

Tekst & Uitleg
CJ 2,3,15 Imp. Valerianus et Gallienus AA.
et Valerianus nobilissimus C. Pactumeio

*Enige opmerkingen over het pactum successorium
en de schenkingsakte van Rembrandt van Rijn*

Pactum, quod dotali instrumento comprehensum est, ut, si pater vita fungeretur, ex aequa portione ea quae nubebat cum fratre heres patri suo esset, neque ullam obligationem contrahere nec libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre.

De afspraak die in de akte omtrent de bruidsschat vervat is, inhoudende dat, als de vader zou overlijden, zijn dochter die toen trouwde, voor een gelijk deel met haar broer erfgenaam van haar vader zou zijn, heeft noch enige verbintenis in het leven kunnen roepen noch de vader van de vrouw de vrijheid kunnen ontnemen een testament te maken.

**'Omdat de eigenaar de beschikkingsmacht heeft over zijn zaken
kan hij daarover naar believen beschikken.'**¹

1 Inleiding

In de derde eeuw na Chr. vaardigden de 'doorluchtige' keizers Valerianus en zijn zoon Gallienus² de bovenstaande constitutie uit. Het gaat in deze tekst over de volgende casus. Een dochter is in het huwelijk getreden en zij heeft, zoals naar Romeins recht gebruikelijk was, van haar vader een bruidsschat meegekregen.³ De bruidsschatsakte bevatte een afspraak over de erfenis van de vader van de bruid. Zou hij overlijden, dan zou zijn dochter dezelfde erfportie krijgen als haar broer. De twee keizers oordeelden over deze afspraak als volgt. In de eerste plaats had de afspraak geen verbintenis doen ontstaan en in de tweede plaats had de

-
- 1 *Cum dominus vi domini de rebus suis pro libitu disponere possit (...)*. C. Wolff, *Institutiones juris naturae et gentium*, Halle 1750, par. 942.
 - 2 De twee keizers verdeelden niet het *imperium* over het West en Oost-Romeinse rijk, wel hun taken. Valerianus ging naar het Oosten om de Perzische dreiging af te weren. Gallienus verbleef in Italië om de Germaanse stammen aan de Rijn- en de Donaugrens in toom te houden.
 - 3 De bruidsschat werd oorspronkelijk als 'uitboedeling' gezien. Dochters stonden tot hun huwelijk onder de macht van de *pater familias* en traden door een huwelijk aan te gaan uit de familie. De bruidsschat is als het ware een uitkering van hun aandeel in het familievermogen. Met de bruidsschat droeg de bruid bij in de kosten van het huwelijk. De bruidsschat viel in het vermogen van de bruidegom; hij moest deze teruggeven bij een eventuele ontbinding van het huwelijk. J.H.A. Lokin, Prota, *Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten*, Groningen 2012, PF 10.

afspraak niet tot gevolg dat de vader geen testament meer mocht maken.

Deze constitutie wordt in de literatuur aangehaald om aan te tonen dat een overeenkomst over een nog niet opengevallen nalatenschap nietig was en dat de afspraak waarbij iemand toezegde nooit een testament te zullen maken of toezegde een bestaand testament niet te zullen wijzigen of te herroepen, hetzelfde lot beschoren was.⁴ Justinianus antwoordde een paar eeuwen later, in 531 in een constitutie dat dergelijke afspraken hem weerzinwekkend voorkwamen en vervuld waren van een allertreurigste en gevaarlijke uitkomst. Overeenkomstig de oude regels verordonde hij dat dergelijke afspraken, die in strijd met de goede zeden waren aangegaan volstrekt afgewezen moesten worden en dat niets van deze afspraken mocht worden nagekomen.⁵

Zoals Justinianus zei waren afspraken over een nog niet opengevallen nalatenschap volgens de oude regels in strijd met de goede zeden, de *bona mores*. Men leidt de oude regels onder andere af uit de volgende tekst van Julianus (2^e eeuw n. Chr.):

Een mondelinge overeenkomst die in deze verwoordingen is vervat: 'Beloofd gij mij een bepaald bedrag te geven als gij mijn geen erfgenaam hebt gemaakt?' is nietig, omdat deze stipulatie tegen de goede zeden is.⁶

Het adagium luidde dat niemand op grond van een overeenkomst tot een nalatenschap kon worden geroepen, maar uitsluitend op grond van de wet of op grond van een testament.⁷ Een

-
- 4 C.P. Joubert, *Pactum successorium*, in: *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, jaargang 24 1961, Durban 1961 en jaargang 25, Durban 1962, 1962, 55. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, Den Haag 1723, 28.3.10. Vertaling: *The Selective Voet Being the Commentary on the Pandects by Johannes Voet*, vol. 4, Durban 1956, 685. S. Groenewegen van der Made, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus*, 1669, ad C. 2.3.15, ad D. 39.5.29.2. Doet de testator in zijn testament afstand van de bevoegdheid zijn testament later te wijzigen en te herroepen, dan noemt men dat een 'derogatorische clausule'. Deze clausule is nietig. Voet, noot 4, 28.3.10; H. de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche rechts-geleerdheid*, Arnhem 1939, II, 24, 8.
 - 5 C. 2, 3, 30, 2 en 3 (Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.) *Sed nobis omnes huiusmodi pactiones odiosae videntur et plenae tristissimi et periculosi eventus (...) Secundum veteres itaque regulas sancimus omnimodo huiusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repelli et nihil ex his pactionibus observari, (...)*. Het gaat in deze tekst over de volgende kwestie. A en B hebben de verwachting een nalatenschap te krijgen. Terwijl de erflater nog leeft maken zij over deze nalatenschap alvast afspraken. Het betreft dus een afspraak over een nalatenschap van een nog levende derde. De vraag nu was of een dergelijke afspraak moest worden nageleefd. Justinianus antwoordde dat niets van deze afspraken mocht worden nagekomen, tenzij de erflater zijn instemming daarmee had betuigd en daarin tot aan zijn levenseinde had volhard. Een afspraak over een erfenis van een nog levende derde was dus geldig als de derde zijn toestemming had gegeven en die toestemming tot zijn dood niet herroepen had. Deze Codextekst wordt in de literatuur telkenmale aangehaald als uitzondering op de regel dat afspraken over een nog niet opengevallen nalatenschap in strijd zijn met de goede zeden. In dit opstel beperk ik mij tot de afspraak over de *eigen nalatenschap*, die nietig was.
 - 6 D. 45, 1, 61 (Iulianus *libro secundo ad Urseium*) *Stipulatio hoc modo concepta: 'si heredem me non feceris, tantum dare spondes?' inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio*. Men lette op het verschil tussen de casus van C. 2, 3, 30, 3 (zie hiervoor noot 5) en die van D. 45, 1, 61. In de Codextekst gaat het, zoals gezegd, over een afspraak met betrekking tot de nalatenschap van een derde, terwijl de Digestentekst gaat over een afspraak met betrekking tot de eigen nalatenschap. Uit deze teksten heeft men voor het Romeinse recht een algemeen verbod van de overeenkomst over de eigen nalatenschap afgeleid. Zie hierover P.W. van der Ploeg, *De overeenkomst over eigen nalatenschap*, in: *WPNR* 3603 (1939), 13-34, 16.
 - 7 Inst. Gaius, II, 99. *Ac prius de hereditatibus dispiciamus, quarum duplex condicio est: nam vel ex testamento vel ab intestato ad nos pertinent*. En laat ons eerst de nalatenschappen bekijken, welke van tweeërlei aard zijn: want ze gaan óf bij testament óf bij versterf op ons over.

afspraak tussen A en B, waarbij zij afspraken dat B of een derde erfgenaam van A zou zijn, was dus nietig. Hetzelfde rechtsgevolg trof, zoals gezegd, de afspraak waarbij iemand toezegde nooit een testament te zullen maken of toezegde een bestaand testament niet te zullen wijzigen of te herroepen.

De reden dat dergelijke afspraken over een nalatenschap, zogeheten *pacta successoria*, nietig waren was tweemaal. Ten eerste bracht de afspraak het gevaar met zich mee dat de toekomstige erflater wat eerder dan in de bedoeling van moeder natuur lag door zijn contractspartij naar gene zijde zou worden geholpen.⁸ 'Vir ons kom so iets vandag heel vreemd voor, maar vir die Romeinse was hierdie ang's werklik 'n obsessie', aldus Joubert die in het 'Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg' in 1961 en 1962 een rechtshistorisch overzicht schreef over het *pactum successorium*.⁹ In de tweede plaats moest zolang als men leefde de vrije beschikking over het vermogen gewaarborgd blijven en moest men tot aan de laatste snik de vrijheid hebben een testament op te stellen of te wijzigen.¹⁰ Een afspraak over een nalatenschap beperkte de testeervrijheid. Een overeenkomst had immers een onherroepelijk karakter, terwijl de testamentaire beschikking herroepelijk was.¹¹

Zoals we straks zullen zien is de Romeinsrechtelijke regel hier te lande gerecipieerd en in het oud vaderlandse recht altijd blijven gelden. Voor ons huidige recht is de regel gecodificeerd in artikel 4: 4 Burgerlijk Wetboek (BW).¹² Een rechtshandeling die de uitoefening van erfrechtelijke bevoegdheden belemmert, is nietig. Overeenkomsten strekkende tot de beschikking over nog niet opengevallen nalatenschappen zijn eveneens nietig.¹³ De erflater kan een uiterste wilsbeschikking steeds eenzijdig herroepen, aldus artikel 4: 42 BW. Het oud BW kende een overeenkomstige bepaling met artikel 1370 BW.

Dat men altijd heeft gepoogd het verbod te omzeilen moge blijken uit de kwestie die zich

8 G. Wesener, Zum Lehre vom Erbvertrag im deutschen Usus modernus pandectarum und im Naturrecht, in: *Wege europäischer Rechtsgeschichte*, Karl Kroeschell zum 60. Geburtstag, *Rechtshistorische Reihe*, Band 60, Frankfurt am Main, Bern, Parijs, New York, 607-622, 613. C.2.4.11.

9 Joubert, noot 4, jaargang 24, 1961, 18v, 106v., 177v., 250v. en jaargang 25, 1962, 46v., 93v. Zie ook: C. Lauterbach, Die pactum successorium: stiefkind van die Suid-Afrikaanse reg', in: *Koers* 64 (2&3, 1999, 357-377. Joubert is in Leiden bij J.C. van Oven gepromoveerd op een proefschrift getiteld *Die Stigting in de Romeins-Hollandse reg en in die Suid-Afrikaanse reg*. Na zijn terugkeer in Zuid Afrika werkte hij als advocaat en later als rechter.

10 Battes wijst erop dat men eraan twijfelt of het beginsel van herroepelijkheid bij de Romeinen altijd en onverkort, zonder uitzonderingen heeft gegolden en zo diep in de Romeinse mentaliteit geworteld was, zoals altijd is aangenomen. Mogelijkerwijs ging het de Romeinen er alleen om te voorkomen dat strenge vormvoorschriften werden omzeild en 'Erbseicherei' te verhinderen, hetgeen zoveel wil zeggen dat men het vertrouwen van iemand misbruikt om zo zijn erfenis in de wacht te slepen. R. Battes, Der erbrechtliche Verpflichtungsvertrag im System des Deutschen Zivilrechts. Ziele, Dogmatik und praktische Auswirkungen des § 2302, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, 178, 1978, 337-380, 340-341. Van der Ploeg, noot 6, 32

11 Van der Ploeg, noot 6, 32

12 *Mr C. Assers Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, Erfrecht en schenking, Deventer 2005, 169 v.; Pitlo, *Het Nederlands burgerlijk recht*, deel 5, Erfrecht, G.R. van der Burcht, E.J.W. Ebben, Deventer 2004, nr 27.

13 Artikel 4: 4 lid 1 BW: Een voor het openvallen van een nalatenschap verrichte rechtshandeling is nietig, voor zover zij de strekking heeft een persoon te belemmeren in zijn vrijheid om bevoegdheden uit te oefenen, welke hem krachtens dit Boek met betrekking tot die nalatenschap toekomen. Lid 2: Overeenkomsten strekkende tot beschikking over nog niet opengevallen nalatenschappen in hun geheel of over een evenredig deel daarvan, zijn nietig.

afspeelde rond Neerlands beroemdste schilder Rembrandt van Rijn (1606-1669).¹⁴ Wat dan was het geval?

2 Rembrandt en zijn vrouwen: Saskia, Geertje en Hendrickje. Het testament van Geertje Dircx.¹⁵

We schrijven 14 juni 1642. De uit Sint Annaparochie afkomstige Saskia van Uylenburgh (1612-1642), Rembrandts eerste vrouw, sterft aan tuberculose. Rembrandt en Saskia hebben na eerst drie kinderen te hebben moeten begraven, een zoon, de dan éénjarige Titus (1641-1668). Rembrandt en de vermogende Saskia waren in gemeenschap van goederen getrouwd. Kort voor haar overlijden had Saskia, die veertig duizend gulden had ingebracht, een testament gemaakt waarin zij haar aandeel in de gemeenschap, de helft, naliet aan Titus.¹⁶ Rembrandt zou het beheer en het vruchtgebruik over dit aandeel krijgen. Saskia ontsloeg haar man in dit testament van de verplichting na haar dood een inventaris te maken en ook de inmenging van de Weeskamer sloot zij uit. De Weeskamer hield namens de plaatselijke overheid toezicht op de wezen en had verstrekende bevoegdheden. Deze uitsluiting die in veel testamenten voorkwam moest door de familieleden van de testator worden bekrachtigd, hetgeen in Saskia's geval gebeurde door haar neef de kunsthandelaar Hendrik van Uylenburgh, vriend en buurman van Rembrandt.¹⁷ Hendrik verklaarde ermee in te stemmen dat 'de weduwnaar vermag te blijven zitten in de gehele boedel zonder bewijs te doen'.¹⁸ Inmiddels was in huize Rembrandt kort voor Saskia's dood de weduwe Geertje Dircx uit Hoorn als 'droge min' van Titus ten tonele verschenen. Na de dood van Saskia bleef de 'doodarme' Geertje bij Rembrandt wonen. Rembrandt schonk haar de sieraden van Saskia.¹⁹ Na een aantal jaren haalde Rembrandt Geertje over een testament te maken. In dit testament vermaakte zij de legitieme portie, bestaande uit lijfgoed - de sieraden werden uitdrukkelijk uitgezonderd -, aan haar moeder en benoemde zij Titus tot universeel erfgenaam, onder de voorwaarde dat hij honderd gulden bij wijze van legaat zou nalaten aan een twaalfjarig meisje dat zij ooit had verzorgd.²⁰ Het testament dateert van 24 januari 1648.²¹ De reden waarom

14 D. Vis, *Rembrandt en Geertje Dircks, de identiteit van Frans Hals' portret van een schilder en de vrouw van de kunstenaar*, Haarlem 1965; H.F. Wijnman, Een episode uit het leven van Rembrandt: de geschiedenis van Geertje Dircks, in: *Zestigste Jaarboek van het Genootschap Amstelodanum*, Amsterdam 1968, 103-119.

15 Alle (notariële) documenten zijn te raadplegen via de website van het Stadsarchief Amsterdam, onder 'Rembrandt Privé'. Vgl. *The Rembrandt documents*, ed. W.L. Strauss en M. van der Meulen, New York 1979.

16 Wijnman, noot 14, 106. Rembrandt Documents, noot 15, 223.

17 Wijnman, noot 14, 106.

18 Vis, noot 14, 55.

19 De vraag die nergens gesteld wordt, is of Rembrandt wel beschikkingsbevoegd was met betrekking tot alle sieraden en of Geertje dus wel eigenaar is geworden. De sieraden waren waarschijnlijk afkomstig uit Saskia's familie en Saskia had ze ingebracht in de huwelijksgemeenschap, toen zij met de schilder trouwde. Rembrandt werd dus voor de helft eigenaar van de sieraden. Toen Saskia stierf stelde zij Titus bij testament in als erfgenaam voor haar aandeel in de gemeenschap, dus inclusief voor haar aandeel in de sieraden. Titus werd bij haar dood van dit aandeel eigenaar; Rembrandt kreeg er het beheer en vruchtgebruik van. We zouden er dus eigenlijk vanuit moeten gaan dat Geertje slechts eigenaar is geworden van die sieraden die behoorden tot zijn aandeel in de huwelijksgemeenschap met Saskia.

20 Wijnman, noot 14, 108.

21 Vis, noot 14, 113; Rembrandt Documents, noot 15, 260.

Rembrandt haar overhaalde een testament op te stellen, zou te maken kunnen hebben met het feit dat hij verwachtte dat Geertje het met haar ziekelijk gestel niet lang meer zou maken, maar waarschijnlijk meer nog met het feit dat hij inmiddels zijn oog had laten vallen op een nieuwe liefde in zijn leven: de twintigjarige Hendrickje Stoffels uit Bredevoort bij Winterswijk, die als dienstmeisje bij hem was gaan wonen en met wie hij later een dochter, Cornelia genaamd, zou krijgen. In juni 1649 pakte Geertje haar biezen en verliet met de sieraden Rembrandt's huis. Rembrandt was vervolgens als de dood dat zij haar testament zou wijzigen. Zou zij Titus uit haar testament schrappen, dan was de kans verkeken dat hij de sieraden ooit nog terugzag. Intussen spande Geertje een proces tegen Rembrandt aan. Hij zou haar mondeling beloofd hebben met haar te trouwen. Huwelijksbeloftes waren toentertijd afdwingbaar en zij eiste dan ook dat hij veroordeeld werd met haar te trouwen dan wel haar te onderhouden. In het zogeheten Huwelijkskrakeel-register van Amsterdam lezen we dat Rembrandt de belofte ontkende. De commissarissen van de huwelijkskrakeelkamer gaven op 23 oktober 1649 'als goede mannen voor uijtspraeck' dat Rembrandt een hogere toelage moest uitkeren, 'blijvende voorts alles conform het contract' van 14 oktober 1649 dat voor de notaris was gepasseerd.²² Het contract van 14 oktober 1649 is niet in het archief aanwezig, maar wel is er een concept-overeenkomst zonder datum waarin de toelage is vastgelegd.²³ Om in haar levensonderhoud te voorzien stelde Rembrandt Geertje een jaarlijkse toelage voor haar levensonderhoud in het vooruitzicht onder de uitdrukkelijke voorwaarde dat 'het testament twelck zij Geertge Dircx' op 24 januari 1648 had gemaakt, 'ten behoeve van het soontghe van de voorsz: Rembrant van Rhijn sal blijven onverbreeckelijck'.²⁴ En verder dat ze alle andere 'makingen van uijterste willen' die ze later mocht hebben gemaakt zou vernietigen. Voorts beloofde ze de sieraden vrij en onbelast na te laten, dat wil zeggen dat ze deze niet zou verpanden. De inhoud van de concept-overeenkomst komt overeen met verklaringen van getuigen, onder wie Hendrickje Stoffels.²⁵ De overeenkomst roept de nodige vragen op die hieronder zullen worden besproken.

3 Rembrandt gaat failliet. Desolate Boedelkamer.

Geertje en Rembrandt bleven elkaar dwarszitten. In weerwil van de afspraak verpandde Geertje op een gegeven ogenblik de sieraden. Niet veel later, in de zomer van 1650, kwam zij achter slot en grendel te zitten in het tuchthuis in Gouda. Er wordt wel gezegd dat Rembrandt daar de hand in heeft gehad.²⁶ In 1651 werd het pand door haar vrienden gelost en met behulp van deze vrienden werd zij uit het tuchthuis ontslagen. In 1656 begon zij wederom een procedure tegen Rembrandt, nu op grond van onrechtmatige daad vanwege zijn rol bij de onterechte opsluiting in het tuchthuis. De curator van Rembrandt probeerde de afspraak over

22 Vis, noot 14, 124; Rembrandt Documents, noot 15, 276.

23 Zie voor de concept-overeenkomst Vis, noot 14, 117; Rembrandt Documents, noot 15, 270.

24 Vis, noot 14, 117; Rembrandt Documents, noot 15, 270.

25 Verklaring van 1 oktober 1649 tegenover notaris en getuigen. Vis, noot 14, 115; Rembrandt Documents, noot 15, 269. Volgens deze verklaring zouden Rembrandt en Geertje de overeenkomst op 15 juni 1649 hebben gesloten. De andere verklaring is afkomstig van een schoenmaker die op 14 oktober 1649 verklaart dat partijen in zijn aanwezigheid en van de notaris op 3 oktober 1649 bijeen waren om de overeenkomst te tekenen, maar dat Geertje wel bekende dat de voorwaarden zo waren afgesproken, maar dat zij niet wilde tekenen. Vis, noot 14, 121; Rembrandt Documents, noot 15, 273.

26 Wijnman, noot 14, 112 v.

de toelage te ontbinden wegens wanprestatie omdat Geertje in strijd met het contract de sieraden had beleend en verpand. Rembrandt kon inmiddels zijn crediteuren niet meer voldoen door 'verliesen geleden in de negotie'.²⁷ Hij vroeg de Hoge Raad bij schrijven van 14 juli 1656 om 'brieven van cessie', dat wil zeggen dat hij surséance van betaling aanvraag. Onder de schuldeisers bevond zich ook Geertje, wellicht vanwege de hogere toelage die haar was beloofd. In het zicht van een faillissement had Rembrandt zijn eigendommen veilig gesteld. Zo had hij zijn huis aan de Jodenbreestraat op naam van de vijftienjarige Titus gezet. In de verklaring die voor de notaris is opgemaakt lezen we dat Rembrandt verklaarde dat Titus het huis verwierf als zijn aandeel in de erfenis van zijn moeder Saskia: een gevalletje van paulianeus handelen. Niet veel later vroeg hij bij de Staten-Generaal 'boedelafstand' aan. De boedelafstand was voor de schuldenaar een middel om zijn persoonlijke vrijheid te behouden.²⁸ Rembrandt droeg hetgeen hij nog in eigendom had over aan de zogeheten Desolate Boedelkamer, de stedelijke instantie die faillissementen behandelde. Kort daarop, nog in 1656 stierf Geertje. Titus erfde op grond van haar testament de sieraden.

De Desolate Boedelkamer verkocht in 1657 Rembrandts bezittingen, die voornamelijk bestonden uit schilderijen, prenten en pentekeningen van zijn hand en van die van zijn collega-kunstenaars. Laatstgenoemde stukken gebruikte hij als studiemateriaal of als handelswaar. Verder bevatte de boedel een verzameling helmen, wapens en andere rekwisieten die hij voor zijn schilderijen gebruikte. De opbrengst was bij lange na niet genoeg om de schuldeisers te voldoen. Hoewel Rembrandt met behulp van de weeskamer nogmaals op schrift liet stellen dat het huis van Titus was, werd het huis uiteindelijk toch ook geveild. Het geval wilde namelijk dat Cornelis Witsen, een van Rembrandts belangrijkste schuldeisers, tot burgemeester was verkozen en de veiling van het huis kon afdwingen. Rembrandt, Hendrickje, Titus en Cornelia verhuisden naar een huurwoning aan de Rozengracht. Rembrandt bleef schilderen en Hendrickje en Titus dreven de kunsthandel. Hendrickje overleed in 1663 en Titus in 1668. In 1655 had de toen veertienjarige Titus Rembrandt tot erfgenaam benoemd. De lichte dwang van vaders kant was waarschijnlijk de reden waarom Titus in zijn testament verklaarde dat het zijn eigen idee was geweest zijn vader tot erfgenaam in te stellen en dat hij 'sonder persuasie van ijemant' het testament maakte. Rembrandt erfde ook de sieraden. De familie van Saskia, die aanspraak op de sieraden had gemaakt, viste achter het net. Rembrandt stierf een jaar na Titus' dood en werd net als zijn zoon in de Westerkerk begraven. Dochter Cornelia, die met haar man naar Indië was vertrokken stierf in Batavia in 1684.

In 1931 zou Jhr W. van Lennep, een afstammeling in rechte lijn van de broer van Saskia van Uylenburg een verzoek tot rehabilitatie van Rembrandt indienen bij de rechtbank Amsterdam. De reden van het verzoek was 'dat hij een groote bewondering koestert voor zijn voorvader Rembrandt, den grootsten kunstschilder uit Nederlands Gouden Eeuw en het hem steeds met deernis heeft vervuld, dat die groote Nederlander bij het einde van zijn leven in benarde omstandigheden is overleden, althans nimmer is gerehabiliteerd, hetgeen in schrill contrast staat met de winsten die reeds door velen gemaakt zijn en nog steeds door velen gemaakt

27 Akte van 14 juli 1656. Vis, noot 14, 80; Rembrandt Documents, noot 15, 345.

28 C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude*, Serie Onderneming en Recht, deel 53, Deventer 2009, 14. Zie voor het Archief van de Commissarissen van de Desolate Boedelkamer: Stadsarchief Amsterdam, toegangsnummer 5072.

worden als uitgever, schrijver, kunsthandelaar enz. met het werk van Rembrandt.²⁹ Omdat Van Lennep geen feiten had gesteld waaruit bleek dat naar destijds geldend recht een recht op rehabilitatie bestond, werd hij in zijn verzoek niet ontvankelijk verklaard.

4 De overeenkomst tussen Rembrandt en Geertje. *Pactum successorium*.

Romeins recht versus de Germaanse gewoonte.

De hierboven genoemde afspraak tussen Rembrandt en Geertje betrof de nalatenschap van Geertje. De overeenkomst bevatte een zogeheten 'derogatorische clausule'. Zij hadden namelijk afgesproken dat Rembrandt haar een jaarlijkse toelage zou uitkeren onder de uitdrukkelijke voorwaarde dat zij haar testament waarin zij Titus tot universeel erfgenaam had ingesteld, nooit meer zou wijzigen en eventuele andere wilsbeschikkingen die zij inmiddels had gemaakt zou vernietigen. De beweegreden van de schilder om Geertje een jaarlijkse toelage te geven was dus niet pure vrijgevigheid; hij wilde bewerkstelligen dat Geertje haar testament ten behoeve van Titus niet meer zou wijzigen. De overeenkomst tussen Geertje en Rembrandt was geen wederkerige overeenkomst. De overeenkomst moet als een schenking onder een ontbindende voorwaarde worden beschouwd. De voorwaarde leidde ertoe dat Geertje beperkt werd in haar testeervrijheid.

De overeenkomst tussen Rembrandt en Geertje is een goede aanleiding nader bij het *pactum successorium* stil te staan, want in feite spraken zij af wat er na Geertjes dood met haar nalatenschap zou geschieden.³⁰ Het *pactum successorium* is een contract dat *inter vivos* door wilsovereenstemming tot stand komt, maar dat een beschikking *mortis causa* bevat over de

29 Rechtbank Amsterdam 9 januari 1931, NJ 1932, 47. Voorwaarde voor rehabilitatie, tegenwoordig geregeld in artikel 207 van de Faillissementswet, was dat 5/8 van alle crediteuren de debiteur een gezamenlijke verklaring gaven waarin zij verklaarden zich niet tegen de rehabilitatie te verzetten. De verklaring werd overlegd aan de Commissarissen van de boedelkamer. Deze zetten een advertentie waarin alle crediteuren ter kamer werden opgeroepen. De rehabilitatie kreeg haar beslag als er geen verdere oppositie bestond. Zie: Inleiding bij het archief van de Commissarissen van de Desolate Boedelkamer, noot 28.

30 Joubert, noot 4, 1961, 20/21. Het verschil met de *donatio mortis causa*, het geschenk ter zake des doods, laat zich als volgt uitleggen. Deze schenking vindt plaats als de schenker verwacht dood te gaan; dat hij binnenkort doodgaat moet dus het motief zijn voor de schenking. Dezelfde formaliteiten die het maken van een testament voorschrijft zijn voor deze schenking van kracht. De schenker kan de schenking op elk ogenblik eenzijdig herroepen. De schenking is eerst na overlijden van de schenker onherroepelijk en opeisbaar. De begiftigde verkrijgt na overlijden van de schenker een contractueel recht. De begiftigde moet de schenker overleven. (Joubert, noot 4, 1962, 46, 99, 103 noot 3; Joubert, noot 4, 1961, 18. Zie ook artikel 7: 177 BW) Het is niet altijd gemakkelijk te zien of een overeenkomst een *pactum successorium* is of gewoon een schenking (*donatio inter vivos*) die is uitgesteld tot na de dood van een van de contractanten. Om te beoordelen wat de overeenkomst nu precies inhoudt hanteert de rechter in Zuid Afrika de zogeheten 'vestigingsmaatstaf'. Het gaat om het tijdstip waarop het recht wordt verkregen. Waar vanwege de overeenkomst de overgang van de rechten onmiddellijk of ten minste voor de dood van de gever plaats heeft, geschiedt de overgang *inter vivos* en kan de overeenkomst dus niet beschouwd worden als een *pactum successorium*, zelfs al wordt het gebruik daarvan uitgesteld tot na de dood van de gever. Kortom: het *pactum successorium*, is een overeenkomst *inter vivos*, maar de verkrijging van het recht vindt eerst *mortis causa* plaats. (Lauterbach, Siefkind noot 10, 371) Het moet daarbij gaan om een onherroepelijk contract. Bij de 'vestigingsmaatstaf' wordt de bedoeling van partijen echter niet in ogenschouw genomen, terwijl de bedoeling van partijen volgens Lauterbach het belangrijkste criterium zou moeten zijn om te bepalen of een overeenkomst een *pactum successorium* is. (Lauterbach, Stiefkind, noot 9, 372)

vererving van de nalatenschap van een contractspartij na de dood van de betrokken contractant. Een dergelijk *pactum* kan een rechtshandeling inhouden met de strekking te beschikken over een nog niet opengevallen nalatenschap en een rechtshandeling met de strekking een van de contractanten te belemmeren in zijn vrijheid om zijn erfrechtelijke bevoegdheden uit te oefenen.³¹ In casu beoogde Rembrandt zoals gezegd het laatste, namelijk dat Geertje haar testament niet meer zou wijzigen hetgeen tegelijkertijd tot gevolg zou hebben dat de nalatenschap van Geertje na haar dood definitief in handen van Titus, de derde-begunstigde, zou komen. In feite had de overeenkomst eveneens de strekking te beschikken over een nog niet opengevallen nalatenschap ten behoeve van een derde. In ons geval was het een 'eenzijdig' contract, dat wil zeggen dat niet over de nalatenschap van beide contractspartijen, maar slechts over de nalatenschap van een van de contractspartijen, namelijk over de erfenis van Geertje iets werd bepaald.³²

Zoals hierboven al is gezegd, waren afspraken over een erfenis die nog niet was opengevallen naar Romeins recht nietig, onder andere omdat de toekomstige erflater dan zou worden belemmerd in de vrijheid een testament te maken, de *libertas testamenti faciendi*.³³ Ook het Byzantijnse recht verbood dergelijke afspraken. In de *Basilica* werden de betreffende Digesten- en Codexteksten overgenomen.³⁴ Leo de Wijze (9^e eeuw) wees *pacta successoria* van de hand getuige Novelle 19.³⁵ Wel achtte hij de afspraak uit de hierboven geciteerde codextekst C. 2, 3, 15 geldig, waarin de vader zich verplichtte zijn kinderen gelijke erfporties toe te delen.³⁶

Later gingen de commentatoren Bartolus en Baldus (14^e eeuw) er eveneens vanuit dat niemand afstand kon doen van zijn vrijheid een testament te maken.³⁷ De *communis opinio* in de late middeleeuwen en de *usus modernus pandectarum* omstreeks 1600 leren evenmin iets anders.³⁸

Het voorgaande leert dat de ontbindende voorwaarde waaronder Rembrandt Geertje beloofde een jaarlijks toelage te geven volgens de genoemde rechtsbronnen een onzedelijke inhoud had en dus nietig was. Het rechtsgevolg van het opnemen van een onzedelijke en nietige voorwaarde was dat de voorwaarde de overeenkomst in haar kielzog met zich meenam en de overeenkomst ook ongeldig werd geacht.³⁹

Het zij hier opgemerkt dat een erfstelling onder ontbindende voorwaarde niet geoorloofd was getuige het adagium *semel heres semper heres*. De voorwaarde werd in zo'n geval voor niet geschreven gehouden, doch de erfstelling bleef in stand. Was aan een legaat een onzedelijke voorwaarde gehecht, dan gold hetzelfde. Het legaat bleef in stand, maar de voorwaarde werd voor niet geschreven gehouden. Met de onder een onzedelijke voorwaarde aangegane overeenkomst lag het dus anders. De overeenkomst was, zoals gezegd, eveneens ongeldig. Het verschil in de regeling van overeenkomst en legaat onder onmogelijke en onzedelijke

31 HR 25 oktober 1985, NJ 1986 308.

32 Joubert, noot 4, 1961, 20/21.

33 Zie ook Lauterbach, noot 9, 357.

34 K.E. Zachariae von Lingenthal, *Innere Geschichte des griechisch-römischen Rechts*, Leipzig 1856, 110, noot 352.

35 Novelle 19 van Leo de Wijze. *Les Nouvelles de Léon le Sage*, tekst en vertaling door P. Noailles en A. Dain, Parijs 1944, 72 v.

36 Novelle 19, noot 35. Wesener, noot 8, 608.

37 Wesener, noot 8, 609-610; Joubert, noot 4, 1961, 106, 108.

38 Wesener, noot 8, 610-612.

39 R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlandse privaatrecht*, Leiden 1984, 275.

voorwaarde wordt gemotiveerd met de overweging, dat in het ene geval partijen zelf de gebrekkige regeling hebben gemaakt', in het andere geval alleen de legataris of erflater.⁴⁰ Windscheid maakt in dezen een nuancering en vraagt zich af of in geval van een schenkingsovereenkomst niet ook net als in het geval van 'Willenserklärungen von todes Wegen' alleen de voorwaarde voor niet geschreven gehouden moet worden, zodat de schenkingsovereenkomst in stand blijft. De reden die hij voor het instandhouden van de schenkingsovereenkomst geeft is dat ook schenkingen evenals 'Willenserklärungen von todes Wegen' berusten op de vrijheid van degene die beschikt.⁴¹ Volgens deze opvatting zou de overeenkomst tussen Rembrandt en Geertje in stand blijven, hetgeen zou betekenen dat als Geertje gedurende een aantal jaren de toelage zou hebben ontvangen en dan haar testament zou hebben gewijzigd, zij haar recht uit de overeenkomst kon handhaven en niet de ontvangen bedragen hoefde terug te geven.

Interessant is dat het verbod van een *pactum successorium* in de Duitse landen geleidelijk aan is los gelaten, ondanks de receptie van het Romeinse recht.⁴² Zo werden in het midden van de zeventiende eeuw zogeheten 'Erbverbrüderungen' in adellijke families gebruikelijk en werd niet meer zo streng de hand gehouden aan het verbod op afspraken over het verkrijgen van een erfenis.⁴³ Als grondslag voor deze mogelijkheid wordt de algemene Germaanse gewoonte gegeven, de *universalis Germaniae consuetudo*, welke gewoonte derogeerde aan de gemene Romeinsrechtelijke bepalingen.⁴⁴ De afspraken over het verkrijgen van een erfenis waren voorsnog geldig tussen echtgenoten, tussen ouders en kinderen, tussen soldaten en tussen edellieden.⁴⁵ Maar niet veel later pleitten de Duitse juristen voor een algemene gelding van de afspraak over een erfenis.⁴⁶ Zij achtten een zogeheten *pactum successorium* of 'Erbvertrag' geldig. Het *pactum* kon niet eenzijdig door een der contractanten herroepen worden.⁴⁷ De reden die de Romeinen gaven voor het verbod zou voor het Germaanse recht en de 'heimischen mores' niet opgaan.⁴⁸ Als hier wordt bedoeld dat naar Germaans *mos* de toekomstige erfgenaam de toekomstige erflater niet naar het leven zou gaan staan, dan lijkt mij dat argument niet erg overtuigend. Schilter, die niets van het Romeinsrechtelijke verbod weten wil, bracht een ander Germaans rechtsbeginsel naar voren en wees op de 'unbeschränkte Gültigkeit aller Verträge' die hij uit de 'deutschen Treue' afleidde en die volgens hem ook van toepassing was op het erfverdrag.⁴⁹ Hij doelde op de contractsvrijheid. Joubert noemt als argument waarom de Germanen dergelijke afspraken niet verboden, het feit

40 J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*, Leiden 1948, 393. Zie D. 45, 1, 137.

41 B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Düsseldorf 1875, Frankfurt am M. 1901, § 92, noot 9, § 94, noot 16.

42 Joubert, noot 4, 1961, 32.

43 Wesener, noot 8, 614.

44 Wesener, noot 8, 614. Het erfverdrag had volgens Maeuius, *Decisiones*, III, dec. 270, gelding als 'ein in der deutschen Gewohnheit begründetes gemeines Recht'. G. Beseler, *Die Lehre von den Erbverträgen* II, 1, Göttingen 1835, 151.

45 Wesener, noot 8, 614-615.

46 Wesener, noot 8, 617. Wesener verwijst o.a. naar A.von Leyser: *Meditationes ad Pandectas*, I, Leipzig 1772, spec. 43, med. 5, 438: 'Erbverträge seien nicht contra bonos mores, der mögliche Wunsch nach dem Tode des Erblassers sei kein vitium pacti, sondern ein vitium hominum.' Zie ook Joubert, noot 4, 1961, 32, 180.

47 Joubert, noot 4, 1961, 180.

48 Wesener, noot 8, 616; Hij verwijst naar J. Schilter, *Exercitationes*, Jena 1672, exc. 8 § 40. En naar G. Beseler, noot 44, 153 v.

49 Zie Beseler, noot 44, 154.

dat de Germanen in tegenstelling tot de Romeinen bij wie de *favor testamenti*, de voorliefde voor het testament, hoog in het vaandel stond, geen testament kenden en dus op het *pactum successorium* waren aangewezen. De Germaanse opvatting was dat een persoon niet na zijn dood over zijn vermogen kon beschikken.⁵⁰ Dat volgens deze opvatting alleen God een erfgenaam maakt, lezen we al bij Tacitus in zijn *Germania*.⁵¹ Daarbij kenden de Germanen aanvankelijk geen privé-eigendom, maar familievermogens waarvan de familieleden mede-eigenaar waren. Pas in de twaalfde eeuw, lange tijd nadat de Germanen tussen 400 en 800 privé-eigendom hadden aanvaard, gingen zij gebruik maken van het testament. Aanvankelijk maakten zij onder invloed van de kerk en het canonieke recht gebruik van de schenking *mortis causa*.⁵² Mensen deden ter verkrijging van het zieleheil vaak een schenking aan de kerk. Een belangrijk verschil met het testament was echter dat deze schenkingen onherroepelijk waren omdat de kerk een rechtspersoon was en er dus geen gevaar was dat de kerk als begiftigde voor de schenker zou sterven.⁵³ Deze middeleeuwse Germaans-canonieke schenking kon volgens Heineccius als een *pactum successorium* worden beschouwd.⁵⁴

Natuurrecht

In de achttiende eeuw zouden natuurrechtgeleerden als Christian Wolff de ingeslagen weg van het toestaan van een contract over een nog niet opengevallen nalatenschap volgen met een motivering die hout snijdt, namelijk dat de eigenaar een onbeperkte beschikkingsmacht heeft over zijn vermogen.⁵⁵ Wolff zei het volgende:

'Omdat de eigenaar de beschikkingsmacht heeft over zijn zaken kan hij daarover naar believen beschikken. Vanzelfsprekend zijn overeenkomsten over de nalatenschap geldig, want *pacta successoria* zijn verbindend.'⁵⁶

Höpfner zei het eveneens duidelijk: 'Ein Erbrecht kann durch Verträge erworben werden.'⁵⁷ Een natuurrechtelijke privaatrechtelijke codificatie als het 'Allgemeines Landrecht' van Pruisen van 1794 erkende dan ook de geldigheid van het erfverdrag.⁵⁸ En ook volgens het ontwerp van het Oostenrijkse 'Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch' van 1811 zou het contract geldig moeten zijn, zij het dat het contract maximaal drie vierde van het vermogen mocht betreffen. Over een vierde deel moest het voor de erflater mogelijk blijven te testen. Uiteindelijk is de wetgever in het ABGB teruggekeerd naar de beginselen van het oude *ius*

50 Joubert, noot 4, 1961, 27, 28.

51 Tacitus, *Germania*, 20. (ed. Loeb Londen 1970): (...) *heredes tamen successoresque sui cuique liberi, et nullum testamentum*.

52 Joubert, noot 4, 1961, 39.

53 Joubert, noot 4, 1961, 29.

54 *Elementa Juris Germanici*, lib. 2, tit. 6, nr 150. Halle 1746, Uit: Joubert, noot 4, 1961, 39.

55 L.J.F. Höpfner, *Natuurrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaften und der Völker*, (2.verb. Aufl. Gießen 1783, § 106. Uit: Wesener, noot 8, 618.

56 *Cum dominus vi domini de rebus suis pro libitu disponere possit (§ 195); naturaliter valida sunt pacta de hereditate inita, consequenter etiam pacta successori conjungum*. C. Wolff, noot 1, par. 942. Uit: Wesener, noot 8, 618.

57 Höpfner, noot 55, § 106. Uit: Wesener, noot 8, 619.

58 § 617 Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (1794). Wesener, noot 8, 619 v.

commune en was alleen een erfverdrag tussen echtgenoten toegelaten.⁵⁹ Onder het *ius commune* mocht een *pactum successorium* namelijk in de huwelijkse voorwaarden worden opgenomen.

Rooms-Hollands recht. *Ius hodiernum*.

Hoe was het rechtens naar Rooms-Hollands recht, het recht dat gold in de tijd dat Rembrandt de overeenkomst door de notaris liet opstellen? Wanneer we de 'Inleidinghe' van Hugo de Groot erop naslaan, waarin hij het Rooms-Hollandse recht, het *ius hodiernum* van het gewest Holland, uiteen zet, dan lezen we dat een 'derogatorische clause' in een testament nietig was.⁶⁰ Voet, Van Bijkershoek en Groenewegen waren dezelfde mening toegedaan.⁶¹ Het moest voor de erflater mogelijk blijven zijn testament te wijzigen en te herroepen. Voet verwees naar de mooie frase van Ulpianus in D. 34, 4, 4 waarin deze Romeinse jurist zei dat 'de wil van de overledene wispelturig was totdat hij zijn laatste adem had uitgeblazen'.⁶² Ook haalde Voet Pomponius aan die in D. 30, 55 opmerkte dat 'niemand in zijn testament de bepaling kon opnemen dat voor zijn testament de wetten geen toepassing vinden'.⁶³ En ten slotte verwees Voet naar Hermogenianus die in D. 32, 22 zei dat 'niemand zichzelf als wet kon opleggen dat hij niet van een eerdere beschikking zou mogen afstappen'.⁶⁴ Hiermee hebben we de vraag beantwoord of de voorwaarde waaronder Rembrandt zijn voormalige huishoudster en concubine Geertje met een jaarlijkse toelage bedeelde naar Rooms-Hollands recht geldig was. De voorwaarde dat zij haar testament niet meer zou wijzigen was nietig omdat deze voorwaarde evenals een *pactum successorium* de strekking had de testeervrijheid van Geertje te beperken. Misschien heeft de notaris met het opnemen van de voorwaarde het verbod een afspraak over een testament te maken, willen omzeilen. Deze constructie zou echter niet baten. Het rechtsgevolg van het opnemen van een onzedelijke en dus nietige voorwaarde was dat de overeenkomst eveneens ongeldig was.⁶⁵

Voor het *pactum successorium* gold naar Rooms-Hollands recht echter wel een uitzondering. Terwijl in Friesland, waar ten strengste het Romeinse recht in acht werd genomen en het Romeinse beginsel *hereditatis pactis non deferri potest* onverkort gold,⁶⁶ lezen we bij De Groot dat men 'gheen verbintenissen mag maecken over de erfenisse eens levende mensch, uitghenomen de verkiezing van land-recht by huwelickse voorwaarden'.⁶⁷ In Holland mochten aanstaande echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden een regeling maken over de vererving van hun vermogens op de te verwekken kinderen.⁶⁸ Bij talloze andere schrijvers over het *ius*

59 Wesener, noot 8, 620v.

60 De Groot, noot 4, II, 24, 8. Joubert, noot 4, 1962, 55.

61 Voet, noot 4, 28.3.10 en 23.4.63; Vertaling: *The Selective Voet*, noot 4, vol. 4, Durban 1956, 685; Groenewegen, noot 4, ad C. 2, 3, 15 en D. 39, 5, 29, 2; Van Bijkershoek, *Quaestiones juris privati*, Leiden 1744, Lib. 3, cap. 6. Joubert, noot 4, 1962, 55.

62 D. 34, 4, 4 (Ulpianus *libro vicesimo quarto ad Sabinum*): (...) *ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*.

63 *Nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant*, (...).

64 (...) *nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat*.

65 Voet, noot 4, 45, 1, 21. *The Selective Voet*, noot 4, 6, Durban 1957.

66 J. van den Sande, *Decisiones Frisicae*, Leeuwarden 1647, lib. 2, tit. 2 def. 7; U. Huber, *Praelectiones Iuris Civilis*, Frankfurt en Leipzig 1749, ad D. 23.4 nr 5. Uit: Joubert 1961, 251.

67 De Groot, noot 4, III, 1, 41.

68 A.S. de Blécourt, *Kort begrip van het Oud-Vaderlandsch recht*, Groningen 1976, 506.

commune vinden we dezelfde opvatting.⁶⁹ Een dergelijke regeling bij huwelijkse voorwaarden was een alledaags verschijnsel in de rechtspraktijk van het Rooms-Hollandse recht.⁷⁰ Volgens Voet was deze uitzondering in overeenstemming met het canonieke recht.⁷¹

Het huwelijksvoorwaardencontract is niet van Romeinsrechtelijke origine, maar van Germaanse oorsprong.⁷² Zoals gezegd, beschikten de Germanen niet over het testament; het huwelijksvoorwaardencontract nu vervulde de functie van het testament.⁷³ Oorspronkelijk was het huwelijksvoorwaardencontract een overeenkomst tussen de families van de aanstaande echtgenoten over de bedingen waaronder het huwelijk werd aangegaan en waarbij er alvast afspraken werden gemaakt over de erfenis.⁷⁴ Het contract diende als *pactum successorium*.⁷⁵ Vooral de adel en gegoede families maakten er later gebruik van. Men rechtvaardigde deze contractuele erfstellingen wel met een beroep op de *favor matrimonii*. Huwelijkssluitingen moesten worden bevorderd en met een dergelijke erfstelling in het vooruitzicht kon het aangaan van een huwelijk voor de toekomstige echtgenoot aantrekkelijk zijn. Anderzijds lezen we bij Van Quickenborne dat het motief van de *favor matrimonii* een schijnargument was dat achteraf was bedacht 'om een feitelijke toestand, die een welbepaalde maatschappelijke rol vervulde, - met name het in stand houden van de feodaliteit en later van de grote adellijke families - in overeenstemming te brengen met de beginselen van het Romeinse recht.'⁷⁶

Ook nadat het testament in onze contreien zijn intrede had gedaan is het *pactum successorium*, zoals belichaamd in het huwelijksvoorwaardencontract, blijven voortbestaan en erkend als derde wijze van erfopvolging naast die uit hoofde van het testament en die uit hoofde van de wet.⁷⁷ Genoemde derde wijze van erfopvolging, die dus in zwang was in het *ius hodiernum* en dus ook in Holland, komen we tegen in het gewoonterecht, het lokale

69 Zie voor een uitvoerig overzicht: Joubert, noot 4, 1961, 251 v. Hij noemt onder andere Groenewegen, noot 4, ad C. 5.14.5 en Voet, noot 4, 2.14.16. en 23.4.58-60. Vertaling: *The Selective Voet*, noot 4, vol. 1, Durban 1955, 429 en vol. 4, Durban 1956, 227v. En voorts verwijst hij naar Van der Keesel, Arntzenius, Sande, Huber, Vinnius en Van Leeuwen. Zie C. Lauterbach en A. van der Linde, The Requirements for a Valid Pactum Successorium in an Antenuptial Contract: The Curious Case of Radebe v Sosibo NO, in: *South African Law Journal* 2012, 22-32, 23.

70 Joubert, noot 4, 1961, 250.

71 *Et quamvis nunc hactenus ab illo juris Romani dispositione ubiquerecessum videatur, quod pactis dotilibus de future succession conjungam inter se, ut et conjugem in bona tertii, vel tertii in conjugum probetur, (...)*. Voet, noot 4, 2.14.16 en 23.4.60. Vertaling: *The Selective Voet*, noot 4, vol. 1, 430 en vol. 4, 229.

72 Joubert, noot 4, 1961, 34.

73 Joubert, noot 4, 1961, 35. Een *pactum successorium* in huwelijkse voorwaarden is duidelijk geen testament; het heeft en het blijft het karakter van een overeenkomst houden. De rechter zei in *Ex parte Executors Estate Everard* (1938) hierover het volgende: 'Such a provision [a succession clause], despite its resemblance to a testamentary act, does not deprive the antenuptial contract of its character of an agreement between the parties and does not give it the character of a last will and testament. The mere fact that the benefit is directed to accrue after the first-dying's death does not make it his testamentary disposition – the presumption is, I think, in favour of construing the provision as to succession in the antenuptial contract as an immediate gift of settlement of a right to property at a future date rather than a testamentary bequest or a *donatio mortis causa*, and this though the actual amount of the benefit remains uncertain until such date. It is a matter of contract, and not a matter of unrestricted testamentary capacity'. Overgenomen uit: Lauterbach / Van der Linde, noot 69, 27.

74 Joubert, noot 4, 1961, 30.

75 Joubert, noot 4, 1961, 35.

76 M. van Quickenborne, *Contractuele erfstelling*, Leuven 1976, 9.

77 Joubert, noot 4, 1961, 39.

statutenrecht, zoals de Keuren van Amsterdam⁷⁸, en in de wetgeving van de Staten van Holland, te weten in de Politieke Ordonnantie van 1580.⁷⁹

Over de vraag of partijen de overeenkomst eenzijdig mochten herroepen, waren de meningen verdeeld.⁸⁰ Sommigen achtten het contract eenzijdig herroepbaar.⁸¹ Maar anderen meenden dat de overeenkomst vanwege het contractuele karakter niet eenzijdig kon worden herroepen.⁸² Voet, Van der Keesel en Groenewegen namen een tussenstandpunt in en zeiden dat het afhing van de inhoud van de overeenkomst.⁸³ De Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland oordeelde in 1711 dat het contract dat in huwelijkse voorwaarden was opgenomen onherroepelijk was.⁸⁴ Was de begunstigde een derde, die geen partij was bij het huwelijksvoorwaardencontract, dan kon het contract door een testament worden herroepen.⁸⁵ De regels met betrekking tot het beding ten behoeve van een derde werden toen (nog) niet gebruikt om dergelijke overeenkomsten een onherroepelijk karakter te verlenen. Regel bij het derdenbeding was namelijk dat als de derde had aanvaard, herroeping niet meer mogelijk was.

Nederlands recht

Hierboven is al gezegd dat een rechtshandeling die de uitoefening van erfrechtelijke bevoegdheden belemmert nietig is. Overeenkomsten strekkende tot de beschikking over nog niet opengevallen nalatenschappen zijn nietig (artikel 4: 4 BW).⁸⁶ De erflater moet een uiterste wilsbeschikking steeds eenzijdig kunnen herroepen, aldus artikel 4: 42 BW. De voorwaarde in het contract van Rembrandt zou in strijd zijn met de goede zeden en dus nietig zijn. En vervolgens zou op grond van artikel 3: 40 BW de overeenkomst hetzelfde rechtsgevolg treffen.⁸⁷

Artikel 1: 146 BW(oud) stond contractuele giften, erfstellingen en legaten toe indien deze bij huwelijkse voorwaarden waren verricht. De echtgenoten mochten slechts 'aan elkander' of aan een van beiden giften doen, legaten doen toekomen of elkander bij contract tot erfgenaam

78 G. Rooseboom, *Recueil Van verscheyde Keuren en Costumen midtsgaders Maniere van Procederen binnen de Stadt Amsterdam*, Amsterdam 1666, cap. 42; Joubert, noot 4, 1961, 252.

79 Ordonnantie van de polityen binnen Hollandt, in: *Groot-placaetboek*, vervattende de placaten, ordonnantiën ende edicten van de Staten Generaal der Verenigde Nederlanden, deel 1, Den Haag 1655, kolommen 329-343; Joubert, noot 4, 1961, 252.

80 Joubert, noot 4, 1962, 52v.

81 Joubert noemt onder andere A. Vinnius, *Tractatus de pactis*, Lyon 1748, cap. 19, nr 5. Joubert, noot 4, 1962, 52.

82 Joubert noemt onder andere J. van Someren, *Tractatus de Jure Novercarum*, cap. 3, sectio 1, nr 2, Utrecht 1668. Joubert, noot 4, 1962, 52.

83 Zie: Joubert, noot 4, 1962, 53.

84 Joubert, noot 4, 1962, 54. Van Bijnkershoeck nam in deze een minderheidstandpunt in en kwam tot het oordeel dat het contract gewoon was nagekomen.

85 Zie over het benoemen van een derde begunstigde: Joubert, noot 4, 1962, 62 en 105; Voet, noot 4, 2.14.16/vol 1 429; Lauterbach/ Van der Linde, noot 69, 23

86 Artikel 4: 4 lid 1 BW: Een voor het openvallen van een nalatenschap verrichte rechtshandeling is nietig, voor zover zij de strekking heeft een persoon te belemmeren in zijn vrijheid om bevoegdheden uit te oefenen, welke hem krachtens dit Boek met betrekking tot die nalatenschap toekomen. Lid 2: Overeenkomsten strekkende tot beschikking over nog niet opengevallen nalatenschappen in hun geheel of over een evenredig deel daarvan, zijn nietig.

87 Mr C. Assers, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, 6-I, *De Verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, Deventer 2012, 173.

benoemen.⁸⁸ Over een derde begunstigde werd niet gerept.⁸⁹ Artikel 1: 146 BW is in 2003 geschrapt.

Tegenwoordig worden er vaak overeenkomsten gesloten waarbij de erflater als beloning aan iemand die hem bijvoorbeeld heeft verzorgd of vanwege bewezen diensten een beloning toekent. Deze beloning mag wel bij wijze van legaat worden gegeven, maar niet door middel van erfstelling. Zo'n afspraak is nietig ex artikel 4: 4 BW.⁹⁰ Toch staat de begunstigde aan wie de beloning wél bij erfstelling is toegezegd niet met lege handen. Want is de begunstigde de afspraak van zijn kant wél nagekomen en heeft hij diensten verricht, dan kan er worden gezegd dat de nalatenschap 'verrijkt' is doordat de erflater zich de beloning heeft bespaard. Anderzijds is de begunstigde 'verarmd' vanwege de bewezen diensten. Hij kan een actie uit ongerechtvaardigde verrijking instellen.⁹¹

Het Bürgerliches Gesetzbuch

Ik sta stil bij het huidige Duitse recht omdat het *pactum successorium* anders dan bij ons in Duitsland is toegestaan, ondanks het feit dat het Romeinse recht, zoals gezegd, in een groot deel van de Duitse landen is gerecipieerd. In het Duitse *Bürgerliches Gesetzbuch* van 1900 is de universele Germaanse gewoonte neergelegd en is het *pactum successorium*, het 'Erbvertrag' als afzonderlijke vererving, te weten een erfopvolging op grond van een contract,

88 De uitzondering dat een *pactum successorium* bij huwelijkse voorwaarden kan worden aangegaan gold overigens eveneens naar Frans recht voor de Franse revolutie. In de huidige Code civil is dezelfde uitzondering toegelaten. Regel is dat 'pactes successoraux' verboden zijn. Art. 1130 lid 2 Cc: On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit, que dans les conditions prévues par la loi. Art. 1082 Cc: Les père et mère, les autres ascendants, les parents collatéraux des époux, et même les étrangers, pourront, par contrat de mariage, disposer de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès, tant au profit desdits époux, qu'au profit des enfants à naître de leur mariage, dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire. Joubert, noot 4, 1962, 111, 1961, 31, 182. M. van Quickenborne, noot 76.

89 M.J.A. van Mourik, L.C.A. Verstappen, *Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding*, Deventer 2006, 275. M.J.A. van Mourik, *Recht met sfeer, bloemlezing uit eigen werk*, Deventer 2008, 257 v.

90 Mr C. Assers, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, 4, erfrecht en schenking, S. Perrick, Deventer 2013, 170-171; Van der Ploeg, noot 6, 33.

91 Asser-Perrick, noot 90, 171. Het voorgaande nu lijkt in overeenstemming te zijn met wat rechtens is in Zuid-Afrika, waar het Rooms-Hollandse recht vandaag de dag nog gelding heeft. In de zaak *De Villiers v. Estate Odendaal and Another* (1921) had Odendaal in zijn testament De Villiers als *fideicommissarius residui* ingesteld omdat De Villiers hem op de boerderij had geholpen. Nadat Odendaal was overleden deden zijn erfgenamen een beroep op nietigheid van het testament omdat het testament in aanwezigheid van slechts een getuige was geattesteerd. De Villiers stelde vervolgens een actie uit ongerechtvaardigde verrijking in. De boedel zou door zijn diensten zijn verrijkt. De erfgenamen nu stelden dat de afspraak waarbij hem een erfstelling in het vooruitzicht was gesteld in strijd was met de goede zeden omdat het een afspraak over een nog niet opengevallen nalatenschap betrof. De rechter verwierp het verweer en overwoog dat De Villiers met zijn diensten zijn wederpartij had gebaat en hoewel hij had gehandeld uit hoofde van een nietig contract, kon hem niet het recht worden ontzegd een actie in te stellen op grond van het feit dat de ander was verrijkt door zijn verrichte diensten. Joubert, noot 4, 1962, 97. In *Van Jaarsveld v. Van Jaarsveld's Estate* (1938), een zaak die zich in Transvaal afspeelde, overwoog de rechter dat een overeenkomst waarbij was afgesproken dat iemand bij testament eigendom aan een ander zou vermaken, onafdwingbaar was, maar conform het moderne recht niet in strijd was met de goede zeden. Joubert, noot 4, 1962, 98.

gecodificeerd.⁹² Onze oosterburen kunnen dus een geldige onherroepelijke afspraak maken over een nog niet opengevallen nalatenschap en dus op grond van een overeenkomst tot een nalatenschap worden geroepen. Maakt het *pactum successorium* geen deel uit van de huwelijkse voorwaarden, dan moet de overeenkomst voor de notaris of de rechter worden verleden.

Hoe zit het met het beginsel van de testeervrijheid in Duitsland? Het begrip 'testeervrijheid' is naar Duits recht meerduidelijk. In de eerste plaats betekent het dat de erflater het lot van zijn nalatenschap door rechtshandelingen kan bepalen. De vrijheid beperkt zich echter niet tot de bevoegdheid een testament te maken, dat hij altijd kan herroepen, maar omvat ook de bevoegdheid bij overeenkomst een erfgenaam in te stellen.⁹³ Men spreekt wel over de erfrechtelijke 'Privatautonomie'.⁹⁴

Een 'Erbvertrag' doet een reeds bestaand testament overigens niet vervallen. Voor zover de beschikkingen in het testament niet in strijd zijn met de afspraken die in het 'Erbvertrag' zijn gemaakt blijven deze van kracht.⁹⁵

Sluit A in Duitsland een overeenkomst met zijn buurman B, in welke overeenkomst A zijn buurman B tot erfgenaam instelt, dan is A aan deze afspraak gehouden. Het contract kan ook ten behoeve van een derde-begunstigde worden gesloten.⁹⁶ Het 'Erbvertrag' wordt in dat geval echter niet als een beding ten behoeve van een derde opgevat.⁹⁷ Is een derde als begunstigde is aangewezen, dan gelden dezelfde regels als in het geval de contractspartij als begunstigde is aangewezen.⁹⁸ De afspraak kan alleen door middel van overeenkomst herroepen worden; eenzijdig opzeggen is slechts beperkt mogelijk, bijvoorbeeld als het contract onder invloed van dwaling of dwang tot stand is gekomen.⁹⁹

Het 'Erbvertrag' beperkt de erflater niet in diens beschikkingsbevoegdheid tijdens zijn leven. Hij kan zijn vermogen naar willekeur vervreemden. Indien de erflater schenkingen heeft gedaan om de begunstigde te benadelen, dan kan de begunstigde na de dood van de erflater deze schenkingen aantasten. De begunstigde verkrijgt pas een recht na de dood van de erflater. In die zin heeft de begunstigde dezelfde positie als de erfgenaam onder een testament.¹⁰⁰ Voor die tijd heeft hij slechts een verwachting om te erven.¹⁰¹ Het *pactum successorium* wordt in Duitsland wat de vorm betreft, dat wil zeggen de sluiting en de herroeping, als een contract behandeld, maar wat de inhoud aangaat, is het *pactum* gelijk aan een testament.¹⁰²

92 § 1941, §§ 2274-2280, § 2298 BGB. Joubert, noot 4, 1961, 32; 1962, 109. H. Lange, K. Kuschinke, *Erbrecht, Ein Lehrbuch*, München 2001, 467 v.; J. von Staudinger *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, *Erbrecht*, Berlin 2008, §§ 2274 v.

93 Battes, noot 10, 339.

94 Battes, noot 10, 339.

95 § 2289 BGB.

96 § 1941 BGB; *Bürgerliches Gesetzbuch*, O. Palandt, § 1941, 39 nr 12; Lange/Kuschinke, noot 92, 474.

97 *Bürgerliches Gesetzbuch*, noot 96, § 1941, 40, nr 12.

98 *Bürgerliches Gesetzbuch*, noot 96, § 1941, 40, nr 14.

99 § 2078 BGB.

100 Joubert, noot 4, 1962, 111.

101 Joubert, noot 4, 1962, 110. De vraag die zich opdringt is of de begunstigde dit recht te gelde kan maken, net zoals in het geval van het zogeheten 'Anwartschaftsrecht', waarbij degene die een zaak onder eigendomsvoorbehoud heeft gekocht een verwachting op eigendom heeft zolang hij nog niet heeft betaald. Dit recht kan hij te gelde maken en is voor vervreemding vatbaar.

102 Joubert, noot 4, 1962, 110.

Voor onze casus over Rembrandt is § 2302 BGB van belang.¹⁰³ In deze paragraaf wordt bepaald dat afspraken waarbij 'sich jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder *nicht aufzuheben*, (...) ', nietig zijn. Op grond van deze bepaling zou de voorwaarde waaronder Rembrandt Geertje de toelage schonk naar Duits recht derhalve nietig zijn. Die voorwaarde was immers dat zij haar testament met de erfstelling ten gunste van Titus niet zou opheffen, 'sal blijven onverbreekelijk'.

De motivering die de Duitsers voor de nietigheid ex §2302 BGB geven is dat de testeervrijheid alsdan in het gedrang komt, een beginsel dat, zoals we hierboven hebben gezien, uit Romeinse recht stamt. Voor het Duitse recht doet deze motivering enigszins vreemd aan. Waar men met § 2302 lijkt te willen vasthouden aan de testeervrijheid, wordt met de mogelijkheid van het 'Erbvertrag' deze testeervrijheid immers beperkt. Terwijl A en B ex § 2302 niet mogen afspreken dat A zijn testament waarin hij B tot erfgenaam heeft benoemd, niet mag wijzigen, is het wel toegestaan dat A en B bij overeenkomst een onherroepelijke erfstelling ten gunste van B in het leven roepen, die niet door testament kan worden opgeheven. A en B mogen dus, als gezegd, afspreken dat A B als 'onherroepelijke' erfgenaam instelt. De verklaring voor deze bestaande tegenstrijdigheid en voor het willen vasthouden aan de testeervrijheid is misschien dat men in Duitsland op twee gedachten hinkte, te weten aan de ene kant op de Germaanse opvatting, als gevolg waarvan, zoals hierboven is gezegd, het 'Erbvertrag' ingang heeft gevonden, en aan de andere kant op de Romeinse opvatting, die streng vasthield aan de testeervrijheid en afspraken over erfenissen verafschuwde. Testeervrijheid houdt in Duitsland niet alleen in – het is hierboven al gezegd – dat de erflater het lot van zijn nalatenschap kan bepalen door een testament te maken, maar omvat ook de bevoegdheid bij overeenkomst een erfgenaam in te stellen.¹⁰⁴

De vraag is vervolgens hoe een testament dat vanwege de testeervrijheid toch steeds herroepen zou moeten kunnen worden zich verhoudt met een onherroepelijke afspraak over een nalatenschap. Wat houdt de testeervrijheid nog in als men door een 'Erbvertrag' een onherroepelijke afspraak mag maken die aan het testament derogeert? En komt het er in Duitsland eigenlijk niet op neer dat er geen onderscheid is tussen het 'Erbvertrag' en de afspraak waarbij iemand zich in strijd met § 2302 verplicht tot het niet maken of niet wijzigen van een testament? Wanneer het wel is toegestaan om bij overeenkomst 'unmittelbar und dinglich wirkende Verfügungen von Todes wegen' te bedingen, waarom kan men zich bij overeenkomst dan niet verplichten een testament 'zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben'?¹⁰⁵

Wanneer een 'Erbvertrag' wordt toegestaan, dan kan een bindende afspraak over de uiterste wilsverklaring niet in strijd met de goede zeden zijn. Windscheid maakte hieruit op dat laatstgenoemde overeenkomsten dan ook geldig zouden moeten zijn.¹⁰⁶

Men zou kunnen zeggen dat de testeervrijheid in de zin van de erfrechtelijke 'Privatautonomie' door § 2302 niet alleen beschermd, maar tegelijk ingeperkt wordt, omdat deze paragraaf bepaalde afspraken over de nalatenschap verbiedt.¹⁰⁷

103 Staudinger, noot 92, § 2302. R. Battes, noot 10, 337-380; Lange/Kuschinke, noot 92, 405, noot 6.

104 Battes, noot 10, 339.

105 Battes, noot 10, 343.

106 B. Windscheid / T. Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, III, Frankfurt am M. 1901, § 529, noot 4.

107 Battes, noot 10, 344.

Zuid Afrikaans recht

In Zuid Afrika waar het Rooms-Hollandse recht vandaag de dag gelding heeft staat de testeevrijheid voorop en zijn *pacta successoria* niet geldig, tenzij ze belichaamd zijn in huwelijksvoorwaarden. Er gaan echter stemmen op om het *pactum successorium* ook werking toe te kennen indien de afspraak niet in huwelijksvoorwaarden is belichaamd.¹⁰⁸ Toch wordt deze overeenkomst in Zuid Afrika nog steeds als 'stiefkind van die Suid-Afrikaanse regt' beschouwd.¹⁰⁹ Het *pactum successorium* wordt in Zuid Afrika in tegenstelling tot in Duitsland wat de inhoud betreft niet als een testament, maar als een contract beschouwd en de contractspartij krijgt tijdens het leven van de erflater al een contractueel recht en niet pas na de dood van de erflater. Dit recht treedt echter pas vanwege de dood, *mortis causa*, in werking.¹¹⁰

Hierboven is voor het Rooms-Hollandse recht gezegd dat als de begunstigde een derde was, die geen partij was bij het huwelijksvoorwaardencontract, dat het contract dan door een testament kon worden herroepen.¹¹¹ Zuid-Afrika nu lijkt op dit punt een andere weg te zijn ingeslagen en een dergelijke afspraak als onherroepelijk te beschouwen. Rechter Murray merkte dit *obiter*, ten overvloede al op in *Ex parte Executors Estate Everard* (1938). Hij zei dat in het geval van een *pactum successorium* ten behoeve van een derde begunstigde, de regels van het leerstuk van het beding ten behoeve van een derde konden worden aangewend, in welk geval het beding onherroepelijk wordt, zodra de begunstigde heeft aanvaard.¹¹² In veel gevallen werden de ongeboren kinderen door de aanstaande echtelieden in het huwelijksvoorwaardencontract als begunstigde aangewezen. Waren zij eenmaal geboren en hadden zij de juiste leeftijd bereikt en aanvaard, dan konden partijen volgens de rechter in *McCullogh v. Fernwood Estate Syndicate* (1920) de begunstigde niet meer zijn rechten ontnemen door een testament te maken of door de huwelijksvoorwaarden te wijzigen. De derde kon in dat geval actie ondernemen.¹¹³ Hoewel de 'oude' schrijvers over het Rooms-Hollandse recht zich er nooit aan hebben gewaagd de regeling van het beding ten behoeve van een derde toe te passen op het 'Erbvertrag', toch zou de mening van de rechter in de zojuist genoemde zaak overeenstemmen met die van Voet.¹¹⁴ Volgens Joubert is er geen reden in een dergelijke casus de regels over het beding ten behoeve van een derde niet aan te wenden. De Zuid-Afrikaanse rechtspraak neigt hier, zoals gezegd, ook toe. De onherroepelijkheid troffen we eveneens aan in het Germaanse recht bij het onherroepelijke karakter van het huwelijksvoorwaardencontract, dat de Germanen beschouwden als een familieovereen-

108 Joubert, noot 4, 1962, 99. Lauterbach, noot 9, 357-377.

109 Lauterbach, noot 9; Lauterbach/Van der Linde, noot 69.

110 Joubert, noot 4, 1962, 110.

111 Joubert, noot 4, 1962, 105 en 64.

112 Joubert, noot 4, 1962, 105 noot 7. Vgl. R.W. Lee / Honoré, *The South African law of obligations*, Durban 1950, 138-141. Joubert, noot 4, 1962, 106.

113 Joubert, noot 4, 1962, 106.

114 Voet noemt het volgende geval. Ouders of iemand anders hebben een bruidsschat of geschenk ter zake van het huwelijk gegeven en zij zijn met het bruidspaar omtrent de bruidsschat overeengekomen dat de bruidsschat aan de gevers of aan een door de gevers aangewezen derde terug zal worden gegeven bij ontbinding van het huwelijk. De vrouw mag volgens Voet dan niet bij testament over deze bruidsschat beschikken ten nadele van de afspraak en de gevers of de andere door de gevers aangewezen derde uitsluiten van het recht de bruidsschat terug te vorderen. Het voorgaande is volgens hem conform het 'hedendaagse recht' volgens welk recht een ieder een overeenkomst kan sluiten en een actie kan verwerven niet alleen voor zichzelf, maar ook voor een ander. Voet, noot 4, 23. 4. 62. Joubert, noot 4, 1962, 106.

komst.¹¹⁵ Om de afspraak toch herroepelijk te maken, kon aan de overeenkomst een clause worden gehecht waarin partijen het voorbehoud maakten dat zij tijdens hun leven de afspraak door testament mochten wijzigen. De testevrijheid was op deze wijze gewaarborgd.¹¹⁶

Common Law

De eis dat een *pactum successorium* belichaamd moet zijn in huwelijkse voorwaarden wordt in het Anglo-Amerikaanse recht niet gesteld. 'A contract to make a disposition in favour of a particular person is valid.'¹¹⁷ Een zogeheten 'contract to make a will' of een 'contract of inheritance' is geldig.¹¹⁸ Is onroerend goed onderwerp van de overeenkomst, dan geldt de eis dat de overeenkomst op schrift moet worden gesteld.¹¹⁹ Ook is het naar common law mogelijk een contract te sluiten waarin de ene contractant zich verbindt ten gunste van zijn wederpartij een testament te maken waarin hij een bepaalde zaak nalaat aan deze wederpartij omdat deze op zijn beurt iets voor de testator gedurende zijn (testators) leven doet, hem bijvoorbeeld verzorgt. Een derde begunstigde kan ook worden aangewezen. Een voorbeeld is een vader die zijn tweede vrouw belooft dat hij bepaalde zaken nalaat aan de kinderen van zijn tweede vrouw uit een eerder huwelijk, terwijl zijn vrouw op haar beurt als tegenprestatie hem aandelen geeft die geen deel uitmaken van de huwelijksgemeenschap. Ook kan bij 'a contract to make a will' worden afgesproken dat men zijn testament niet wijzigt. De voorwaarde waaronder Rembrandt Geertje een jaarlijkse toelage gaf zou naar common law dus geldig zijn.

Men blijft overigens bevoegd gedurende het leven over de goederen te beschikken. Een dergelijk contract levert voor de begunstigde geen *ius in rem* op. Als zijn wederpartij zich niet aan de afspraak houdt, dan kan hij schadevergoeding eisen¹²⁰, hetgeen duidelijk maakt dat hij 'slechts' een contractueel recht heeft en geen erfrechtelijke kwaliteit, dat hij alleen op grond van een testament zou kunnen hebben verkregen.¹²¹

5 Ten slotte

De vraag die zich ten slotte opdringt en die volgens mij bevestigend kan worden beantwoord is, of de bezwaren die in ons huidige recht tegen het *pactum successorium* worden ingebracht niet achterhaald zijn.

De angst dat de toekomstige erflater door de begunstigde van het leven zal worden beroofd, geldt ook bij de levensverzekering of de lijfrente. En zelfs in het algemeen: 'Het is nu eenmaal in het leven: "des eenen dood is des anderen brood"'.¹²² Daarbij komt dat de erfgenaam veelal

115 Joubert, noot 4, 1962, 107.

116 Joubert, noot 4, 1962, 107.

117 *Theobald on wills*, S. Cretney en G. Dworkin, Londen 1971, 85.

118 L. Garb, J. Wood, *International Succession*, Oxford 2010, 233.

119 Joubert, noot 4, 1962, 108.

120 *Theobald on wills*, noot 117, 236.

121 Van der Ploeg, noot 6, 18.

122 Mr C. Assers, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, 3, Verbintenissenrecht, H. van Goudoever, Zwolle 1913-1921, 326. Uit: Van der Ploeg, noot 6, 17. Vgl. Mr C. Assers, *Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, 6, deel III, Verbintenissenrecht, Algemeen overeenkomstenrecht, A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, Deventer 2010, nr 294.

weet dat hij geroepen zal worden tot de erfenis van de toekomstige erflater: door de wet of door het testament van de erflater. En ook de lieden die vermoeden dat ze tot erfgenaam zijn benoemd, zullen zich in sommige gevallen een spoedig einde van de erflater wensen.

Tegen het bezwaar inhoudende dat het *pactum successorium* de testeervrijheid beperkt, kan worden ingebracht dat deze vrijheid evenzeer wordt beperkt indien de toekomstige erflater tijdens zijn leven vervreemdingen *inter vivos* of *mortis causa* verricht.¹²³ Hetzelfde geldt voor de legitieme portie, waardoor de testeervrijheid ook enigszins wordt beperkt. De verplichting voor de toekomstige erflater ervoor te waken dat hij de legitieme portie niet aantast, legt zijn testeervrijheid aan banden.

Een ander punt is de contractsvrijheid. Het verbod van het *pactum successorium* laat de testeervrijheid weliswaar in tact, maar het tast tegelijkertijd de contractsvrijheid aan.¹²⁴ De vraag is of er niet meer belang aan de contractsvrijheid moet worden gehecht. Het antwoord op deze vraag zou aan de erflater moeten worden overgelaten.¹²⁵ Want beide rechten zijn gebaseerd op privaateigendom en partijautonomie. Het meest overtuigende argument het *pactum successorium* onbeperkt toe te staan heb ik gevonden bij de natuurrechtgeleerden die als uitgangspunt nemen dat het een ieder vrij stond om met zijn vermogen te doen en te laten wat hij wil.¹²⁶

Net zoals de eigenaar van een Rembrandt met een vriend een potje darts op het schilderij mag spelen¹²⁷, zo zou hij ook met deze vriend moeten kunnen afspreken dat hij zijn testament, waarin hij deze vriend of diens zoon zijn Rembrandt nalaat, niet zal wijzigen.

F.A.J. van der Ven¹²⁸

Groningen

123 Lauterbach, Stiefkind, noot 9, 371.

124 Lauterbach, Stiefkind, noot 9, 359,364,367,374.

125 Lauterbach, Stiefkind, noot 9, 367,374.

126 De huidige bezwaren zouden kunnen worden ondervangen door formele eisen te stellen aan het *pactum successorium*. Lauterbach, Stiefkind, noot 9, 375.

127 L Sax, *Playing Darts with a Rembrandt: Public and Private Rights in Cultural Treasures*, 1999. Anders Salomons, die opteert voor een wettelijke zorgplicht die voor cultuurgoederen zou moeten worden ingevoerd in de Wet tot Behoud van Cultuurbezit(WBC). Men zou hierbij volgens hem moeten aansluiten bij de Monumentenwet: 'vernietiging of beschadiging is zonder meer verboden, en het toebrengen van fysieke veranderingen en gevaarscheppend of ontsierend gebruik is slechts toegestaan met een vergunning.' Privaatrechtelijk zou beschadiging of vernietiging een onrechtmatige daad opleveren. De adviescommissie herziening WBC adviseerde in 1999 terecht het tegendeel omdat een wettelijke zorgplicht een te ver gaande inbreuk op het eigendomsrecht is. A. Salomons, *De genade en ongenade van den eigenaar, Omvat het eigendomsrecht de bevoegdheid om eigen cultuurgoederen te vernietigen? Een pleidooi voor aanpassing van de Wet tot Behoud Cultuurbezit*. (inaugurele rede 2001), in: *Uitgesproken teksten*, Amsterdam 2002, 13-14.

128 Foskea van der Ven is universitair docent bij de sectie Rechtsgeschiedenis van de Rijksuniversiteit Groningen.

