

De opschortende voorwaarde naar Romeins recht en volgens het Nederlandse Burgerlijk Wetboek

*J.A. Ankum**

1. Deze korte studie, die de uitwerking vormt van de voordracht die ik op 2 november 1993 in Leiden heb gehouden ter gelegenheid van het terugtreden van mijn vriend Jeroen M.J. Chorus als hoogleraar in de historische ontwikkeling van het recht, is gewijd aan enkele aspecten van de opschortende voorwaarde in het Romeinse recht en in het Nederlandse Burgerlijk Wetboek sinds 1992. Nu onze wetgever in 1992 de terugwerkende kracht van de voorwaarde heeft afgeschaft en de regeling van de voorwaarde daardoor meer op de Romeins-rechtelijke heeft doen lijken, leek mij 'de voorwaarde' een geschikt onderwerp voor een vergelijkende behandeling, zoals die door de organisatoren van het afscheidscolloquium op 2 november bedoeld was. Wij beperken ons tot de opschortende voorwaarde, door de Romeinse juristen aangeduid met de term *condicio*. Hieronder wordt naar Romeins en modern Nederlands recht verstaan de bepaling, toegevoegd aan een rechtshandeling, waardoor het intreden van de rechtsgevolgen daarvan afhankelijk wordt gemaakt van het geschieden van een toekomstige onzekere gebeurtenis. De ontbindende voorwaarde leent zich veel moeilijker voor een vergelijking tussen de genoemde rechtssystemen. De Romeinen hebben deze nauwelijks toegepast en kennen geen technische term ter aanduiding ervan.¹ Bij de bedingen krachtens welke de koop ongedaan gemaakt kan worden, maakten de Romeinse juristen meestal gebruik van de volgende constructie: de koopovereenkomst wordt zuiver gesloten en aan de koopovereenkomst wordt een *pactum* (afpraak) toegevoegd tot ontbinding van de koop onder een opschortende voorwaarde.² Daar de resultaten van dergelijke afspraken zeer dicht staan bij die van de ontbindende voorwaarde in het moderne recht, zouden die in de behandeling moeten worden betrokken. Dit is binnen het kader van een kort opstel niet op

* Prof. mr. J.A. Ankum is hoogleraar in het Romeinse recht, de historische ontwikkeling van het recht en de juridische papyrologie aan de Universiteit van Amsterdam.

1. De term *condicio* wijst, als zij ter aanduiding van een voorwaarde wordt gebruikt, altijd op de opschortende voorwaarde.
2. Zo schrijft Ulpianus in D. 18.3.1 met betrekking tot de *lex commissoria*: 'Als een stuk grond onder een vervalbeding is verkocht, is het veeleer zo, dat de koop geacht wordt onder een opschortende voorwaarde ontbonden dan aangegaan te worden'.

verantwoorde wijze mogelijk. Wij beperken ons daarom tot de opschortende voorwaarde.

2. De behandeling van enkele kwesties met betrekking tot de opschortende voorwaarde (hierna 'de voorwaarde' genoemd) in het Romeinse recht³ wil ik beginnen met een paar terminologische gegevens. Wanneer een opschortende voorwaarde, waarvan de vervulling nog mogelijk is, nog niet in vervulling is gegaan, schrijven de Romeinse juristen *condicio pendet*. Wanneer zij een rechtsvraag stellen die betrekking heeft op die situatie, duiden zij die aan als *pendente condicione* (terwijl de voorwaarde nog hangt).⁴ Als de voorwaarde in vervulling gaat, wordt de uitdrukking *condicio deficit* (letterlijk: 'de voorwaarde ontbreekt'⁵) gebruikt. Als de voorwaarde niet in vervulling gaat of is gegaan, geven de juristen dit weer met *condicio exstat* of *impletur* dan wel *exstitit* of *impleta est*. Van een *stipulatio* waarvan de voorwaarde in vervulling treedt, zegt men *stipulatio committitur* (de stipulatie treedt in werking).

Uitdrukkelijk vooropgesteld dient te worden, dat het Romeinse recht nooit een algemene wettelijke regeling van de voorwaarde heeft gekend en dat de Romeinse juristen nooit een algemene behandeling hebben gegeven van hetgeen wij het leerstuk van de voorwaarde noemen. Wat zij wel hebben gedaan, was rechtsbeslissingen geven over concrete praktische rechtsvragen ten aanzien van bepaalde voorwaardelijke rechtshandelingen of categorieën van voorwaardelijke rechtshandelingen. De rechtshandelingen waaraan het vaakst een voorwaarde werd toegevoegd waren, evenals in het moderne recht het geval is, testamentaire makingen, de eigendomsoverdracht en overeenkomsten. Voorwaarden opgenomen in deze drie categorieën rechtshandelingen komen hierna aan de orde. Daar de afschaffing van de terugwerkende kracht van de voorwaarde de belangrijkste vernieuwing is van de regeling van deze figuur in het nieuwe BW, zullen wij, om vast te stellen in hoeverre in het Romeinse recht van terugwerkende kracht sprake is geweest, voor de te

3. Zie over de opschortende voorwaarde in het Romeinse recht: M. Kaser - F.B.J. Wubbe, *Romeins Privaatrecht*², Zwolle 1971; M. Kaser, *Das römische Privatrecht* (hierna RPR), München, I², 1970, pp. 257-258 en II², 1976, pp. 95-96, alsmede R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (hierna: *Law of Obligations*), Cape Town etc. 1990, pp. 718-731. Van de monografische literatuur noem ik hier: W. Flume, *Die Vererblichkeit der suspensiv bedingten Obligation nach klassischem römischem Recht*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 14(1936), pp. 19-85 = *Gesammelte Schriften*, Köln 1988, pp. 80-124; A. Masi, *Studi sulla condizione nel diritto Romano*, Milano 1966 (vgl. ook de bespreking van G. Wesener in *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte (Rom. Abt.)*, 84(1967), pp. 466-471); A. Calonge, *En torno al problema de la retroactividad de la condición en el derecho clásico*, in *Studi Volterra*, III, Milano 1971, pp. 143-172 en W. Flume, 'Der bedingte Rechtsakt nach den Vorstellungen der römischen Klassiker', in *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte (Rom. Abt.)*, 92(1975), pp. 69-129 = *Gesammelte Geschriften*, pp. 182-228.
4. De Duitse rechtstaal kent nog steeds de uitdrukking 'die Pendenz der Bedingung'.
5. Ons oude BW sprak nog in art. 1294 over het ontbreken van de voorwaarde. In ons nieuwe BW komt deze term niet meer voor.

bestuderen voorwaardelijke rechtshandelingen nagaan 1) welke rechtsgevolgen deze hebben in de periode waarin de voorwaarde nog hangt en 2) of de rechtshandeling na het in vervulling gaan van de voorwaarde slechts voor de toekomst dan wel ook met terugwerking tot het moment van de rechtshandeling rechtsgevolgen had. Als ingegaan zou worden op de vraag naar de echtheid der te bestuderen bronnen en op de interpretaties ervan door moderne romanisten zou over deze materie zonder moeite een boek kunnen worden geschreven. In het hiernavolgende ga ik zonder discussie van de classiciteit van het overgrote deel van te bespreken Digestenplaatsen uit. Van een gedachtenwisseling met de in noot 3 genoemde auteurs zie ik af en ik beperk mij tot een eigen zelfstandige bronneninterpretatie, die vooral tot doel heeft te laten zien, hoe de klassieke juristen met de voorwaarde hebben gewerkt. Over het Justiniaanse recht volgen enkele opmerkingen aan het eind van dit nummer.

In het hierna volgende zullen achtereenvolgens voorwaardelijke testamentaire makingen (A), voorwaardelijke eigendomsoverdrachten (B) en voorwaardelijke overeenkomsten (C) worden behandeld.

A. VOORWAARDELIJKE TESTAMENTAIRE MAKINGEN⁶

1. Voorwaardelijke erfstellingen

In de fragmenten der juristengeschriften vindt men gevallen, waarin iemand tot erfgenaam wordt ingesteld onder de voorwaarde dat hij het Capitool zal hebben beklommen of dat een bepaald schip binnen drie maanden uit *Asia* zal zijn aangekomen. Zowel in de juristenteksten als in de op wastafeltjes en papyrus overgeleverde testamenten zeer veel voorkomend zijn twee bijzondere typen voorwaardelijke erfstellingen, die bekend staan als *substitutio vulgaris* en *substitutio pupillaris*. De vulgair gesubstitueerde wordt als erfgenaam ingesteld onder de voorwaarde, dat de als eerste ingestelde geen erfgenaam zal zijn. De pupillair gesubstitueerde wordt ingesteld onder de voorwaarde dat het door de erflater eerst ingestelde kind als onvolwassene zal komen te overlijden. Om mijn beschouwingen niet te gecompliceerd te maken beperk ik mijn bespreking van de voorwaardelijke erfstelling tot die van de *zgn. heredes voluntarii*, dit zijn alle erfgenamen die niet behoren tot de *heredes necessarii*⁷ en die de hoedanigheid van erfgenaam pas verkrijgen door de nalatenschap of hun erfdeel te aanvaarden.

Indien een *heres voluntarius* (vrijwillige erfgenaam), bijv. de vrouw, een

6. Zie daarover P. Voci, *Diritto ereditario romano*, II², Milano 1963, pp. 616-617.

7. *Heredes necessarii* (noodzakelijke erfgenamen) zijn 1) de *zgn. heredes sui*, dat zijn de personen, zoals de *filii familias* van de erflater, die door diens overlijden tot *sui iuris* (zelfstandige personen) worden en 2) de aan de erflater toebehorende slaaf, die hij bij testament heeft vrijgelaten en tot erfgenaam heeft ingesteld. Deze erfgenamen zijn van rechtswege en noodzakelijkerwijze erfgenaam. Alle andere wettelijke en testamentaire erfgenamen zijn 'vrijwillige erfgenamen'; zij worden pas erfgenaam door te aanvaarden. Voor de voorwaardelijke erfstellingen van de *heredes necessarii* gold een bijzonder regime; zie Kaser, RPR, I², p. 688.

broer of een vriend van de erflater, onder een voorwaarde tot erfgenaam is ingesteld, dan heeft hij, vóór de voorwaarde in vervulling gaat, geen enkel recht met betrekking tot de erfenis. Zolang de voorwaarde hangt, is de nalatenschap een *hereditas iacens* (een ongevallene nalatenschap die nog niet is aanvaard). Treedt de voorwaarde in vervulling, dan kan de voorwaardelijk ingestelde zich tot erfgenaam maken door de nalatenschap of zijn erfportie te aanvaarden.⁸ Van enige anticiperende werking van de voorwaardelijke erfstelling is geen sprake. Als de voorwaardelijk ingestelde vóór de vervulling van de voorwaarde sterft, vervalt de erfstelling. Het recht om na deze vervulling te aanvaarden gaat niet op zijn erfgenamen over. Dit is in overeenstemming met de wil van de erflater. Van terugwerkende kracht van de voorwaarde is na vervulling evenmin sprake. Verkrijgingen, die door middel van de nalatenschaps-slaven hebben plaatsgehad, worden sinds Julianus (± 150 na Chr.) aan de ongevallene nalatenschap, die de rol van een persoon vervulde, toegerekend en gaan bij aanvaarding door de erfgenaam die plaats had na het in vervulling gaan der voorwaarde op deze over. Als van terugwerkende kracht sprake zou zijn geweest, dan zouden de verkrijgingen vanaf het openvallen van de nalatenschap geacht zijn door de erfgenaam te zijn verworven.

2. Voorwaardelijke legaten

Wij zullen achtereenvolgens de beide hoofdtypen van de Romeinse legaten de revue laten passeren: eerst komen de voorwaardelijke vindicatie-legaten (a) en vervolgens komen de voorwaardelijke damnatie-legaten (b) aan de orde. De eerste zullen blijken tot meer rechtsproblemen aanleiding te hebben gegeven dan de tweede.

a. Legata per vindicationem

Het wezen van dit type legaten is, dat de legataris door het legaat direct eigendom, vruchtgebruik of een ander zakelijk recht verwerft zonder dat een eigendomsoverdracht of een vestiging van het zakelijk recht nodig is. Gaat het om een voorwaardelijk vindicatie-legaat, dan verwerft de legataris — tenzij hij het legaat verwerpt — het zakelijk recht op het moment, waarop de voorwaarde in vervulling gaat. De rechtsverkrijging geschiedt *ex nunc*. Als de legataris voordien overlijdt, vervalt het legaat; zijn erfgenamen verwerven niet een potentieel recht om het legaat te verkrijgen, als de voorwaarde in vervul-

8. In D.28.5.60.5 behandelde Celsus een geval, waarin bij uitzondering ten aanzien van een erfdeel met betrekking waartoe een voorwaardelijke erfstelling gemaakt is, geen aanvaarding meer nodig was. Het geval is het volgende. Een erflater had in zijn testament Titius voor $\frac{1}{2}$, Seius voor $\frac{1}{4}$ en Titius voor nog $\frac{1}{4}$, in dit laatste geval onder een voorwaarde, tot erfgenamen ingesteld. Titius en Seius aanvaardden de erfdeelen, waarvoor zij onvoorwaardelijk waren ingesteld. Toen de voorwaarde waaronder Titius voor $\frac{1}{4}$ tot erfgenaam was ingesteld in vervulling was gegaan, behoefde hij volgens Celsus niet nog eens te aanvaarden, daar hij zijn wil om erfgenaam te zijn reeds bij de aanvaarding van de helft van de nalatenschap geuit had.

ling gaat. Dit is in overeenstemming met de wil van de *testator*.

Door Gaius *Inst.*,2.200 weten wij, dat er over de vraag hoe de rechtstoestand was in de periode waarin de voorwaarde nog hangende was, een meningsverschil bestond tussen de rechtsscholen der Proculianen en der Sabinianen. Volgens de eerstgenoemden was de zaak *pendente condicione* een *res nullius*, een zaak die aan niemand toebehoorde. Volgens de andere school was in de tussentijd de erfgenaam eigenaar van de voorwaardelijk *per vindicationem* gelegateerde zaak. De mening van de Sabinianen is de heersende geworden.⁹ In het hierna volgende beperken wij ons tot het veel voorkomende geval, waarin de eigendom van een zaak gelegateerd is. Het resultaat van beide opvattingen is, dat de vindicatielegataris na het in vervulling gaan van de voorwaarde niet in een slechtere positie verkeert, dan die, waarin hij zou hebben verkeerd, indien hij de zaak op het moment van aanvaarding door de erfgenaam zou hebben verworven. Vóór die vervulling heeft de legataris geen enkel recht ten aanzien van de voorwaardelijk gelegateerde zaak.

Volgens de Proculiaanse opvatting zijn alle handelingen, waardoor de erfgenaam als *non dominus* de zaak heeft vervreemd of belast, ongeldig. Die opvatting vinden wij nog in een tekst van Pomponius¹⁰, waarin deze jurist schrijft, dat de erfgenaam betreffende een voorwaardelijk bij vindicatielegaat vermaakt stuk grond *pendente condicione* geen geldig onvoorwaardelijk vindicatielegaat kan maken en dat deze daarop geen geldig servituut kan vestigen.

Hetgeen volgens de Sabiniaanse opvatting de rechtsgevolgen waren van rechtshandelingen die de erfgenaam vóór de vervulling der voorwaarde met betrekking tot de voorwaardelijk gelegateerde zaak heeft verricht, kan uit de beslissingen die de klassieke juristen in concrete gevallen hebben gegeven, worden gereconstrueerd. Als de *heres* de voorwaardelijk gelegateerde zaak heeft vervreemd of met een beperkt zakelijk recht heeft bezwaard, en de rechtsgevolgen van deze handelingen bij het in vervulling gaan van de voorwaarde kunnen worden beëindigd, dan zijn die zakenrechtelijke handelingen voorlopig geldig.¹¹ De koper, aan wie de erfgenaam de zaak heeft geleverd, wordt vooralsnog eigenaar; treedt de voorwaarde in vervulling, dan verwerft de vindicatie-legataris het eigendomsrecht en kan deze de zaak revindiceren.¹² De buurman, die op het voorwaardelijk gelegateerde stuk grond een servituut heeft verkregen, dat de erfgenaam te zijnen gunste heeft

9. Dat is begrijpelijk, daar in die Sabiniaanse leer wordt vermeden, dat een derde door *occupatio* eigendom van de zaak die het voorwerp van het voorwaardelijke vindicatielegaat is verwerft, die hij bij vervulling der voorwaarde verliest, doch anders behoudt. Die consequentie der Proculiaanse leer lijkt inderdaad ongerijmd.

10. Zie Pomp. D.35.1.105. Het is interessant te constateren, dat aan het einde van de tekst door een latere lezer of door de compilatoren een zinsnede is toegevoegd die gebaseerd is op de na Pomponius heersend geworden Sabiniaanse opvatting. In die zinsnede wordt meegedeeld dat *existente condicione* een door de erfgenaam vóór de vervulling der voorwaarde gevestigde erfdienschbaarheid zal eindigen (*finietur*).

11. Zij blijven geldig, indien geen vervulling van de voorwaarde plaats heeft.

12. Zie bijv. Gaius D.30.69.1.

gevestigd, is voornamelijk een servituutgerechtigde geworden; treedt de voorwaarde van het legaat in vervulling, dan eindigt zijn erfdiensbaarheid.¹³ Afwijkend is het regime van door de erfgenaam tussentijds verrichte rechtshandelingen die een onherroepelijk karakter hebben. De bronnen geven als voorbeeld het vrijlaten van een voorwaardelijk gelegateerde slaaf en het door er een stoffelijk overschot in te begraven tot een *res religiosa* maken van een gedeelte van een voorwaardelijk gelegateerd stuk grond. Deze rechtshandelingen hebben voornamelijk geen enkel rechtsgevolg; komt echter de voorwaarde te ontbreken, dan wordt de slaaf alsnog vrij en het gedeelte van de *fundus* alsnog een *res religiosa*.¹⁴ Door dit subtiel geheel van rechtsbeslissingen is een voor alle betrokkenen bevredigende regeling¹⁵ bereikt. Hoewel door deze regeling resultaten worden verkregen, die doen denken aan die welke door het toekennen van terugwerkende kracht van de voorwaarde worden bereikt¹⁶, is toch van die terugwerkende kracht geen sprake. Dit blijkt ook uit het feit dat het voorwaardelijk vindicatielegaat van een zaak die op het moment van het maken van het testament aan de legataris toebehoort, maar op dat van de vervulling van de voorwaarde niet meer, geldig is.¹⁷ Het blijkt ook daaruit, dat de *heres* recht heeft op de vruchten van het voorwaardelijk *per vindicationem* gelegateerde stuk grond.¹⁸

b. Legata per damnationem

Weinig teksten zijn ons overgeleverd over de voorwaardelijke damnatielegaten. Dat is begrijpelijk, daar er hier weinig juridische problemen waren en de rechtspositie van deze damnatielegataris duidelijk was. Het *legatum per damnationem* doet een vorderingsrecht (bijv. tot levering van de vermaakte zaak of tot betaling van het gelegateerde geldsbedrag) ontstaan, dat tegen de

13. Zie Marcellus D.8.6.11.1 en 2 en de laatste zinsnede van Pomp. D.35.1.105. Daar de bedoeling van de hele regeling is te vermijden, dat de rechtspositie van de legataris slechter wordt, is het begrijpelijk dat Marcellus in de genoemde tekst een door de erfgenaam ten gunste van het gelegateerde stuk grond op een naburig erf verkregen erfdiensbaarheid ten bate van de legataris na de in vervulling treding van de voorwaarde laat voortduren.

14. Zie Gaius D.40.9.29.1 en Paulus D.11.7.34 en D.40.1.11.

15. Dezelfde regeling is door de Romeinse juristen op het *legatum optionis* toegepast, krachtens hetwelk aan een legataris het recht wordt gegeven uit de nalatenschapsslaven een keuze te maken. Dit legaat wordt behandeld als een vindicatielegaat van alle nalatenschapsslaven apart onder de voorwaarde dat de legataris hierop zijn keuze uitbrengt. Zie Iavolenus D.33.5.14 en Gaius D.40.9.3: indien de erfgenaam een tot de nalatenschapsslaven behorende slaaf heeft vrijgelaten, ontbeert deze vrijlating voornamelijk geldigheid; indien de legataris zijn keus op een of meer andere slaven heeft uitgebracht, wordt de door de erfgenaam verrichte vrijlating alsnog geldig.

16. De redenering zou dan zijn, dat de legataris vanaf het moment waarop de nalatenschap aanvaard is, geacht wordt eigenaar te zijn geweest, zodat alle rechtshandelingen van de erfgenaam, ook die welke voor de legataris gunstig zijn (zie hierboven, noot 13) met terugwerkende kracht nietig zijn, en door de erfgenaam genoten vruchten alsnog aan de legataris moeten worden vergoed.

17. Zie Ulpianus D.30.41.2.

18. Vgl. Modestinus D.31.32.1.

erfgenaam met de *actio ex testamento* kan worden geëffectueerd, nadat laatstgenoemde de nalatenschap heeft aanvaard. Indien aan het damnatielegaat een (opschortende) voorwaarde is verbonden, ontstaat het vorderingsrecht van de legataris pas, als de voorwaarde in vervulling treedt.¹⁹ Anders dan bij de voorwaardelijke schuld uit een stipulatie²⁰ is hier van enige anticiperende werking van deze vervulling en van enige terugwerkende kracht geen sprake. Zoals uit Ulpianus D.44.7.42 blijkt wordt de damnatielegataris vóór de *impletio* van de *condicio* op geen enkele wijze als een schuldeiser beschouwd. Indien de erfgenaam overlijdt, vóór de legataris door het in vervulling gaan van de voorwaarde zijn vorderingsrecht heeft verkregen, dan gaat de potentiële gehoudenheid tot de uitkering van het legaat op zijn erfgenamen over. Komt daarentegen de legataris te overlijden voordat de voorwaarde vervuld wordt, dan vervalt het legaat. Van overgang op diens erfgenaam van een potentieel vorderingsrecht is geen sprake. Dit correspondeert met de wil van de erfflater. Op deze erfgenaam gaat alleen dan het op het legaat gebaseerde vorderingsrecht over, als de legataris na de vervulling van de voorwaarde is overleden.²¹

3. Voorwaardelijke vrijlatingen

Een oude — reeds in de Wet der XII Tafelen voorkomende — rechtsfiguur is de voorwaardelijke testamentaire vrijlating. De erfflater bepaalde bijv. in zijn testament, dat een zekere, hem toebehorende slaaf vrij zal zijn, als hij aan de erfgenaam een bepaald geldsbedrag betaalt. Zolang de voorwaarde hangende is, behoort de aldus voorwaardelijk vrijgelaten slaaf, door de Romeinen *statuliber* genoemd, toe aan de erfgenaam.²² Deze kan de *statuliber* vreemden, met een pandrecht bezwaren en vrijlaten.²³ De slaaf gaat echter over *cum sua causa*²⁴, d.w.z. met behoud van zijn potentiële recht op vrijheid. Treedt de voorwaarde in vervulling, dan wordt de slaaf vrij, hetgeen in overeenstemming is met de gedachte van de *favor libertatis*, gaan alle door derden op de slaaf verkregen rechten teniet en wordt deze van een vrijgelatene die aan de erfgenaam patronaatsplichten verschuldigd is, tot een *libertus orcinus*, d.w.z. een vrijgelatene met een *patromus*, die als overledene in de *orcus* (onderwereld) verblijft en die dus geen patronaatsrechten kan uitoefenen. Indien de voorwaarde onder welke de testamentaire vrijlating is geschied

19. Tegen insolventie van de erfgenaam wordt de legataris, die slechts een voorwaardelijk recht heeft, door de praetor beschermd, doordat de erfgenaam jegens de legataris de *cautio legatorum servandorum causa* moet afleggen. Onder praetorische dwang belooft de erfgenaam, dat hij het legaat zal uitkeren, als de voorwaarde zal worden vervuld, en deze belofte wordt door borgen versterkt.

20. Zie hierna onder Geval C1.

21. Zie Ulpianus, *Regulae*, 24, 30.

22. Zie Gaius, *Inst.*, 2,200 en Ulpianus, *Regulae*, 2,2.

23. Zie Ulpianus, *Regulae*, 2,3; Ulpianus D.40.7.2*pr* en Marci. D.20.1.13.1. Als voorbeeld citeer ik de laatste tekst: ‘Op een *statuliber* kan ook een geldig (bezitloos) pandrecht worden gevestigd, maar als de voorwaarde in vervulling gaat, gaat het pandrecht teniet.’

24. Zie Ulp. D.40.7.2*pr*.

de betaling is door de slaaf van een geldsbedrag aan de erfgenaam en laatstgenoemde heeft de *statuliber* aan een koper in eigendom overgedragen, dan moet — zoals de Twaalf Tafelen bepaalden — deze betaling nu aan de koper geschieden, wil de voorwaardelijk vrijgelatene zijn vrijheid verwerven. In dit geval doet het verwerven van de *libertas* door de slaaf de rechten van de koper dus niet geheel teniet gaan. Weliswaar verliest deze de eigendom van de slaaf, maar in plaats daarvan verkrijgt hij een geldsbedrag. Van terugwerkende kracht van de voorwaarde is geen sprake; deze had ertoe geleid aan te nemen, dat de slaaf geacht zou zijn vanaf het moment van de aanvaarding door de erfgenaam vrij te zijn en dat het bij testament bepaalde geldsbedrag aan de erfgenaam had moeten zijn betaald. De *statuliber* verwerft zijn vrijheid *ex nunc* en aan de belangen van de koper wordt tegemoetgekomen door de genoemde, reeds in de XII Tafelen neergelegde regel.

B. VOORWAARDELIJKE EIGENDOMSOVERDRACHT

Dat er weinig teksten over de voorwaardelijke eigendomsoverdracht zijn overgeleverd is begrijpelijk, als men bedenkt dat aan de formele leveringshandelingen van het *ius civile*, *mancipatio* en *in iure cessio*²⁵, geen voorwaarde kon worden verbonden; in de teksten waaruit de compilatoren een selectie hebben gemaakt voor de Digesten kwam dus, voor zover zij betrekking hadden op die beide leveringsvormen van het *ius civile*, geen voorwaardelijke eigendomsoverdracht voor. Alleen voor de voorwaardelijke eigendomsoverdracht door *traditio* beschikken wij over teksten. Daaruit blijkt, dat over de werking ervan meningsverschil tussen de klassieke juristen heeft bestaan. Julianus bespreekt in D.39.5.25 een geval waarin Titius aan iemand een geldsbedrag schenkt en de eigendomsoverdracht afhankelijk maakt van het intreden van de voorwaarde ‘als Seius consul zal zijn geworden’. Titius overlijdt of wordt krankzinnig, vervolgens aanvaardt Seius het consulaat. De vraag of de voorwaardelijk begiftigde alsnog de eigendom van de geldstukken verkrijgt, beantwoordt Julianus positief. Hij laat dus de handeling ondanks de storende omstandigheden van de dood en de *furor* van de schenker effect sorteren. Pas op het moment van het consul worden van Seius krijgt de voorwaardelijk begiftigde de eigendom der geldstukken; de mogelijkheid daartoe wordt door de dood en door het krankzinnig worden van de schenker niet aangetast. Er is dus in de opvatting van Julianus in zoverre van een anticiperende werking sprake dat de kans dat de voorwaardelijk geschonken zaak het vermogen zal verlaten ook werkt ten laste van de erfgenaam. Ook erkent Julianus een zekere mate van terugwerking tot het moment van de *traditio*, daar hij de handelingsbekwaamheid van de schenker op dat moment beslissend acht en diens later intredende geestesziekte niet relevant acht.

Uit Ulpianus' behandeling van een vergelijkbaar geval in D.23.3.9.1 blijkt dat er voor de situatie, waarin de overdrager voor het in vervulling gaan van de voorwaarde komt te overlijden ook een andere opvatting heeft bestaan.

25. Zie Kaser, RPR, I², p. 255 en Pap. D.50.17.77.

Iemand heeft aan de verloofde van zijn dochter zaken overgedragen met de afspraak dat deze de bruidsschat zullen uitmaken als het huwelijk zal zijn gevolgd. Na het overlijden van de (schoon)vader zijn de verloofden getrouwd. Heeft de schoonzoon ondanks het overlijden van zijn toekomstige schoonvader de eigendom van de voorwaardelijk aan hem overgedragen zaken verkregen en zijn dit dotale zaken geworden? Ulpianus begint met het uiten van zijn vrees dat dit niet het geval is. De eigendom, die immers nog niet door de schoonzoon is verworven zolang de voorwaarde nog hangt, is door het overlijden van de toekomstige schoonvader op diens erfgenaam overgegaan en kan niet uit zijn vermogen gaan zonder zijn toestemming. Dit is kennelijk een in het (oudere) klassieke recht verdedigde zienswijze geweest. Ulpianus blijft er niet bij staan; op ‘welwillende wijze en op grond van de *favor dotis*’ verdedigt hij om het door de Romeinen gevreesde *indotata*-zijn van de vrouw te vermijden, dat de erfgenaam van degene die onder voorwaarde een bruidsschat heeft gegeven moet instemmen met de eigendomsovergang dan wel dat in geval van diens weigerachtigheid of afwezigheid tot een eigendomsovergang van rechtswege dient te worden geconcludeerd. De leidende gedachte van de begunstiging van de bruidsschat brengt Ulpianus dus uiteindelijk tot een maatschappelijk gewenst resultaat, dat parallel loopt met dat van Julianus’ beslissing voor het geval van de dood van degene die onder voorwaarde een schenking had gedaan.

C. VOORWAARDELIJKE OVEREENKOMSTEN

1. De voorwaardelijke *stipulatio*

Veel aandacht hebben de Romeinse juristen besteed aan de onder een voorwaarde gesloten *stipulatio*, hetgeen gezien het frequente gebruik van deze overeenkomst die een zeer gevarieerde inhoud kon hebben, niet verwonderlijk is. Dat zij daarbij soms niet en soms wel een zekere mate van terugwerking hebben erkend, is in overeenstemming met het casuïstische karakter van hun rechtsvindingsmethode.

Vast staat, dat het vorderingsrecht van de voorwaardelijke crediteur pas ontstaat op het ogenblik waarop de voorwaarde in vervulling treedt.²⁶ Het recht om te vorderen is opgeschort (*petitio suspensa est*), zoals Paulus schrijft in *Fragmenta Vaticana* 50, en ontstaat pas, wanneer de voorwaarde in vervulling gaat. Een consequentie hiervan is, dat de juristen de stipulatie, waarbij iemand zich een zaak heeft laten beloven, die hem op het moment van de contractssluiting nog wel, maar op dat van het in vervulling gaan van de

26. Het is hiermee in overeenstemming dat een *novatio*, waarbij iemand zich bij *stipulatio* onder een voorwaarde door Titius had laten beloven hetgeen Sempronius hem verschuldigd was, pas van kracht wordt als de voorwaarde in vervulling gaat; pas dan verkrijgt de crediteur zijn vorderingsrecht jegens Titius en gaat zijn vordering op Sempronius teniet; vgl. Pomp. D.46.2.24. Zie ook Gaius *Inst.*, 3,179 en Ulpianus D.46.2.14: de voorwaardelijke *novatio* treedt pas in werking bij het in vervulling gaan van de voorwaarde; als slaaf Stichus die het object was van de novatie-stipulatie hangende de voorwaarde een natuurlijke dood is gestorven, komt de novatie niet tot effect.

voorwaarde niet meer toebehoorde, als een *stipulatio utilis* (een rechtens effectieve stipulatie) hebben beschouwd, op grond waarvan de *stipulator* vanaf dat laatste moment tot eigendomsverschaffing kon ageren.²⁷

Aan de voorwaardelijke stipulatie hebben de Romeinse juristen in de periode waarin de voorwaarde nog hangende is een zekere anticiperende werking toegekend. Er bestaat volgens hen tussen de potentiële crediteur en de potentiële debiteur toch reeds 'iets' dat rechtens relevant is. In *Inst.* 3.15.4 treffen wij de volgende, waarschijnlijk uit de Instituten van Florentinus overgenomen²⁸ passage aan: '*ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque spem transmittimus, si, priusquam condicio existat, mors nobis contingerit*': ('op grond van een voorwaardelijke stipulatie bestaat slechts een verwachting, dat er een schuld zal ontstaan, en deze verwachting dragen wij aan onze erfgenamen over, als wij overlijden voordat de voorwaarde in vervulling gaat'). Waarschijnlijk duidt deze formulering op het overgaan van de verwachting in geval van overlijden van de potentiële crediteur in de periode waarin de voorwaarde nog hangt.²⁹ Hetzelfde heeft ook gegolden, indien *pendente condicione* de stipulatie-debiteur is gestorven. Zo schrijft bijv. Pomponius in D.46.2.24, *in fine*, dat hier door de dood van een *promissor* de *stipulatio* niet tenietgaat, maar overgaat op diens erfgenaam.³⁰ De potentiële schuld gaat dus op laatstgenoemde over.

Eveneens als het aannemen van een zekere anticiperende werking kan men de erkenning door de klassieke juristen beschouwen van de mogelijkheid om een voorwaardelijke, op een stipulatie gebaseerde schuld, kwijt te schelden door middel van een *acceptilatio*. Als er volgens hen rechtens nog helemaal 'niets' zou hebben bestaan, dan zouden zij dit niet hebben kunnen aanvaarden. Pomponius³¹ en Papinianus³² achten het mogelijk dat een voorwaardelijke schuld reeds hangende de voorwaarde door *acceptilatio* wordt kwijtgeschol-

27. Cf. Pomp. D.45.1.31.

28. Zie C. Ferrini, *Opere*, II, Milano 1929, p. 387. Florentinus gebruikt hier het beeld van de *spes debitum iri*, de verwachting van het ontstaan van een schuld. Van deze jurist zijn meer beeldende juridische uitdrukkingen bekend. Men denke bijv. aan de woorden, dat de opengevallen maar nog niet aanvaarde nalatenschap *personae vice fungitur* (de rol vervult van een persoon); vgl. Flor. D.30.116.2 en D.46.1.22.

29. Ook in Ulpianus D.50.16.54 worden deze schuldeisers aangeduid als degenen *qui spem habent* (die een verwachting hebben).

30. Zie ook Julianus D.45.1.57 volgens wie de *promissor* die hangende de voorwaarde overlijdt, *relinquet heredem obligatum* (zijn erfgenaam als gebonden zal nalaten).

31. Pomponius D.46.3.16 en D.46.4.12. In de eerste tekst kan men lezen, dat de schuldenaar na het in vervulling gaan van de voorwaarde geacht wordt *iam olim* (reeds lang) bevrijd te zijn. Daar zijn schuld echter pas bij de vervulling der voorwaarde is ontstaan, is het moeilijk de betekenis van deze twee woorden te begrijpen. Waarschijnlijk heeft in naklassieke tijd een lezer of hebben de compilatoren die woorden toegevoegd om de terugwerkende kracht meer nadruk te geven. Zie hierna, noot 45.

32. Papinianus D.50.17.77. De jurist maakt hier een onderscheid tussen de rechtens onmogelijke voorwaardelijke *acceptilatio* en de zuivere *acceptilatio* van een voorwaardelijke schuld. De laatste kan wel worden verricht, maar zij heeft pas rechtsgevolgen 'als de voorwaarde van de verbintenis in werking is getreden'.

den. Het bevrijdende rechtsgevolg komt tot stand als de voorwaarde in vervulling treedt. Men zou hier de door Eggens gecreëerde term ‘samenvallende rechtsmomenten’ kunnen gebruiken. Door de vervulling van de voorwaarde treedt de verbintenis in werking, maar zij gaat door de reeds tevoren verrichte kwijschelding weer op hetzelfde moment teniet.³³

Naast deze anticiperende werking kunnen wij bij de voorwaardelijke stipulatie ook in sommige gevallen een zekere terugwerking van de voorwaarde waarnemen. Deze door de juristen aan de vervulde voorwaarde gegeven terugwerking doet zich in de eerste plaats voor bij de door een *filii familias* voor zijn *pater* en bij de door een slaaf voor zijn meester gesloten voorwaardelijke stipulatie. Wordt na de overeenkomst de zoon geëmancipeerd of de slaaf vrijgelaten, dan rijst, wanneer vervolgens de voorwaarde vervuld wordt, de vraag wie de op de stipulatie gebaseerde actie kan instellen. De belangen van de vaders en de meesters hebben de juristen er stellig toe gebracht hier het moment van de contractssluiting als beslissend aan te merken en de actie aan de vader en de meester toe te kennen.³⁴ Volgens Paulus (D.45.1.78pr) komt de actie aan de vader toe ‘*quia in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus*’ (‘omdat wij bij stipulaties dit moment in ogenschouw nemen, waarop wij contracteren’).

Een tekst die in de latere Europese rechtsgeschiedenis een sterk argument is geweest voor degenen die op basis van het Corpus Iuris een algemeen beginsel van de terugwerkende kracht van de voorwaarde bepleitten, is D.20.4.11.1. Gaius stelt daarin het volgende geval aan de orde. Iemand had zich jegens C¹ onder een voorwaarde bij stipulatie tot een bepaalde prestatie (bijv. de betaling van een geldsbedrag) verbonden en vestigde een bezitloos pandrecht op een hem toebehorende zaak. Terwijl die voorwaarde nog hing, sloot hij een onvoorwaardelijke geldlening met C², ten wiens gunste hij op dezelfde zaak een bezitloos pandrecht vestigde. Vervolgens ging de voorwaarde van de overeenkomst met C¹ in vervulling. Als men geen terugwerkende kracht aanneemt, is de vordering van C¹ jonger dan die van C²; laatstgenoemde is dan dus *potior* met betrekking tot het pandrecht. Dit is kennelijk een in het (oudere) klassieke recht verdedigde mening, die Gaius eerst lijkt aan te hangen. Maar dan vervolgt hij: ‘*sed vereor num hic aliud sit dicendum, cum enim semel condicio extitit, perinde habetur, ac si illo tempore quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset. quod et melius est*’ (‘maar ik vrees, dat hier iets anders gezegd moet worden, want wanneer eenmaal de voorwaarde in vervulling is gegaan, moet de situatie rechtens aldus worden behandeld, alsof de stipulatie op het moment waarop zij is gesloten, zonder voorwaarde

33. Een voorwaardelijke schuld is ook reeds vatbaar voor betaling, als het onder een voorwaarde verschuldigde geldsbedrag wordt betaald met de afspraak dat het geld tot betaling van de schuld zal strekken als die voorwaarde vervuld wordt. Volgens Aristo vermeld door Pomponius in D.46.3.16 wordt de debiteur *existente condicione* bevrijd en kan daartegen niet worden aangevoerd, dat de toen nog potentiële crediteur reeds tevoren de eigendom der geldstukken had verkregen.

34. Zie aldus Pomp. D.50.17.8 en Paulus D.45.1.78pr en D.50.17.144.1.

tot stand was gekomen. En dit is de beste oplossing'). Daar volgens Gaius de voorwaardelijke stipulatie na het instellen van de voorwaarde geacht wordt op het moment van de contractssluiting onvoorwaardelijk te zijn gesloten wordt de vordering van C¹ geacht de oudste te zijn en heeft deze terzake van het pandrecht de sterkste positie.³⁵ Volgens de Romeinse juristen kon een dergelijke rechtsbeslissing worden gegeven naast de geen terugwerking aannemende beslissing inzake de stipulatie van een zaak die bij de contractssluiting wel en bij de vervulling van de voorwaarde niet meer aan de stipulatiecrediteur toebehoorde. Een analyse van de strekking van de overeenkomst en van de belangen van partijen leidde hen tot in de verschillende situaties verschillende beslissingen, waarmee latere juristen, die één dogmatisch beginsel terzake van de werking van de voorwaarde wilden toepassen, problemen hadden.

2. De voorwaardelijke koopovereenkomst

Zoals bij de voorwaardelijke stipulatie het vorderingsrecht van de *stipulator* pas op het moment van het in vervulling gaan van de voorwaarde ontstaat, zo ontstaan bij de *emptio venditio* onder een voorwaarde de vorderingsrechten van koper en verkoper pas op dat moment. Derhalve is ook een voorwaardelijke koop van een op het moment van de koop aan de koper toebehorende zaak geldig als hij de zaak bij de vervulling der voorwaarde niet meer in eigendom heeft.³⁶

Daar de koop pas bij de vervulling van de voorwaarde geldig tot stand komt, is voordien voor de koper de *usucapio pro emptore* niet mogelijk. De koper kan dus niet beginnen met de zaak op grond van koop door verjaring in eigendom te verkrijgen, zolang de voorwaarde niet in vervulling is gegaan.³⁷

Belangrijk is de beslissing die de Romeinse juristen bij de voorwaardelijke koop met betrekking tot het risico hebben genomen. In het Romeinse recht geldt vanaf het moment waarop de *emptio venditio perfecta* is, de regel, dat het risico voor de koper is, d.w.z. dat hij indien de zaak vóór de levering door overmacht teniet gaat toch de koopprijs moet betalen. Een zuiver gesloten verkoop is in die zin 'volkomen' als er wilsovereenstemming tussen de partijen is. Hoe staat het nu met de onder een voorwaarde gesloten koop? De juristen zijn van mening, dat een voorwaardelijk gesloten koop pas 'volkomen' is, als de voorwaarde in vervulling is gegaan. Pas door het in vervulling treden van de voorwaarde gaat het risico op de koper over. Gaat de zaak eerder door overmacht teniet, dan hoeft hij de koopprijs niet te betalen, en kan

35. Een ander geval van terugwerking van de voorwaarde is het volgende door Africanus in D.45.1.64 behandelde geval. Volgens Julianus was van op de strekking van de stipulatie gebaseerde terugwerking van de voorwaarde sprake, toen iemand onder een voorwaarde bij stipulatie de betaling van een jaarlijks geldsbedrag had beloofd. Toen de voorwaarde na drie jaar in vervulling ging, was de vraag of ook de jaargelden over die drie jaar moesten worden betaald. Zoals Africanus mededeelt, beantwoordde Julianus die vraag positief.

36. Vgl. Marcellus D.18.1.61.

37. Zie Paulus D.18.6.8pr en D.41.4.2.2.

hij indien hij reeds heeft betaald de koopprijs terugvorderen.³⁸ Door deze rechtsbeslissing hebben de juristen de werking van de onbillijke *periculum*-regel beperkt.

Als aan de koper reeds *pendente condicione* blijkt, dat de voorwaardelijk gekochte slaaf een op het moment van de contractssluiting verborgen gebrek had, kan hij vóór de vervulling van de voorwaarde de *actio redhibitoria* niet met succes instellen, omdat — zo schrijft Ulpianus in D.21.1.43.9 — ‘een nog niet geldig tot stand gekomen koop niet door de rechter ongedaan kan worden gemaakt’.

Van een zekere anticiperende werking van de voorwaardelijke overeenkomst is sprake, daar de juristen zowel bij de dood van de verkoper als bij de dood van de koper in de periode, waarin de voorwaarde nog hangt, aanvaarden dat de potentiële gehoudenheid van beide partijen bij hun dood op hun erfgenamen overgaat.³⁹

Tenslotte is bij de vraag naar de geldigheid van de *emptio rei speratae*, de verkoop van toekomstige zaken, zoals de verwachte vruchten van een stuk grond of het kind van een zwangere slavin voor de vraag naar de geldigheid van de overeenkomst door Pomponius in D.18.1.8*pr* een terugwerking toegepast. Na gesteld te hebben dat voor de geldigheid van een koopovereenkomst nodig is dat er een zaak is, die verkocht wordt, neemt hij de vrees dat op grond daarvan een *emptio rei speratae* niet geldig zou zijn weg, door te stellen, dat als eenmaal het slavenkind geboren is en de vruchten geogst zijn, ook een reeds bij de contractssluiting geldige koopovereenkomst geacht wordt te zijn gesloten.

De uitlatingen van de klassieke juristen betreffende voorwaardelijke verbintenissen die wij tot nu toe hebben samengevat, hebben betrekking op die verbintenissen, welke op *stipulatio* en koop gebaseerd zijn. Wij vonden echter ook teksten over de *novatio* en over de *condictio indebiti* die zo algemeen geformuleerd zijn, dat men ze op alle voorwaardelijke verbintenissen toepasbaar kan achten.⁴⁰

Ulpianus zet in D.46.2.14.1 uiteen, dat als een voorwaardelijke schuld onvoorwaardelijk wordt genoveerd⁴¹ — dit wordt dus door hem en door de door hem geciteerde Marcellus mogelijk geacht — die novatie geldig is, doch slechts bij het in vervulling treden van de voorwaarde het noverende effect tot stand komt. Bij de vervulling van de voorwaarde krijgt de eerste schuld

38. Zie Paulus D.18.6.8 en Ulpianus D.18.1.7*pr*.

39. Zie Paul. D.18.6.85*pr*.

40. In Ulp. D.46.2.14.1 is het begin van de tekst algemeen geformuleerd: ‘Maar als iemand zich dat, wat hem onder een voorwaarde verschuldigd is onvoorwaardelijk laat beloven om te noveren ...’. Uit het vervolg van de tekst blijkt, dat Ulpianus gedacht heeft aan het geval van een voorwaardelijke schuld uit stipulatie. De compilatoren hebben waarschijnlijk door de tekst op te nemen in de titel van novatie en delegatie Ulpianus’ uitlating een algemene strekking willen geven.

41. Uiteraard dient dit geval te worden onderscheiden van dat, waarin een onvoorwaardelijke schuld onder een voorwaarde wordt genoveerd; zie daarover hierboven, noot 26.

werking en op hetzelfde moment wordt deze schuld omgezet in de nieuwe, overeenkomstig de nu effect krijgende novatie.

Als iemand die onder een voorwaarde iets verschuldigd is *per errorem*, omdat hij meent dat hij reeds moet voldoen, het verschuldigde heeft voldaan, kan hij het door hem betaalde met de *condictio indebiti* terugvorderen⁴²; het is immers nog geenszins zeker, dat hij ooit tot voldoening gehouden zal zijn.⁴³ Zoals wij hierna in nr. 4 zullen zien, bevat ons BW sinds 1992 de bepaling van art. 6:25 krachtens welke in een dergelijk geval 'ongedaanmaking van de prestatie kan worden gevorderd'.

Wanneer wij nu overzien, welke rechtsbeslissingen de klassieke juristen over voorwaardelijke rechtshandelingen hebben gegeven, dan kunnen wij constateren, dat zij aan die handelingen soms niet en soms wel een zekere anticiperende werking en soms niet en soms wel terugwerkende kracht hebben gegeven. Maatschappelijke waarden als de *favor libertatis* en de *favor dotis*, maatschappelijke belangen, zoals die van de *patres familias* en de *domini* in het geval van de door hun zoons of slaven verrichte voorwaardelijke stipulaties, de strekking van de rechtshandeling en de wil van de testator⁴⁴ en van de partijen hebben aan hun beslissingen richting gegeven.

In de Justiniaanse wetgeving zijn alle hier besproken — niet op één dogmatisch standpunt terug te voeren — uitlatingen van de klassieke juristen opgenomen. Algemene constructies over de rechtsgevolgen van de *condicio* heeft Justinianus niet in zijn Codex geïncorporeerd. In een door Justinianus in 531 uitgevaardigde constitutie die is opgenomen in Cod.6.43.3a wordt duidelijk uitgegaan van de terugwerkende kracht van de voorwaarde. De erfgenaam die een voorwaardelijk gelegateerde zaak gaat verkopen of daarop een bezitloos pandrecht gaat vestigen, moet weten, '*quod conditione impleta ab initio causa in irritum devocetur et sic intelligenda est quasi nec scripta nec penitus celebrata...*' ('dat na het in vervulling gaan van de voorwaarde de rechtshandeling van de erfgenaam ongeldig wordt gemaakt en dat deze rechtens moet worden behandeld alsof zij in het geheel niet verricht was...'). Ook in hier en daar in de Digestenteksten aangebrachte interpolaties komt de gedachte van de terugwerkende kracht met enige nadruk naar voren.⁴⁵ Hoewel zeker geen algemene verandering ten opzichte van het klassieke recht

42. Zie Pomponius D.12.6.16*pr* en D.12.6.18. In D.12.6.56 vergelijkt Papinianus de betaling van een voorwaardelijke schuld (lees aan het slot met Cuiacius *condicionis instar* in plaats van *condictionis instar*) met de betaling van een schuld die onder een voorwaarde is kwijtgescholden: in beide gevallen kan dat wat *interim* betaald is, worden teruggevorderd.
43. Indien bij vergissing een schuld onder tijdsbepaling voor het aanbreken van de *dies* is voldaan, kan de *condictio indebiti* niet worden ingesteld.
44. Het is zeker in overeenstemming met de wil van de erfflater, dat de voorwaardelijke erfstellingen en legaten vervallen, indien de voorwaardelijk ingestelde erfgenaam en de voorwaardelijk bevoordeelde legataris overlijden terwijl de voorwaarde nog hangt.
45. Zie bijv. de woorden *iam olim* in D.46.3.16 die ik hierboven in noot 31 heb vermeld en de woorden *quasi iam contracta emptione in praeteritum* (alsof de koop reeds in het verleden gesloten was) in geval van een voorwaardelijke koop in D.18.6.8.

heeft plaats gehad, is er m.i. in het Justiniaanse recht van een accentverschuiving in de richting van erkenning van de terugwerkende kracht van de voorwaarde sprake.

3. In het Europese *ius commune* zijn de regels van het Justiniaanse recht toegepast.⁴⁶ Gezien de accentverschuiving waarvan aan het eind van nr. 2 sprake was, is het begrijpelijk, dat de door Bartolus ontwikkelde leer, krachtens welke de voorwaarde in beginsel terugwerkende kracht heeft, tot in de negentiende eeuw de heersende is geweest.⁴⁷ Pothier staat in zijn *Traité des Obligations* (nr. 220) voor de voorwaardelijke verbintenis duidelijk op het standpunt van de terugwerkende kracht: 'Cet accomplissement de la condition a un effet rétroactif au temps que l'engagement a été contracté; et le droit qui résulte de l'engagement, est censé avoir acquis à celui envers qui il a été contracté, dès le temps du contrat'. Hij wijst erop, dat dit voor de voorwaardelijke legaten niet geldt ('Il en est autrement des conditions apposées au legs') en schrijft het volgende over de reden voor dit verschil: 'La raison de cette différence est, que le legs n'étant fait qu'à la personne du légataire, la condition ne peut exister qu'à son profit'. Ook de meeste Pandektisten verdedigen nog de hoofdregel van de terugwerkende kracht.

De Franse Code civil van 1804 kent voor de voorwaardelijke verbintenis uit overeenkomst het beginsel van de terugwerkende kracht. Art. 1179 lid 1 luidt: 'La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté'.

Het Nederlandse B.W. van 1838 bevat voor de voorwaardelijke verbintenis uit overeenkomst in art. 1297 lid 1 een vertaling van het geciteerde artikellid: 'Indien de voorwaarde vervuld is, werkt zij achteruit, tot den tijd waarop de verbintenis is geboren'.

In Duitsland uitte Bernhard Windscheid halverwege de vorige eeuw principieel verzet tegen de leer van de terugwerkende kracht van de voorwaarde. In zijn monografie *Die Wirkung der erfüllten Bedingung*, Basel 1851 en in alle drukken van zijn *Lehrbuch des Pandektenrechts* vanaf 1862⁴⁸ betoogde hij, dat de 'aufschiebende Bedingung' in de regel geen terugwerkende kracht heeft. De grond hiervoor is volgens Windscheid de gepresumeerde wil van degene van wie de voorwaardelijke wilsverklaring afkomstig is; 'es ist im Zweifel anzunehmen, daß derjenige, welcher will, daß ein gewisser rechtlicher Erfolg für den Fall einer gewissen Gestaltung der Verhältnisse eintrete, zu gleicher Zeit wolle, daß dieser Erfolg erst dann eintrete, wann sich die verlangte Gestaltung der Verhältnisse entschieden habe'. Het tegendeel kan echter uit een uitdrukkelijke verklaring of uit de omstandigheden voortvloeien.

46. Zie H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, Band I, *Älteres Gemeines Recht* (1500 bis 1800), München 1985, p. 412.

47. Zie Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 727.

48. Zie B. Windscheid/Th. Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁸, Frankfurt am Main 1900, pp. 404-408.

Onder invloed van Windscheid heeft het Duitse BGB van 1900 geen algemeen beginsel van terugwerkende kracht van de voorwaarde aangenomen. Uit § 159 BGB vloeit voort dat ook als partijen terugwerking wensen een dergelijke afspraak slechts verbintenissenrechtelijke werking heeft: de betrokkenen zijn verplicht elkaar te verschaffen, wat zij zouden zijn hebben, wanneer de rechtsgevolgen op het eerdere moment zouden zijn ingetreden.

Het Zwitserse 'Obligationenrecht' van 1911 kent in art. 151 lid 2 voor de voorwaardelijke overeenkomst de bepaling, dat voor het begin van de rechtsgevolgen het moment beslissend is waarop de voorwaarde in vervulling gaat, 'sofern nicht auf eine andere Absicht der Parteien geschlossen werden kann'.

4. Enkele hoofdzaken van de regeling van de opschortende voorwaarde in het Nederlandse B.W. stellen wij nu tot slot aan de orde.

Sinds 1 januari 1992 bevat ons B.W. in titel 2 van Boek 3 een artikel dat aan de voorwaardelijke (vermogensrechtelijke) rechtshandeling (en de rechtshandeling onder tijdsbepaling) gewijd is. Art. 38 lid 1 bepaalt dat een rechtshandeling onder een tijdsbepaling of onder een voorwaarde⁴⁹ kan worden verricht, tenzij uit de wet of de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit. In het tweede deel van art. 38 creëerde de wetgever een belangrijke verandering ten opzichte van het oude B.W. door te bepalen: 'De vervulling van een voorwaarde heeft geen terugwerkende kracht'. Ons recht is daardoor dichter gekomen bij het Romeinse recht dat geen algemeen beginsel van de terugwerkende kracht kende en in veel gevallen de rechtsgevolgen van een rechtshandeling liet beginnen bij de in vervulling treding van de voorwaarde.

Meijers schrijft in zijn toelichting bij het geciteerde tweede lid⁵⁰ o.a. het volgende: 'Terugwerkende kracht is een fictie d.w.z. een constructief hulpmiddel, waarmee men aanduidt, dat voor het vervolg de rechtsgevolgen volkomen gelijk zijn als zij zouden zijn geweest, wanneer het betreffende feit op een vroeger tijdstip had plaats gevonden, b.v. bij een opschortende voorwaarde gelijk als wanneer de handeling van meet af aan onvoorwaardelijk ware geweest...'. De wetgever heeft om de rechtszekerheid te bevorderen en derden tegen onverwachte, voor hen nadelige gevolgen van de vervulling der voorwaarde te beschermen, dit constructieve hulpmiddel uitgebannen. Gezien deze evidente bedoeling van de wetgever is het m.i. niet geoorloofd, dat iemand die een eenzijdige voorwaardelijke rechtshandeling verricht of dat partijen bij een voorwaardelijke overeenkomst anders zouden bepalen en daardoor derden zouden schaden.⁵¹ Wel kan bepaald of bedongen worden,

49. Zie over de rechtshandeling onder een voorwaarde, H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen* naar Boek 3 van het nieuwe BW (titel 1 t/m 5, titel 11), Deventer 1986, pp. 116-119; A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek*⁴, Deventer 1990, nr. 68 en J.D.A. den Tonkelaar, *Opschortende en ontbindende voorwaarden*², Zwolle 1994.

50. Zie C.J. van Zeben en J.W. du Pon m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Boek 3, Deventer 1981, pp. 185-186.

51. Ook A.S. Hartkamp, *Terugwerkende kracht*, in: WPNR 6030 (21-28 december 1991), pp.

dat voor betrokkenen onderling verbintenisrechtelijk een terugwerkende kracht van de vervulling der voorwaarde nabijkomende rechtstoestand zal gelden. Zo kan m.i. een erflater bij testament bepalen, dat na vervulling van de voorwaarde waaronder een stuk grond gelegateerd was, erfgenaam en legataris de vruchten en kosten betreffende de periode tussen het overlijden van de erflater en de vervulling der voorwaarde zullen verrekenen. Ook partijen bij de voorwaardelijke verkoop van een onroerende zaak kunnen een dergelijk beding maken.

Om een vergelijking met het Romeinse recht te vergemakkelijken zullen wij nu enkele voorwaardelijke rechtshandelingen de revue laten passeren in dezelfde volgorde als die, waarin zij voor het Romeinse recht behandeld zijn.

Van de voorwaardelijke testamentaire makingen⁵² stellen wij eerst de voorwaardelijke erfstellingen en daarna de voorwaardelijke legaten aan de orde.

Als iemand onder een voorwaarde tot erfgenaam is ingesteld, verkrijgt hij de positie van erfgenaam pas als de voorwaarde in vervulling is gegaan. Als hij overlijdt, terwijl de voorwaarde nog hangende is, dan vervalt de erfstelling; het recht om bij vervulling van de voorwaarde alsnog de kwaliteit van erfgenaam te verwerven gaat op grond van art. 1044 van boek 4 BW niet op zijn erfgenamen over.⁵³ Dit correspondeert meestal met de wil van de erflater. Heeft deze echter van een afwijkende wil doen blijken, dan gaat het hier bedoelde recht wel op zijn erfgenamen over. Het recht om bij vervulling der voorwaarde erfgenaam te worden, heeft voor de voorwaardelijk ingestelde erfgenaam een zekere waarde; hij kan het tijdens zijn leven overdragen, met dien verstande dat het bij zijn dood vervalt, als dan de voorwaarde nog niet in vervulling is gegaan. Zolang de voorwaarde hangende is, is de testateurfgenaam rechthebbende.⁵⁴ Deze moet de nalatenschapsgoederen instandhouden en kan deze slechts voorwaardelijk vervreemden en bezwaren, afgezien van het geval waarin de voorwaardelijk ingestelde erfgenaam hem toestemming verleende tot een onvoorwaardelijke vervreemding of beschikking. Treedt de voorwaarde in vervulling, dan verwerft de ingestelde erfgenaam rechten op de nalatenschapsgoederen en verliezen degenen die hun voorwaardelijke rechten aan de testateurfgenaam ontlene hun rechten, behoudens door hen

870-871 is van mening, dat partijen geen terugwerkende kracht kunnen overeenkomen. Hij acht het onaanvaardbaar, 'dat partijen de mogelijkheid zouden hebben om aan een derde een door deze verkregen zakelijk recht of een door deze verkregen verhaalsmogelijkheid te ontnemen.'

52. Zie over voorwaardelijke makingen Pitlo-Van der Burght, *Erfrecht naar het recht van 1992*, Arnhem 1991, pp. 77-83; Asser-Meijers-Van der Ploeg, *Erfrecht*¹¹, Zwolle 1992, nr. 130-134c en Den Tonkelaar, geciteerd in noot 49, pp. 79-81.

53. Hetzelfde wordt bereikt door art. 4.4.5.3 NBW dat voorschrijft, dat men om aan een making onder opschortende voorwaarde een recht te kunnen ontlene, moet bestaan op het ogenblik dat de voorwaarde wordt vervuld.

54. De vruchten die hij uit nalatenschapszaken heeft getrokken tot het moment van het invullingtreden van de voorwaarde, behoeft hij niet aan de testamentaire erfgenaam af te dragen, tenzij de erflater zulks bepaald heeft.

in te roepen hun in de wet als derden die te goeder trouw en om baat hebben verkregen verleende bescherming. Art. 4.4.5.4 leden 1-3 NBW geven een voor deze situatie bestemde, uitvoerige wettelijke regeling, die ook naar geldend recht reeds op grond van het stelsel van de wet als toepasselijk dient te worden beschouwd. Anders dan volgens het voor 1992 geldende recht is dus geen sprake van terugwerkende kracht van de vervulling der voorwaarde, krachtens welke de testateurfgenaam achteraf geacht wordt onbevoegdlijk te hebben vervreemd of bezwaard.

Wanneer wij nu komen tot een korte bespreking van de voorwaardelijke legaten, dan moeten wij bedenken, dat in ons recht alle legaten in de Romeinse terminologie *damnatiolegaten* zijn: de legataris heeft een vordering tot uitkering van het legaat op de erfgenaam. Tussen de erfgenaam en de onder een voorwaarde bedachte legataris bestaat dus een voorwaardelijke verbintenis; daarop is de vijfde afdeling van titel 1 van boek 6 BW toepasselijk, waarvan wij hierna enkele punten zullen behandelen. Krachtens art. 6:26 zijn op deze verbintenis in beginsel de bepalingen betreffende onvoorwaardelijke verbintenissen toepasselijk. De tussen legataris en erfgenaam bestaande verbintenis is dus o.a. vatbaar voor overdracht, overneming en afstand. Vererving op de erfgenamen van de legataris is echter niet mogelijk. Indien de legataris overlijdt, terwijl de voorwaarde waaronder het legaat is gemaakt nog hangt, vervalt het legaat. De *lex specialis* van art. 4:1044 BW derogeert hier aan de algemene bepaling van art. 6:26 BW.⁵⁵ Dit is meestal conform aan de wil van de erflater. Als deze echter van een afwijkende wil heeft doen blijken, gaat het potentiële recht van de legataris om bij vervulling van de voorwaarde van de erfgenaam uitkering van het legaat te vorderen op zijn erfgenamen over.

Het ontbreken van terugwerkende kracht van de vervulling van de voorwaarde en de niet-vererfelijkheid van de rechten van de voorwaardelijk ingestelde erfgenaam en van de voorwaardelijk als legataris bedachte zijn punten van overeenstemming tussen Romeins en huidig recht.

Ook de levering van goederen kan onder een voorwaarde geschieden.⁵⁶ De wetgever heeft daarover in boek 3, vooral in de o.a. aan de overdracht van goederen gewijde afdeling 2 van titel 4, verschillende bepalingen opgenomen. Een voorwaardelijke leveringshandeling kan plaats hebben, doordat partijen de gevolgen van die handeling afhankelijk maken van het intreden van een toekomstige onzekere gebeurtenis. Ook is het mogelijk, dat een levering geschiedt ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis; in dat geval wordt op grond van art. 3:84 lid 4 door de verkrijger slechts een recht verworven, 'dat aan dezelfde voorwaarde als die verbintenis is onderworpen.' In het hier bedoelde geval worden roerende zaken, niet-registergoederen blijkens art.

55. Zie voor het NBW, art. 4.4.5.3, dat bepaalt, dat men moet bestaan op het ogenblik dat de voorwaarde vervuld wordt om aan een making onder opschortende voorwaarde een recht te kunnen ontfangen.

56. Zie over levering van goederen onder een voorwaarde, Asser-Mijnssen-De Haan, Zakenrecht, Algemeen Goederenrecht¹³, Zwolle 1992, nr. 267-275.

3:91 geleverd doordat aan de verkrijger de macht over de zaak wordt verschafft. Betreft de voorwaardelijke levering een onroerende zaak, dan wordt de transportakte waarin de voorwaarde is opgenomen en kan daarnaast ook de vervulling der voorwaarde in de openbare registers worden ingeschreven.⁵⁷ Een belangrijk, door de wetgever apart in art. 3:92 BW geregeld geval van voorwaardelijke levering is dat, waarin wordt overeengekomen dat de eigendom van een zaak pas over zal gaan als de verkrijger aan de overdrager de door hem verschuldigde prestatie zal hebben voldaan. Bij dit door de wet in beperkte mate toegelaten eigendomsvoorbehoud geschiedt de levering onder de opschortende voorwaarde van het verrichten van die prestatie. In het licht van de afschaffing van de ontbinding met terugwerkende kracht van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie van art. 1302 oud BW is deze voorwaardelijke levering voor de praktijk van groot belang. In alle gevallen van voorwaardelijke levering verkrijgt degene aan wie het recht onder een voorwaarde is overgedragen dit recht (bijv. het eigendomsrecht) pas als de voorwaarde in vervulling gaat. De door de Romeinse juristen aan de orde gestelde vraag, of de vervulling der voorwaarde ook werking heeft ten laste van de erfgenamen van de voordien overleden overdrager, dient zeker ook naar ons recht positief te worden beantwoord.

Het sinds 1 januari 1992 van kracht zijnde zesde boek van het BW kent in titel 1 (Verbintenissen in het algemeen) een aparte afdeling (afdeling 5) over de — door een rechtshandeling in het leven geroepen — voorwaardelijke verbintenissen.⁵⁸ Daaruit zijn voor de in dit opstel behandelde problemen vooral de artikelen 22, 25 en 26 van belang.

Duidelijker dan door de Romeinse juristen is in de moderne rechtspraak en doctrine de zienswijze tot uitdrukking gebracht, dat de voorwaardelijke verbintenis ook voor de vervulling van de voorwaarde een verbintenis is.⁵⁹ De wetgever heeft zich hierbij aangesloten en in art. 6:26 bepaald, dat op voorwaardelijke verbintenissen de bepalingen betreffende onvoorwaardelijke verbintenissen van toepassing zijn, voorzover het voorwaardelijke karakter van de betrokken verbintenis zich daartegen niet verzet. Op grond hiervan vallen voorwaardelijke verbintenissen in de huwelijksgemeenschap, zijn zij vatbaar voor overdracht, afstand en beslag, zijn zij overerfelijk zowel bij overlijden van de schuldeiser⁶⁰ als bij overlijden van de schuldenaar en kan

57. Zie art. 3:89 en art. 3:17 lid 1 onder c.

58. Zie over voorwaardelijke verbintenissen, H.C.F. Schoordijk, Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Deventer 1979, pp. 108-114; A.M.J. van Buchem-Spapens, Pluraliteit van schuldenaren en hoofdelijke verbondenheid, pluraliteit van schuldeisers en alternatieve en voorwaardelijke verbintenissen, Deventer 1982, pp. 57-65; A.S. Hartkamp, Compendium (geciteerd in noot 49), nr. 254-256; Asser-Hartkamp, Verbintenissenrecht, I^o, Zwolle 1992, nr. 154-180 en Asser-Hartkamp, Verbintenissenrecht, II^o, Zwolle 1993, nr. 273-278.

59. Zie bijv. Schoordijk, geciteerd in noot 58, p. 108.

60. In art. 1297 oud BW werd in lid 2 door het woord 'mitsdien' de overgang van rechten van de schuldeiser bij diens overlijden voor het in vervulling gaan der voorwaarde voorgesteld als een gevolg van de terugwerkende kracht, die de wet in lid 1 had voorgeschreven. In de

daarvoor persoonlijke en zakelijke zekerheid worden gegeven. Er bestaat te dezen aanzien dus veel overeenkomst met hetgeen in het Romeinse recht voor de verbintenis uit een voorwaardelijke stipulatie gold.

Onvoorwaardelijke nakoming kan slechts na de vervulling der voorwaarde worden gevorderd. Wel mogelijk is, dat hij die onder een voorwaarde tot een prestatie gehouden is, daartoe onder die voorwaarde wordt veroordeeld. Dit wordt in art. 3:296 lid 2 uitdrukkelijk bepaald. Heeft een voorwaardelijke debiteur voor het in vervulling gaan van de voorwaarde het door hem voorwaardelijk verschuldigde onvoorwaardelijk betaald, dan kan hij het door hem betaalde als onverschuldigd betaald terugvorderen. Dit werd reeds vóór 1992 algemeen aangenomen en wordt nu in art. 6:25 BW expliciet voorgeschreven. In het Romeinse recht gold een vergelijkbare regel. Heeft de betaling echter plaatsgehad onder de voorwaarde van het in vervulling gaan der aan de verbintenis toegevoegde voorwaarde, dan is de *condictio indebiti* pas mogelijk als de voorwaarde is komen te ontbreken, dus vanaf het moment waarop het duidelijk is, dat zij niet meer in vervulling kan gaan.

De uitsluiting van de terugwerkende kracht van de vervulling der voorwaarde, die in art. 3:38 BW algemeen voor de voorwaardelijk rechtshandeling tot uitdrukking is gebracht, wordt in de titel over de voorwaardelijke verbintenissen in art. 6:22 herhaald: 'Een opschortende voorwaarde doet de werking der verbintenis eerst met het plaatsvinden der gebeurtenis⁶¹ aanvangen ...'. Wij hebben reeds hierboven, aan het begin van nr. 4 gezien, dat partijen hiervan niet met werking tegen derden kunnen afwijken. Wel is het partijen toegestaan bij overeenkomst hun onderlinge verhouding zó te regelen dat deze die, welke in geval van terugwerkende kracht zou hebben bestaan, zoveel mogelijk nabij komt, hetgeen bijv. tot verrekening van genoten vruchten en gemaakte kosten kan leiden.

Het door Gaius in D.20.4.11.1 aan de orde gestelde geval zou naar Nederlands recht in de eerste door hem geopperde zin moeten worden beslist. Als iemand een voorwaardelijke schuld aangaat jegens C¹ en vervolgens een onvoorwaardelijke schuld jegens C² en achtereenvolgens een hypotheekrecht op dezelfde zaak vestigt ten behoeve van de beide crediteuren, dan wordt het door C¹ verkregen voorwaardelijk hypotheekrecht pas tot een onvoorwaardelijk recht bij het in vervulling gaan van de voorwaarde. Als dit moment ligt na dát waarop C² een onvoorwaardelijk hypotheekrecht heeft verworven, staat C¹'s recht in rang ten achter bij dat van C². Hoe moeilijk hier de keuze tussen

toelichting bij het artikel dat thans als art. 6:26 in het BW staat is er terecht op gewezen dat het gewenste resultaat van de overerfelijkheid van het recht van de voorwaardelijke schuldeiser ook kan worden bereikt, doordat men aanvaardt, dat 'een voorwaardelijk vorderingsrecht een recht is', zoals volgens art. 6:26 het geval is. Zie Toelichting Meijers in Parlementaire geschiedenis van het nieuw Burgerlijk Wetboek, boek 6, Deventer 1981, p. 146.

61. Bedoeld is de in art. 6:21 BW genoemde toekomstige onzekere gebeurtenis, waarvan de voorwaardelijke verbintenis bij de rechtshandeling 'afhankelijk is gesteld'.

de beide hypothecaire crediteuren is, blijkt uit de aarzeling van Gaius en uit het verschil op dit punt in ons recht van voor en van na 1992.

Aan het eind van deze korte vergelijkende bestudering van enkele aspecten van de opschortende voorwaarde in het Romeinse recht en in het Nederlandse BW uit ik de hoop, dat de lezer met mij van mening is, dat een dergelijke comparatieve behandeling van thema's die zich daartoe lenen, zoals het onderhavige, het inzicht van romanist en civilist kan vergroten.