bespreek ik, wegens het gebrek aan originaliteit en diepgang, niet.

41. Formulering van C.J.H. Jansen, *Van Kemper tot Hamaker*, Zwolle 1990, p. 57; zie voor De Wal *ibidem*, p. 40.

42. Bij Koninklijk Besluit van 30 juni 1840 is handelsrecht een verplicht onderdeel van het juridische studieprogramma geworden.

eind van zijn leven laten publiceren. Postuum zijn zij onder de titel *Voorlezingen over handels- en zeeregt* in 1861 uitgegeven[43]. In de inleiding op dit werk voelt Holtius zich genoodzaakt een verklaring te geven voor het bespreken van het handelsrecht als afzonderlijk deel van het privaatrecht. Hij beroept zich onder meer op de oorsprong van het handelsrecht die verschilt van die van het burgerlijk recht. Hierbij legt hij de nadruk op de grote rol die de gewoonte en de gebruiken bij de ontwikkeling van het handelsrecht in alle omringende landen hebben gespeeld[44].

Over de eenheid van het Nederlandse handelsrecht merkt Holtius op dat wat het geschreven recht betreft, vrijwel al het handelsrecht in het Wetboek van Koophandel is opgenomen. Wat het ongeschreven recht betreft herinnert Holtius er aan dat bij de invoering van het 'Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koningrijk Holland' in 1809 in zaken van commercie en van zeehandel noch het Romeinse recht, noch het gewoonterecht is afgeschaft[45]. Hij laat het echter bij deze constatering.

Artikel 3 Wet AB leest Holtius als verbod op het ontstaan van nieuw gewoonterecht, maar hij tilt daar niet zwaar aan. Allereerst wijst hij op de 'wijde *fenestra*' die door de artikelen 1375 en 1383 BW bij alle overeenkomsten wordt opengelaten voor de gewoonte. Daarnaast is hij met de Romeinse jurist Gaius (*Instituten* III, 194) van mening dat de wet 'de natuur der dingen niet veranderen kan'. Ook na de totstandkoming van een codificatie zullen zich juridische overtuigingen vormen die niet aan de wet ondergeschikt zijn en een gewoonterecht dat door de rechter onbewust toegepast zal worden[46]. Voor deze stelling doet hij zowel een (niet nader gespecificeerd) beroep op de rechtsgeschiedenis, als op artikel 13 Wet AB dat luidt: 'De regter die weigert regt te spreken, onder

---

43. Tot dan hadden de studenten het moeten doen met buitenlandse literatuur en met de diktaten die van de colleges van Holtius in omloop waren. De slechte kwaliteit van deze dictaten was blijkens het voorwoord de belangrijkste reden waarom Holtius zijn als colleges geschreven *Voorlezingen over handels- en zeeregt* (3 delen), Utrecht 1861, heeft laten drukken. Zie over Holtius: A. Korthals Altes, 'Adrianus Catharinus Holtius 1786-1861. Het allereerste handelsrecht', in: G.C.J.J. van den Bergh, J.E. Spruit en M. van de Vrugt (red.), *Rechtsgeleerd Utrecht. Levensberichten van elf hoogleraren uit driehonderdvijftig jaar Faculteit der Rechtsgeleerdheid in Utrecht*, Zutphen 1986, p. 57-69; *NNBW* II, Leiden 1912, kolom 597/598, en: A. van Oven, *Geschiedenis*, p. 22-28. Zie voorts: P.C. Kop, 'De brieven van A.C. Holtius aan F.C. von Savigny', in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 60 (1992), p. 127-143.

44. *Voorlezingen over handels- en zeeregt* I, p. 6/7.

45. *Voorlezingen over handels- en zeeregt* I, p. 30.

46. *Voorlezingen over handels- en zeeregt* I, p. 31.

voorwendsel van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der Wet, kan uit hoofde van *regtsweigering* vervolgd worden.' Zijn redenering is: indien de rechter niet mag weigeren recht te spreken, ook niet indien de oplossing voor een geschil niet in de wet gevonden kan worden, dan zal hij zich op iets anders moeten beroepen. Hiertoe dienen zich aan: het gewoonterecht en de *communis doctorum opinio* ('de gemeenschappelijke mening van de geleerden').

Overigens vindt Holtius dat er ook wel iets te zeggen is voor de opvatting dat de gewoonte waar artikel 3 Wet AB zich tegen keert, slechts de plaatselijke gewoonte is. In dat geval blijft het handelsrecht dat op algemene gewoontes berust onverkort van kracht. Ook reeds ten tijde van de invoering van de Wet AB bestaande gewoontes vallen volgens hem niet onder het regime van artikel 3 Wet AB. In het algemeen acht hij het wenselijk dat de vorming van nieuw handelsrecht niet belemmerd wordt door de bepalingen van de Wet AB[47].

Dat Holtius niet al te veel waarde hechtte aan de letter van de wet blijkt ook uit zijn uitleg van artikel 1 WvK. De eerste zin van dit artikel luidde: 'Het Burgerlijk Wetboek is, voor zo verre daarvan bij dit Wetboek niet bijzonderlijk is afgeweken, ook op de zaken van koophandel toepasselijk.' Holtius interpreteert de woorden 'dit Wetboek' als 'het Handelsregt in 't gemeen' en stelt dat een handelsgewoonte vóór een bepaling uit het BW kan gaan. Hij geeft dan als voorbeeld een bepaling over de bewijskracht van onderhandse akten (artikel 1328 Code civil = artikel 1917 (oud)BW), waarvan de Franse rechter heeft uitgemaakt dat ze 'in zaken van koophandel niet moet worden toegepast'. Hij is van mening dat 'men den geheelen Koophandel verlammen zoude, indien men dien aan zulke banden [als van artikel 1917 (oud)BW] wilde leggen'[48]. Holtius noemt de wetgeving, de rechtspraktijk en de doctrine als de drie bronnen 'waaruit het regt vloeit'[49]. Hij neemt stelling tegen het legisme en wijst op het belang van samenwerking en wisselwerking van wetgeving, rechtspraak en doctrine[50].

---

47. *Voorlezingen over handels- en zeeregt* I, p. 32.

48. *Voorlezingen over handels- en zeeregt* I, p. 47/48. A. de Pinto is het hier in het geheel niet mee eens. Zie zijn recensie van Holtius' *Voorlezingen* in: *Themis*, 2e verzameling, 8 (1861), p. 620.

49. *Het Nederlandsche Faillitenregt volgens het derde boek van het Wetboek van Koophandel*, Utrecht 1850, p. IV.

50. *Het Nederlandsche Faillitenregt*, p. IV/V. Holtius verzet zich tegen het opkomende legisme met een allesoverheersende plaats voor de wet en de deductieve methode. 'Des te meer hebben wij het redeloos streven te beklagen, dat zich in onze vernieuwende wetgevingen herhaaldelijk tegen deze natuurlijke heilbrengende vereeniging heeft geopenbaard: het streven namelijk, om de Nederlandsche regtsontwikkeling te beheerschen van omhoog, en om de betrekkingen van het burgerlijk leven uitsluitend afhankelijk te maken

Diephuis schreef niet alleen een commentaar op het Burgerlijk Wetboek maar ook op het Wetboek van Koophandel. In zijn *Handboek voor het Nederlandsch Handelsregt* (3 delen, 1865-1867) zegt Diephuis kort en krachtig: 'Gewoonte vestigt ook voor handelszaken geen regt, dan alleen wanneer de wet daarop verwijst'[51]. Volgens Diephuis erkent de wetgever geen handelsgebruiken als rechtsbron, net zo min als hij in het algemeen de gewoonte als rechtsbron erkent. Diephuis wijst hierbij op de tegenovergestelde visie van onder anderen J.A. Levy (1836-1920) en J.G. Kist (1822-1897). Wat betreft de rol die voor de wetenschap is weggelegd ziet Diephuis echter een belangrijk verschil tussen handelsrecht en burgerlijk recht. Bij de uitoefening van haar taken (het verklaren, uitleggen en aanvullen van de wetgeving) moet de wetenschap van het handelsrecht in het bijzonder letten op de gebruiken die in de handel voorkomen. Mede door middel van deze gebruiken moet het recht worden gevonden. Juist doordat aan de gewoonte door de wetgever haar kracht ontnomen was, moet de wetenschap bij de uitoefening van haar taken op de gewoonte acht slaan[52]. Overigens is Diephuis van mening dat de gescheiden behandeling door de wetgever het handelsrecht niet tot een zelfstandig deel van het recht maakt. Het handelsrecht beschouwt hij als een samenstel van onderling verwante onderwerpen waarvan de afzonderlijke regeling gewettigd wordt door de omvang van de materie[53].

Net als Diephuis heeft A. de Pinto zowel over het burgerlijk recht als over het

---

51. *Handboek voor het Nederlandsch Handelsregt* I, 2e druk, Groningen 1874, p. 13.

52. *Handboek* I, 1874, p. 14-16. en: *Het Nederlandsch burgerlijk regt* I, p. 116/117. In zijn inaugurele rede, *Over de wetenschap des regts in betrekking tot de wetgeving*, zei Diephuis het aldus: 'Doch, terwijl vroeger de regtsovertuiging des geheelen volks een gewoonteregt vormde, treedt het volk in zijn geheel bij de ontwikkeling des regts allengs meer en meer terug. Deze wordt meer bepaald door het werk van hen, die het regt beoefenen, die wel is waar ook vroeger reeds, bij de behandeling en toepassing van het door wetgeving en gewoonte beide bepaalde regt, aan de verdere vorming hiervan medewerkten, maar nu meer uitsluitend nevens de wetgeving die taak te vervullen hebben, en, door de meerdere ontwikkeling der wetenschap zelve, daarvoor ook des te meer berekend zijn' (p. 15).

53. Volgens Diephuis was het Wetboek van Koophandel 'een afgezonderd deel, dat als zoodanig in zekeren zin een geheel uitmaakt, doch eigenlijk geen zelfstandig, wèl zamenhangend en volledig geheel vormt, maar veel meer een zamenstel is van deelen van een grooter geheel, wier verschillende onderwerpen alle tot zaken van koophandel betrekking hebben, en die hierdoor onderling verwant en van andere onderscheiden zijn. De afscheiding wordt gewettigd door den eigen aard en tevens door den omvang dier onderwerpen. Zij maakt echter geen verandering in het wezen der zaak, en ons handelsregt moet nog altijd als een deel van het privaatregt beschouwd worden, dat ook na de afscheiding niet alleen nevens, maar ook in naauw verband staat met het andere deel, het burgerlijk regt.' *Handboek* I, 1874, p. 2/3.

online publication GROM X (1993)

Net als Diephuis heeft A. de Pinto zowel over het burgerlijk recht als over het handelsrecht een commentaar geschreven[54]. Vergeleken met Diephuis is De Pinto minder origineel en gaat hij minder diep op de stof in. Evenals bij Diephuis staat, zoals we al in § 3 gezien hebben, de wet bij hem voorop. In zijn commentaar op het Wetboek van Koophandel laat hij zich kennen als een strenge legist:

> 'Opgevoed onder stellige, geschreven wetten, en in eene school van *streng regt*, ben ik altijd geweest en gebleven de man *der wet*, die gelooft, dat men deze blind moet en kan volgen, maar dat het streven naar zoogenaamde billijkheid en regtvaardigheid eene ijdele poging is, die ons van den regten weg afbrengt en op het dwaalspoor geleidt'[55].

Het verbaast dan ook niet dat De Pinto in het handelsrecht voor de gewoonte geen rol ziet weggelegd nadat de wetgever een codificatie heeft ingevoerd. Hij staaft zijn mening met verwijzingen naar Holtius, Diephuis, Kist en Levy[56], hoewel hij het zeker niet altijd met deze schrijvers eens is. Zo gaat hij met Holtius in debat naar aanleiding van diens *Voorlezingen*. De Pinto acht artikel 1917 (oud)BW in tegenstelling tot Holtius (zie § 4.1) voor het handelsrecht onverkort van kracht[57]. Weliswaar acht hij het de taak van de wetgever bestaande handelsgebruiken te eerbiedigen, en ze zo mogelijk tot wet te verheffen, maar wanneer de wetgever gesproken heeft, moet de gewoonte zwijgen. De koopman zal zich bij de wet neer moeten leggen, ook als het een slechte wet blijkt te zijn[58]. Wat overblijft is de gewoonte als (belangrijk) element van wetsinterpretatie, onder het Romeinse motto 'optima legum interpres consuetudo' (Paulus, D. 1.3.37: 'de gewoonte is de beste interpretatie van de wetten')[59].

---

54. *Handleiding tot het Burgerlijk Wetboek*, 's-Gravenhage 1837, respektievelijk *Handleiding tot het Wetboek van Koophandel*, 's-Gravenhage 1841.

55. A. de Pinto, *Handleiding tot het Wetboek van Koophandel* II, 3e druk, Utrecht 1876, p. 10.

56. 'Alle latere schrijvers zijn het daarover eens, en het is ook eigenlijk niet wel mogelijk daarover anders te denken, dat Art. 3 *Alg. bep.*, zonder eenige beperking moet worden toegepast, ook op handelszaken, al hadden ook de meesten het wenschelijker geacht naast het Wetb. van Kooph. de gewoonten van den handel als rechtsbron te erkennen, daar ten minste waar zij niet met de uitdrukkelijke bepalingen der wet in strijd is.' *Handleiding* II, p. 13.

57. *Themis*, 2e verzameling, 8 (1861), p. 616-638.

58. *Handleiding* II, p. 8.

59. A. de Pinto, 'Iets over gewoonte-regt', in: *Themis*, 2e verzameling, 10 (1863), p. 363.

Zoals gezegd wees Diephuis op de tegenovergestelde visie van Kist[60]. In zijn *Beginselen van handelsregt volgens de Nederlandsche wet* (6 delen, Amsterdam 1867-1877) maakt Kist een vergelijking tussen burgerlijk recht en handelsrecht. Het bijzondere van het handelsrecht zit volgens hem in de grotere invloed van het (handels)gebruik. Het burgerlijk recht is veel meer bepaald door wetgeving. Kist is van mening dat het handelsrecht naast het burgerlijk recht uit een afgesloten geheel bestaat. Dat betekent voor hem niet dat de beginselen die ten grondslag liggen aan het handelsrecht anders zijn dan die van het burgerlijk recht. In het handelsrecht hebben ze echter een geheel andere, soms uitgebreidere toepassing. Het was hem liever geweest indien de wetgever, net als in Duitsland in 1861 was gebeurd, de gewoonte een plaats in het handelsrecht had gegeven door in artikel 3 Wet AB een uitzondering voor het handelsrecht te maken. In het verlengde hiervan had artikel 1 van het Wetboek van Koophandel dan kunnen bepalen wat in handelszaken de rangorde tussen de gewoonte en het Burgerlijk Wetboek zou moeten zijn. Hij heeft in dit verband een voorkeur heeft voor de Duitse constructie. Deze houdt in dat indien de oplossing voor een probleem niet aan het wetboek kan worden ontleend, men eerst te rade moet gaan bij de handelsgebruiken en daarna pas bij het algemene burgerlijke recht[61]. Nu de wetgever anders heeft beslist, is Kist van mening dat de gewoonte niet als zelfstandige rechtsbron erkend kan worden. Hij geeft er echter meteen bij aan dat gewoontes wel een belangrijke rol kunnen spelen bij de verdere ontwikkeling van de in de wet vastgelegde beginselen[62].

4.2. *De oppositie van J.A. Levy*

De Amsterdamse advocaat J.A. Levy[63] zet zijn opvattingen over de betekenis van de handelsgebruiken voor het recht vooral uiteen in zijn vergelijking van het Nederlandse Wetboek van Koophandel met het Duitse handelswetboek (1868,

60. Zie over Kist: *NNBW* III, Leiden 1914, kolom 693/694, en: A. van Oven, *Geschiedenis*, p. 39/40.

61. Artikel 1 van het Handelsgesetzbuch van 1861 luidt: 'In Handelssachen kommen insoweit dieses Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche und in deren Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung.'

62. J.G. Kist, *Beginselen*, p. 9.

63. Zie over Levy: *Biografisch Woordenboek van Nederland* (*BWN*) III, 's-Gravenhage 1989, p. 379-381, A. van Oven, *Geschiedenis*, p. 43/44, en J. Domela Nieuwenhuis, *Mr. I.A. Levy*, in de serie 'Mannen en Vrouwen van Beteekenis. Levens- en Karakterschetsen. Nieuwe Reeks', Baarn 1916.

1869)[64] en in zijn talloze bijdragen aan de discussies die binnen het kader van de Nederlandse Juristen-Vereniging zijn gevoerd. Levy spreekt zich door de jaren heen uit voor een zelfstandig handelsrecht[65]. Hij doet daarbij een beroep op het grote belang van de vorming van (nieuw) handelsrecht in de praktijk, waarbij de gewoonte en het gebruik volgens hem een doorslaggevende rol spelen[66].

Levy laat zich bij het het interpreteren van wetsartikelen niet leiden door de bedoeling van de wetgever, noch door de letter van de wet. De behoeften van de (handels)praktijk gaan bij hem vóór de uit het systeem van de wet voortvloeiende aanspraken en hij is van mening dat een codificatie het bestaan en de verdere ontwikkeling van gewoonterecht niet uitsluit. Wars van dogmatiek stelt hij het beginsel van geschreven wetgeving ten achter bij 'het regt, dat vrij wat eerbiedwaardiger is dan alle wetten te zamen. Niet het volk is om de wet, maar de wetten zijn voor het volk'[67]. Duidelijk is dat Levy niets moet hebben van Duitse 'Begriffsjurisprudenz'[68]. Hij spant zich onvermoeibaar in om als bruggenbouwer de theoretici de praktische behoeften voor te houden. 'Recht is eene levensfunctie, en heeft de verplichting om, voor onverschillig welke vraag gesteld, haar onder de oogen te zien, of - te abdiceren'[69].

Artikel 3 Wet AB is hem een doorn in het oog. In 1916 ziet hij nog steeds reikhalzend uit 'naar de frissche en vrije lucht eener codificatie die hare afhankelijkheid van de gewoonte erkent en niet, gelijk thans, in art. 3 A.B. moeder-

---

64. J.A. Levy, *Het algemeene Duitsche handels-wetboek, vergeleken met het Nederlandsche wetboek van koophandel*, Amsterdam 1869. De inleiding van dit boek is ook al in 1868, apart verschenen onder de titel *De herziening onzer handelswet. Inleiding tot "Het algemeene Duitsche handels-wetboek, vergeleken met het Nederlandsche wetboek van koophandel"*.

65. Overigens moest Levy niet veel van Holtius hebben: 'Welk ontzag de zoo teregt gevierde naam van den hoogleeraar Holtius ook inboezemt, welke schatten van geleerdheid en historische regtskennis ook in zijn boek over Het Nederl. Faillitenregt zijn neergelegd, buiten de academische gehoorzaal zullen zij niet worden gewaardeerd. Zijne diepe studie en streng orthodoxe methode rieken te zeer naar het stof der boekerij, zijn te wars van nieuwe begrippen, waarvoor hij in de enge ruimte van zijn stelsel geen plaats vond, dan dat zij tot iets anders dan eene wetenschappelijke beoefening van het regt dienstig zijn konden.' *De herziening onzer handelswet*, Amsterdam 1868, p. 105.

66. P.C. Kop acht Levy niet representief voor zijn tijd, maar 'iemand, die in zijn tijd met zijn opvattingen voortdurend twee passen buitenspel staat.' *Legisme en Privaatrechtswetenschap*, p. 58. Moltzer roemt Levy echter (in 1884) als de man 'die tot de verspreiding en ontwikkeling der moderne handelsrechtelijke beginselen in ons vaderland wellicht het meest heeft bijgedragen'. *Themis*, 45 (1884), p. 174.

67. *De herziening onzer handelswet*, p. 52.

68. *Rechter en wet* II, Amsterdam 1898, p. 1327, noot 1.

69. *Het rechtskarakter der firma*, 's-Gravenhage 1881, p. 15.

moord pleegt'[70]. Wat betreft het handelsrecht is hij echter al in 1868 van mening dat daar artikel 3 Wet AB feitelijk ('en sints lang') stilzwijgend is afgeschaft. Zo'n dode letter in de wet acht hij in verband met de rechtszekerheid en een goede rechtsbedeling onwenselijk[71].

Volgens Levy derogeren handelsgebruiken aan bepalingen van het BW. Ten opzichte van de bepalingen van het WvK vullen zij slechts aan. De aanhangers van een meer legistische rechtsopvatting houdt Levy het eerste artikel van het Duitse Handelsgesetzbuch voor[72]. Hierin ziet Levy een bewijs dat in het handelsrecht de gewoonte voor het burgerlijk recht hoort te komen. Wat hij echter niet wil zien (maar waar zijn tegenstanders op wijzen[73]) is dat de Duitse landen vanaf 1861 wel over een algemeen handelswetboek beschikten, maar niet over een algemeen burgerlijk wetboek. Zodra het Bürgerliche Gesetzbuch in 1900 ingevoerd was, is de desbetreffende bepaling geschrapt[74].

Uit de handelsrechtelijke literatuur over artikel 3 Wet AB blijkt dat alle vooraanstaande schrijvers zich over de verhouding tussen wet en gewoonte in het handelsrecht hebben uitgelaten. Vrijwel alle auteurs erkennen dat artikel 3 Wet AB ook op het handelsrecht van toepassing is. Zij verschillen echter wat betreft het aanduiden van mogelijkheden om de toepassing van artikel 3 Wet AB in het handelsrecht te beperken. De Pinto en Diephuis tonen zich het meest legistisch. Zij zien slechts een zeer beperkte rol weggelegd voor de gewoonte. Kist legt zich expliciet neer bij hetgeen de wetgever in artikel 3 Wet AB heeft bepaald, maar geeft aan dat hij het liever anders, namelijk volgens de Duitse methode, had gezien. Holtius legt de nadruk op alle mogelijkheden die de wetgever zelf geschapen heeft om de gewoonte toch een rol in het (handels)recht te laten

---

70. *Handelingen NJV* 46 (1916), p. 128. Diephuis sprak in 1855 over de gewoonte als 'de moeder der wet', en de wet was 'eene dochter der gewoonte'. *Opmerkingen en mededeelingen* 11 (1855), p. 16.

71. J.A. Levy, *De herziening onzer handelswet*, p. 51/52.

72. J.A. Levy, *De herziening onzer handelswet*, p. 51. Vergelijk hierboven, noot 60.

73. 'De Duitsche [wetgever, rk], die binnen zijn gebied zoo verschillende wetgevingen zag en liet gelden voor het burgerlijk regt, kon van de handelsgebruiken meer eenheid verwachten dan van die wetgevingen, en had daarom reden om deze eerst na gene te laten gelden', aldus Diephuis, *Handboek voor het Nederlandsch handelsregt* I, p. 13/14, noot 4.

74. In plaats van deze bepaling bepaalt de invoeringswetgeving behorend bij het nieuwe handelswetboek (Wet van 10 mei 1897, RGBl. S. 437) dat tegelijk met het burgerlijk wetboek op 1 januari 1900 van kracht is geworden (artikel 2 lid 1): 'In Handelssachen kommen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur insoweit zur Anwendung, als nicht im Handelsgesetzbuch oder in diesem Gesetz ein anderes bestimmt ist.'

spelen. Levy ten slotte laat zich in het bijzonder uit over hetgeen hij zelf wenselijk vindt, en dat is een handelsrecht dat zo min mogelijk belemmerd wordt door wettelijke bepalingen die niet aansluiten bij de behoeften van de praktijk.

4.3. *De discussies in NJV-verband*

Binnen het kader van de in 1870 naar Duits voorbeeld opgerichte Nederlandse Juristen-Vereniging is de rol van de gewoonte in het handelsrecht verschillende keren ter sprake gekomen. Meteen in 1870 schrijft T.M.C. Asser (1838-1913)[75] een preadvies over de wenselijkheid van aparte rechtbanken voor handelszaken[76]. Het belangrijkste argument voor exceptionele rechtsmacht in handelszaken is (de mogelijkheid van) het lidmaatschap van niet-juristen van de rechtsprekende colleges. Deze niet-juristen zouden ervaren kooplieden moeten zijn met deskundigheid op het gebied van de handelsgewoontes[77]. De voorstanders van dergelijke rechtbanken beroepen zich primair op 'de eigen aard van het handelsrecht'. Gebruiken spelen, ook na de invoering van een codificatie, een zo grote rol dat voor een goede rechtspraak grondige kennis van die gebruiken wenselijk is en deze kan alleen verkregen worden met behulp van ervaren kooplieden. Asser is het daar niet mee eens. Ten eerste is hij van mening dat het in de eerste plaats een taak van de wetgever is om rekening te houden met handelsgewoontes. Ten tweede is hij - evenals Diephuis - van mening is dat van elk gebruik het bestaan moet worden bewezen, en dan doet het er niet toe of dat ten overstaan van een handelsrechtbank of van een gewone rechtbank gebeurt[78]. En, voegt hij daar aan toe, in Nederland zijn gebruiken niet zo'n belangrijke bron van het handelsrecht omdat hier bij het stilzwijgen van het Wetboek van Koophandel het Burgerlijk Wetboek en niet het handelsgebruik als subsidiair recht geldt.

Tegelijk met dat van Asser wordt het preadvies van B.D.H. Tellegen (1823-1885)[79], over hetzelfde onderwerp, besproken. Tellegen is een voorstander van

---

75. Zie over Asser: J.W. Westenberg, 'Tobias Michael Carel Asser (1838-1913). Een pragmatisch jurist', in: *Een brandpunt van geleerdheid in de hoofdstad. De Universiteit van Amsterdam rond 1900 in vijftien portretten*, Hilversum, Amsterdam 1992, p. 53-76; *BWN* II, Amsterdam 1985, p. 15-17, en: A. van Oven, *Geschiedenis*, p. 45-48.

76. 'Is eene exceptionele regtsmagt in handelszaken wenschelijk?', *Handelingen NJV* 1 (1870) I, p. 63-79.

77. *Handelingen NJV* 1 (1870) I, p. 67.

78. T.M.C. Asser, *Schets van het Nederlandsche handelsregt*, Haarlem 1873, p. 9.

79. Zie over Tellegen: W.A. Reiger, 'Mr. B.D.H. Tellegen', in: *Rechtsgeleerd Magazijn* 4 (1885), p. 272-302.

aparte handelsrechtbanken, onder andere omdat hij kennis van de handelsgebruiken onontbeerlijk acht voor een rechter in handelszaken. Hij beschouwt het Wetboek van Koophandel puur als een codificatie van 'handelsusantiën' en 'handelscostumen'. De meerderheid van de vergadering is het met Asser eens. Prominent tegenstander van Asser in de discussie is J.A. Levy[80]. Hij breekt, zoals te verwachten was, een lans voor een zelfstandige positie van het handelsrecht, ook wat betreft de rechterlijke organisatie. Volgens hem domineert de gewoonte op het gebied van de handel bijna ieder proces en schept de handel recht tegen de wet in. Met gemengde koopmansrechtbanken, dat wil zeggen rechtbanken waar zowel kooplieden als juristen deel van uitmaken, zou de handel juridisch in goede banen zijn te leiden, aldus Levy. Tegenover de onbekendheid van rechters met handelsusantiën stelt een andere opposant, de reeds genoemde A. de Pinto, de onbekendheid van kooplieden met de wet en het recht. Wat Levy inroept ter verdediging van de handelsrechtbanken en het lekenelement, maakt hem juist bevreesd. 'De wet wil toch, dat de wet zal gaan boven de gewoonte van den handel', zo vraagt hij zich retorisch af[81].

Op de NJV-vergadering van 1883 wordt de vraag naar de wenselijkheid van een apart handelsrecht ten principale aan de orde gesteld. W.L.P.A. Molengraaff (1858-1931)[82] en A.F.K. Hartogh (1844-1901)[83] schrijven de preadviezen[84].

---

80. Levy stond overigens niet helemaal alleen in zijn standpunt dat handelsrecht en burgerlijk recht in wezen verschillende rechtsgebieden zijn. De Rotterdamse procureur G.J.A. Faber publiceerde naar aanleiding van een preadvies uit 1877 (over de koopovereenkomst in het handelsrecht) in Themis een gloedvol pleidooi voor een apart, zelfstandig handelsrecht onder de leus: 'weg met de eerste alinea van van art. 1 Wetb. van Koophandel'. G.J.A. Faber, 'Verdienen de wettelijke bepalingen over het tot stand komen der koopovereenkomst over handelszaken aanvulling?', in: *Themis*, 38 (1877), p. 205-220, citaat op p. 214. Over de bepalingen van burgerlijk recht die ook van toepassing zijn op het handelsrecht schrijft hij (p. 217): 'Ziet! het wordt aan de Chineesche schoonen wel eens verweten zulke naauwe schoenen te dragen dat zij moeijelijk kunnen loopen. Dat is een vrijwillige daad en hare zaak. Doch het is tot zekere hoogte althans - uitgenoodigd zijnde mijn oordeel te vellen - mijn pligt te waarschuwen tegen het onverstand van een Wetgever, die, ofschoon volkomen ter goeder trouw denkende en handelende, geneesmiddelen voorschrijft en pillen laat slikken welke het organisme verstoren en de voeten van den patient doen gelijken op die van een podagrist welke het ligchaam niet meer kunnen dragen.'

81. *Handelingen NJV* 3 (1872) II, p. 149.

82. Zie over Molengraaff: *BWN* I, 's-Gravenhage 1979, p. 396-399, en: A. van Oven, *Geschiedenis*, p. 52-55.

83. Zie over Hartogh: *NNBW* VI, kolom 714.

Zowel Molengraaff als Hartogh concludeert dat er geen goede redenen zijn om het onderscheid tussen handelsrecht en burgerlijk recht te handhaven. Zij stellen voor alle bestaande wettelijke verschillen op te heffen en zo een uniform privaatrecht te creëren. Wat betreft de rol van de gewoonte, is Hartogh, onder verwijzing naar artikel 1 WvK en artikel 3 Wet AB, van mening dat er geen verschil is (en ook geen verschil behoort te zijn) tussen het handelsrecht en het burgerlijk recht[85]. In de discussie wordt hierover van gedachten gewisseld, mede naar aanleiding van de oppositie van J.A. Levy. Levy gaat nu nog een stap verder dan in 1868. Onder verwijzing naar Duitsland dicht hij de gewoonte in het handelsrecht derogatoire kracht toe ten opzichte van de wet. Anders zou er volgens hem geen ontwikkeling in de handel denkbaar zijn. In het burgerlijke recht heeft de gewoonte slechts interpretatieve kracht. Levy krijgt echter nauwelijks steun. S.J. Hingst reageert als eerste met de redenering dat gewoonte weliswaar geen recht geeft, maar dat zij wel de 'dwingende factor' kan zijn 'voor het geweten van den rechter om eene zaak in zekere richting te beslissen'[86]. H.L. Drucker (1857-1917)[87] bestrijdt Levy's verwijzing naar de Duitse situatie omdat de overige omstandigheden daar niet met die in Nederland vergelijkbaar zijn[88].

Tijdens deze vergadering van de NJV wordt het duidelijk dat het handelsrecht als min of meer autonoom deel van het privaatrecht zijn langste tijd heeft gehad. De overgrote meerderheid van de op de vergadering aanwezige leden van de vereniging stemt in met de conclusie van zowel Molengraaff als Hartogh dat het niet wenselijk is onderscheid te maken tussen handelsrecht en burgerlijk recht. In de decennia daarna worden stukje bij beetje de wettelijke verschillen tussen het

84. De door het bestuur van de NJV aan de preadviseurs voorgelegde vraag luidt: 'Is het noodzakelijk of wenschelijk tusschen handelsrecht en burgerlijk recht te onderscheiden en ze tot voorwerpen van afzonderlijke wettelijke regeling te maken?', *Handelingen NJV* 14 (1883) I, p. 179.

85. Hartogh voegt daar, met verwijzing naar Assers *Schets* (p. 9), aan toe: 'Bij mij blijft wegen het belang der codificatie: de gebruiken behooren voorzeker den wetgever bij zijn arbeid tot leiddraad te strekken, maar is eens de wet vastgesteld, dan moet zij, en zij alleen worden opgevolgd.' *Handelingen NJV* 14 (1883) I, p. 189/190.

86. *Handelingen NJV* 14 (1883) II, p. 111.

87. Zie over Drucker: C.J.H. Jansen, 'H.L. Drucker (1857-1917) en het burgerlijk recht', in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* VIII (1991), p. 45-59; *BWN* II, p. 558/559, en: E.H. Hondius, 'Hendrik Lodewijk Drucker (1857-1917)', in: *Zestig juristen*, p. 362-366.

88. *Handelingen NJV* 14 (1883) II, p. 124. Ook Asser legt de nadruk op de verschillen tussen de situatie in de Duitse landen en in Nederland. *Schets van het Nederlandse handelsrecht*, 12e druk, Haarlem 1911, p. 11.

handelsrecht en het burgerlijk recht opgeheven. De belangrijkste momenten zijn de invoering van de Faillissementswet in 1896, het nieuwe vennootschapsrecht in 1928 en tot slot de *Wet tot opheffing van de onderscheiding tusschen handelsdaden en niet-handelsdaden en kooplieden en niet-kooplieden* in 1935.

Na 1883 wordt er nog regelmatig over de rol van gewoonte, gebruiken en artikel 3 Wet AB geschreven en gediscussieerd[89]. Langzaam maar zeker wordt de betekenis van dit artikel uitgehold. Doordat steeds meer behoefte wordt gevoeld aan een correctiemogelijkheid van verouderde wetsbepalingen buiten de wetgever om, wordt artikel 3 Wet AB tot een dode letter. Zoals reeds aangegeven is bij de invoering van het nieuwe vermogensrecht per 1 januari 1992 deze dode letter uit de wet verwijderd[90].

5. *Slot*

H.J. Scheltema meende terecht dat de aparte positie van het handelsrecht historisch te verklaren is[91]. Of het in Nederland ook juridisch te rechtvaardigen

---

89. Zie onder andere J. Kosters, *De plaats van gewoonte en volksovertuiging in het privaatrecht*, Arnhem, 1912; K. Jansma, *Uitlegging van overeenkomsten*, Amsterdam 1913; *Handelingen NJV* 46 (1916) met preadvies van J. van Kuyk, *Staat het ongeschreven recht in kracht met dat in de wet beschreven op ééne lijn? Zoo neen, in hoever moet gelijke gelding worden aanvaard?*, 's-Gravenhage 1916; J.F. Houwing, 'Billijkheid, wet en gewoonte', *WPNR*, verspreid gepubliceerd in 31 afleveringen over de nrs. 2501 tot en met 2577, en in *Rechtskundige opstellen*, Haarlem 1921, p. 254-301; en natuurlijk Paul Scholten in zijn *Algemeen Deel*, Zwolle 1931, p. 102 e.v.

90. Zie hierboven, noot 3. De regering overwoog: 'Gewoonten behoren bij de opvulling van leemten in het burgerlijk recht een rol te kunnen spelen, zoals zij dit ook in vergaande mate doen in het staats- en administratierecht en volkenrecht.' Tegen deze achtergrond zou volgens de regering, nu de Inleidende Titel waarin de verhouding tussen wet en gewoonte was aangegeven is komen te vervallen, handhaving van artikel 3 Wet AB tot het misverstand kunnen leiden dat dit laatste artikel een betekenis heeft, die het, naar uit het bovenstaande blijkt, in het huidige recht reeds lang heeft verloren.' Zie Memorie van Toelichting Invoeringswet Boek 3, Vierde gedeelte, TK zitting 1981-1982, 17496, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek: parlementaire stukkken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 3: Vermogensrecht in het algemeen*, door W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, Deventer 1990, p. 1024.

91. Zie onder andere: W.F. Lichtenauer, *Geschiedenis van de wetenschap van het handelsrecht in Nederland tot 1809* (= deel V, aflevering 1 van 'Geschiedenis der Nederlandsche rechtswetenschap'), Amsterdam 1956; en: W.L.P.A. Molengraaff, *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandse handelsrecht* I, 9e druk (bewerkt door C.W. Star Busmann, Chr. Zevenbergen en G.H.C. Bodenhausen), Haarlem 1953, p. 3.

was, was tussen 1870 en 1884 voorwerp van discussie. Een element van de discussie betrof de vraag welke rol voor de gewoonte in het handelsrecht was weggelegd. Hierbij ging het onder andere om de reikwijdte van artikel 3 Wet AB.

We hebben gezien dat de schrijvers van de grote commentaren op het Burgerlijk Wetboek weinig moeite hadden de inhoud en de strekking van artikel 3 Wet AB te bepalen. Op de belangrijkste punten waren ze het met elkaar eens. Artikel 3 Wet AB stond volgens hen aan de erkenning van de gewoonte als bron van recht in de weg. Het recht moet in de wet gevonden worden en de wet bepaalt dat de gewoonte alleen bij de rechtsvinding betrokken mag worden indien de wet er naar verwijst. Dit zijn de grenzen waarbinnen de rechter in burgerlijke zaken moet opereren.

Bijna alle handelsrechtelijke auteurs die zich over artikel 3 Wet AB hebben uitgelaten zijn van mening dat het artikel in principe ook op het handelsrecht van toepassing is. Zonder uitzondering zoeken ze echter naar mogelijkheden om gewoontes die zich ook na de invoering van een codificatie in de praktijk ontwikkelen, een rol te laten spelen bij de rechtsontwikkeling. Het strengst in de (legistische) leer is De Pinto. De enige rol die hij voor de gewoonte ziet weggelegd is bij de interpretatie van een rechtsregel. Hij beschouwt de gewoonte dan niet als rechtsbron maar gebruikt haar bij de uitleg van een regel. De manier waarop dit dient plaats te vinden geeft hij niet aan. Diephuis denkt er vrijwel hetzelfde over als De Pinto, maar werkt zijn (Diephuis') denkbeelden verder uit. Hij ziet het als een taak voor de rechtswetenschap notie te nemen van handelsgewoontes om er bij het verklaren, uitleggen en aanvullen van de wet gebruik van te kunnen maken. Een direkt beroep op een handelsgewoonte in een proces, zonder dat deze gewoonte door de wetenschap als rechtsregel is geformuleerd, is dan niet mogelijk, omdat de gewoonte volgens Diephuis sinds de invoering van de codificaties in 1838 geen rechtsbron meer is. Kist spreekt zich, in tegenstelling tot Diephuis, duidelijk uit over hetgeen hij het wenselijkst acht. Hij had naar het voorbeeld van de Duitse situatie de gewoonte graag een belangrijker rol toebedacht in de rechtsbronnenhiërarchie van het handelsrecht. Nu de wetgever daar anders over denkt, legt hij zich daarbij neer en ziet hij voor de gewoonte slechts een rol weggelegd bij de verdere ontwikkeling van in de wet vastgelegde beginselen. Holtius lijkt de vraag naar de reikwijdte van artikel 3 Wet AB in het handelsrecht zo veel mogelijk te willen omzeilen door op vele mogelijkheden te wijzen die een opening bieden voor de erkenning van een gewoonte. De belangrijkste daarvan is de rol die de gewoonte speelt bij de uitleg van overeenkomsten.

De enige die voortdurend (en naar het lijkt steeds radicaler) te hoop loopt tegen alle wettelijke bepalingen, inclusief artikel 3 Wet AB, die handelsrecht en burgerlijk recht over één kam scheren is Levy. Bij Levy is het echter niet altijd duidelijk of hij het bestaande recht uitlegt en interpreteert of dat hij het door hem gewenste recht voorstelt alsof het bestaand recht is. Hij had vrijwel geen medestanders.

De omslag - tussen 1870 en 1884 - naar de relatief snel aanvaarde algemene mening dat het handelsrecht eigenlijk geen autonoom onderdeel van het privaatrecht is, valt samen met het einde van de populariteit van de legistische methode van rechtsvinding[92]. De vraag kan gesteld worden of hier een verband tussen bestaat. Enerzijds hebben kooplieden belang bij een grote mate van rechtszekerheid, anderzijds bepleiten sommige handelsrechtelijke auteurs een grotere ruimte voor de gewoonte in het handelsrecht dan in het burgerlijk recht, ook als de wet er niet naar verwijst[93]. Daar komt bij dat juist in de handel veelvuldig gebruik wordt gemaakt van arbiters die (indien dit is afgesproken) als 'goede mannen naar billijkheid' oordelen en zich van het wettenrecht derhalve niets hoeven aan te trekken[94]. In ieder geval kan geconstateerd worden dat beide ontwikkelingen (het einde van zowel het legisme als van het autonome handelsrecht) zich gedurende dezelfde decennia en gedeeltelijk onder invloed van dezelfde juristen hebben voltrokken. Zo heeft Molengraaff zowel bij de bestrijding van het legisme als bij het ontnemen van het zelfstandige karakter aan het handelsrecht een hoofdrol gespeeld. In de bestrijding van het legisme stond hij niet alleen. Medestanders waren onder anderen J.P. Moltzer (1850-1907), H.L. Drucker, J.F. Houwing (1857-1921) en H.J. Hamaker (1844-1911), van wie Hamaker algemeen als de radicaalste wordt beschouwd[95]. Voor hem behelst een privaatrechtelijke codificatie voor het belangrijkste deel niet meer dan de *beschrijving* van

---

92. P.C. Kop, *Legisme en Privaatrechtswetenschap*, p. 61.

93. Bijvooorbeeld J.A. Levy, *De herziening onzer handelswet*, p. 37, 50/51; B.J. Polenaar, '"Is het noodzakelijk of wenschelijk tusschen handelsrecht en burgerlijk recht te onderscheiden en ze tot voorwerpen van afzonderlijke wettelijke regeling te maken?"', in: *Rechtsgeleerd Magazijn* 2 (1883), p. 415-429, en in: *Handelingen NJV* 14 (1883) II, p. 131, en: B.D.H. Tellegen, *Handelingen NJV* 3 (188) II, p. 155.

94. Artikel 1054 lid 3 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

95. P.C. Kop, *Legisme en Privaatrechtswetenschap*, p. 56. Zie ook: *BWN* I, p. 226/227. In een levensbeschrijving van J. Ph. Suyling (leerling van zowel Molengraaff als Hamaker) wordt Hamaker 'een tot abstractie geneigd syntheticus' genoemd en Molengraaff 'een naar de realiteit gewend analyticus'. Zie: [F.C. Gerretson], 'Prof. Mr. J.Ph. Suyling', in: *Wegens zijn bijzondere verdienste*, Amsterdam-Brussel 1949.

'feitelijk gangbaar recht'.[96]. Indien een rechter geconfronteerd wordt met een verschil tussen een wettelijke bepaling van privaatrechtelijke aard en het feitelijke gangbare recht zelf, acht Hamaker de rechter in principe bevoegd, ja veelal zelfs verplicht overeenkomstig het in de maatschappij levende recht recht te spreken[97]. In zijn rechtsvindingsleer maakt Hamaker geen onderscheid tussen burgerlijk recht en handelsrecht. In de periode waarin hij zijn radicale ideeën over de verhouding van de rechter ten opzichte van de wet formuleert (tussen 1884 en 1909) is de discussie over de zelfstandigheid van het handelsrecht en de betekenis van artikel 3 Wet AB voor het handelsrecht al ten einde gekomen. Na de vergadering van de NJV in 1883 is er nauwelijks meer over gedebatteerd. Dit kan volgens mij voornamelijk verklaard worden door de succesvolle bestrijding van het legisme. Waar de rechter meer vrijheid krijgt voor een op redelijkheid en billijkheid gerichte wetsinterpretatie, heeft de praktijk geen behoefte meer aan een zelfstandig handelsrecht waarin meer ruimte voor de gewoonte wordt ingeruimd dan in het burgerlijk recht[98].

R.J.Q. KLOMP AMSTERDAM

96. H.J. Hamaker, 'Recht, wet en rechter', *Verspreide geschriften* VII, Haarlem 1913, p. 231-335, in het bijzonder 326.

97. Hamaker maakt een uitzondering voor de gevallen waar de wetgever in het Burgerlijk Wetboek voorschriften voor (o.a.) ambtenaren heeft opgenomen en voor de gevallen waarin de wetgever zijn wil wil opleggen (bijvoorbeeld voor bescherming van de werknemer of met het oog op de openbare orde). Dan moet de rechter de wet volgen en niet het in de maatschappij levende recht. Zie: *Verspreide geschriften* VII, p. 290-293. Zie ook: H.J. van Kooten, 'Een opmerkelijke paradox? Over de implicaties van de rechtsvindingstheorie van H.J. Hamaker (1844-1911) voor de rol van de burgerlijke rechter in politieke kwesties', in: *Ars Aequi* 41 (1992), p. 716-725.

98. Met dank aan Dr. T.J. Veen voor zijn commentaar op eerdere versies van dit artikel.