

IV.112. Het beding ten behoeve van derden historische interpretatie

112. HET BEDING TEN BEHOEVE VAN DERDEN HISTORISCHE  
INTERPRETATIE. \*

I

Het arrest van den Hoogen Raad van 26 Juni 1914 (W. 9713, N. J. 1914, 1028, W. P. N. R. 2331) heeft opnieuw belangstelling voor het beding ten behoeve van derden gevraagd.

Het geval dat de Hooge Raad te beslissen kreeg, was het volgende<sup>1)</sup>: Staatspresident Kruger had aan H. Nijland te Dordrecht in bruikleen gegeven verschillende voorwerpen, voor de historie van Zuid-Afrika van belang, onder voorwaarde, dat die voorwerpen slechts tot wederopzeggens toe in bruikleen werden afgestaan en met beding, dat de opzegging zou kunnen geschieden in volgorde of door Kruger zelf óf door de voormannen van de Boeren in Zuid-Afrika of door Dr. Leijds. President Kruger is inmiddels overleden, vraag: kunnen de voormannen in Zuid-Afrika en Dr. Leijds het bruikleen opzeggen en de ter leen gegeven zaken pp-eischen?

Rechtbank en Hof hadden bevestigend geantwoord: zij kennen aan het beding ten behoeve van derden rechtskracht toe, als het als een last staat tegenover een praestatie die men zelf belooft, zij lezen in het „bedingen voor zich zelf”, waarover art. 1353 B. W. spreekt, in navolging van Moltzer<sup>2)</sup>, een „zich zelf verbinden”. Kruger had zich verbonden de voorwerpen ten gebruike te laten aan Nijland, hij had daarbij opzegging bedongen voor Leijds, ergo . . . De Hooge Raad veroordeelt deze uitlegging als onjuist. De tekst van art. 1353 B. W. dwingt tot de opvatting, dat slechts dan een derde een recht aan een overeenkomst, waarbij hij geen partij was, kan ontkenen als degene die het beding maakte in de eerste plaats een praestatie voor zich zelf bedong, zelf door die overeenkomst crediteur werd van zijn mede-contractant. Toch wint ook in hoogste instantie Dr. Leijds het proces — de voormannen der Boeren waren door het Hof om voor het oogenblik niet ter zake doende redenen, niet-ontvankelijk verklaard. Immers volgens den Hoogen Raad had Kruger iets voor zich zelf bedongen, het recht n.l. om de overeenkomst ten allen tijde op te zeggen en de goederen terug te vorderen, de overeenkomst voldeed aan den gestelden eisch. Had het hoogste rechtscollege het advies van zijn procureur-generaal geheel gevolgd, de uitspraak zou anders hebben geluid. Het was voor Mr. Noyon stellig een succes dat de Hooge

\* Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie, nos. 2427—2431 (1 en 29 Juli 1916).

<sup>1)</sup> Zie ook Rb. Dordrecht 21 Juni 1911. W. 9230, Hof Den Haag 31 Maart 1913. W. 9488. W. P. N. R. 2264, N. J. 1913, 522.

<sup>2)</sup> De overeenkomst ten behoeve van derden. Ac. Pr. Leiden, 1876.

Raad zijn reeds meermalen uitgesproken opvatting van art. 1353 B. W. principieel onderschreef, maar in de toepassing gingen procureur-generaal en Hooge Raad uiteen, en dit verschil in toepassing toont, dunkt mij, dat de overeenstemming niet zoo groot is, als ze op het eerste gezicht schijnt. Noyon was n.l. van oordeel, dat alleen dan sprake is van een beding voor zich zelf in den zin van art. 1353, indien in de overeenkomst ten behoeve van den stipulant nog iets anders bedongen is dan datgene wat is „essentia der overeenkomst, zonder welke zij onbestaanbaar zou zijn". De bepaling dat opzegging het bruikleen zal doen eindigen, kan als zoodanig niet dienst doen, dat is niet anders dan een aanwijzing van het tijdstip waarop de overeenkomst eindigt, niet een bijzonder beding. Had Noyon zijn zin gekregen, de vordering van Dr. Leijds ware niet-ontvankelijk verklaard.

Nu schijnt het mij belangwekkend om naast het geval dat aanleiding was van 's Hoogen Raads beslissing, een zeer ouden casus uit de Pandekten te leggen<sup>1)</sup>. Publia Maevia was op reis gegaan naar haar echtgenoot en had een kistje met een inhoud van waarde toevertrouwd aan Gaia Seia. Daarbij bedong Publia: kom ik terug, dan zult ge mij het kistje weergeven, overlijdt ik op reis, geef het dan aan mijn zoon uit mijn eerste huwelijk. Publia Maevia komt niet terug. Vraag: wie kan het kistje opeischen, de echtgenoot — blijkbaar opkomend voor de erfgenamen — of de zoon?

Mij dunkt, de overeenstemming van dat geval met dat van het proces Leijds—Nijland kan moeilijk groter zijn, de positie van den zoon uit de Pandekten-plaats tegenover het contract, waarop hij zich beroept, is geheel dezelfde als die van de eischers in ons proces tegenover de overeenkomst Kruger—Nijland.

Paulus beslist den rechtstrijd ten gunste van den zoon. Zijn beslissing staat niet op zich zelf. In analoge gevallen geven Ulpianus<sup>2)</sup> en Scaevola<sup>3)</sup> gelijke uitspraken. Had Noyon gelijk, dan zou er dus een tegenstelling bestaan tusschen ons recht en het Romeinsche. Nu is dit op zich zelf zeker niet iets merkwaardigs, het gebeurt meer, maar in dezen zou het toch wèl eigenaardig zijn. Het wordt ons altijd geleerd, dat de regel, dat contracten alleen binden tusschen de handelende partijen, iets specifiek Romeinsch is. Nemo alteri stipulari potest, was immers een Romeinsche spreuk. Wel heeft het latere Rom. recht eenige uitzonderingen erkend, maar het deed dit schoorvoetend, in het algemeen hield het aan den ouden regel vast. Eerst het recht van den nieuwen tijd breidde die uitzonderingen uit, maakte ze meer algemeen. En nu zouden wij teruggekeerd zijn tot vóór Justinianus, neen verder tot vóór Ulpianus en Paulus? Aanleiding genoeg, dunkt mij, de geschiedenis van het beginsel nog eens te bezien — na te gaan of te eeniger tijd

<sup>1)</sup> D. 16, 3, 26 (Paulus).

<sup>2)</sup> D. 30, 77.

<sup>3)</sup> D. 32, 37, 3.

in de historische ontwikkeling een breuk is aan te toonen. Doen wij dit, dan vinden wij wellicht tevens de oplossing van het geschil dat H. R. en procureur-generaal verdeeld houdt.

Daarvoor is nog een reden. Historische argumenten geeft de Hooge Raad niet voor zijn uitlegging. De letter van art. 1353 dwingt en daarmee is de zaak afgedaan. Maar Meijers en De Savornin Lohman, die reeds in 1905 dezelfde uitlegging aan art. 1353 B. W. gaven als thans de H. R.<sup>1)</sup>, bezigden zulke argumenten van historischen aard wèl, zij zochten wèl steun in de geschiedenis der wet en voornamelijk in Pothier. Ook dat kan dus aanleiding zijn de zaak nog eens historisch te bekijken. Ik doe dit te liever, omdat het mij gelegenheid geeft een opmerking te maken over het gezag dat men bij wetsinterpretatie aan Pothier heeft toe te kennen, een opmerking die ik reeds lang eens wilde plaatsen.

Maar ter zake.

Sinds Hellwig de geschiedenis van het beding ten behoeve van derden in het Romeinsche recht heeft blootgelegd<sup>2)</sup> staat, dunkt mij, vast, dat zijn aanvang in het fidei-commissum moet worden gezocht. Reeds het klassieke recht van omstreeks 200 n. C. liet toe dat men in plaats van eenzijdig den erfgenaam met een verplichting ten behoeve van een derde te belasten, die derde ook kan bevoordeelen door met zijn debiteur, bij wien men een zaak gedeponereerd had, of die een geldsom ter leen ontvangen had, of wel op andere gronden een praestatie verschuldigd was, overeen te komen, dat deze *na doode* van den schuldeischer niet aan den erfgenaam maar aan een derde zou praesteeren. De derde kreeg dan bij den dood een zelfstandig recht. De erfgenaam kon de praestatie niet vorderen<sup>3)</sup>. Misschien reeds door Diocletianus, maar in ieder geval door Justinianus is op dit denkbeeld voortgebouwd<sup>4)</sup>. Niet alleen als bevoordeeling *bij doode* van den derde het doel is, ook als de liberaliteit is gemaakt ten behoeve van levenden, kan zij in bepaalde gevallen aan een contract worden verbonden. Met name erkent het Justiniaansche recht de schenking onder een last en ook voor de dos wordt het beding, dat de restitutie niet aan den gever, maar aan een derde, die bij de overeenkomst niet partij was, zal

<sup>1)</sup> Respectievelijk in Themis 1905, blz. 434 en in Land—Lohman, IV, blz. 206.

<sup>2)</sup> *Vertra'ge auf Leistung an Drit'te* (1899). Wat Kipp bij Windscheid. Pandek-ten § 316. noot 4a, tegen Hellwig inbrengt, schijnt mij niet overtuigend. Hellwig's opvatting heeft — naar Rabel, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Rom. Abth.* XXX. blz. 467, opmerkt — achteraf bevestiging gevonden, doordien gebleken is dat het in landen van Grieksche recht niet ongebruikelijk was, voorwerpen van waarde bij een bankier b.v. te deponeren, met beding, dat zij na doode van den bewaargever aan een derde zouden worden afgegeven. Het is bekend, dat meer en meer blijkt, dat het Grieksche recht op het latere Romeinsche grooten invloed heeft gehad.

<sup>3)</sup> Zie de boven aangehaalde plaatsen.

<sup>4)</sup> Door Diocletianus, indien men met Hellwig de *lex 3, C. 8. 54* voor echi houdt, door Justinianus, indien zij, zooals anderen meenen, geïnterpoleerd is.

geschieden, als geldig beschouwd<sup>1</sup>). De derde krijgt in het een en het ander geval een eigen recht. Naast deze gevallen, wier samenhang met de beschikking na doode door middel van het derden-beding gemakkelijk valt in te zien, staan nog enkele, waar een beding ten behoeve van derden een recht verschaft, hoewel de handeling niet een bevoordeeling van een derde ten doel heeft. Zoo de bewaargeving met bepaling dat de gedeponeerde zaak aan den eigenaar zal worden teruggegeven — waar de analogie met bewaargeving en derden-beding als bevoordeeling voor de hand ligt — zoo wellicht nog enkele op zich zelf staande gevallen. Stellig zijn deze niet ouder dan de wetgeving van Justinianus<sup>2</sup>). Van invloed op het latere recht blijkt niets.

Grooten invloed daarentegen op het Romeinsche en Romanis-tische recht der Middeleeuwen hebben de plaatsen over de schenking geoeffend. Voor het rechtsverkeer is het derden-beding niet een eigen figuur als koop of bruikleen, maar het is een bijzondere vorm, die allerlei handelingen kunnen aannemen. Vandaar dat het in de rechtsgeschiedenis dikwijls een plaats vindt bij die handeling, waar het in een zeker tijdvak als het ware typisch voor is. Voor het Fransche recht der 19e eeuw b.v., en voor het onze van dien tijd ook, — zij het dan in mindere mate — is het een onderdeel van de *actio in rem scripta*-overeenkomst, voor het Middeleeuwsche recht behoort het bij de schenking. Het derden-beding is daar altijd bevoordeeling om niet en meest gevoegd bij de schenking. Raadpleegt men glossatoren en commentatoren daar, waar zij over de overeenkomst in het algemeen handelen, men zal zeer weinig vinden. Het *nemo alteri stipulari potest* wordt telkens weer op den voorgrond gesteld, worden uitzonderingen daarop erkend, zij betreffen die contracten waar vertegenwoordiging plaats heeft en de contractant niet meer is dan tusschenpersoon, over het derden-beding vindt men niets — slaat men daarentegen op, wat de Middeleeuwsche schrijvers op de *donatio sub modo* hebben aangeteekend. dan blijkt, dat zij de uitzonderingen van het latere Rom. recht op den starren regel, dat alleen wie zelf bij een overeenkomst partij was, daaraan een recht kan ontleenen, hebben gekend niet alleen, maar ook dat zij ze hebben uitgebreid en tot een algemeener geheel hebben uitgebouwd<sup>3</sup>). Dit geldt althans van de commentatoren<sup>4</sup>). Geeft reeds Bartolus een uitvoerige bespreking van den

<sup>1</sup>) Vgl. C. 8. 54. 3, C. 5. 14. 7, D. 24. 3. 45. <sup>2</sup>) C. 3. 48.

<sup>3</sup>.

<sup>3</sup>) Moltzer volgt in dit deel zijner historische beschouwing Gareis (*Verträge zu Gunsten Dritter* 1873), beiden Buchka (*Die Lehre von der Stellvertretung* 1852). Buchka heeft zich enkel tot bestudeering van het algemeen deel bepaald. Vandaar dat de Middeleeuwers bij Gareis en Moltzer zulk een armelijk figuur maken. Geheel ten onrechte, in hunne beschouwingen is nog heel wat dat ook voor ons meer dan historische beteekenis heeft.

<sup>4</sup>) Vgl. over hen vooral Lambert, *La stipulation pour autrui* (1893), biz. 239 vlg.

aard van het recht van den derde, van de vraag of hij die het beding maakt, het, zolang de derde het niet heeft aangenomen, kan herroepen, bij Baldus voor het eerst, meen ik, vinden wij een algemeene leer omtrent de geldigheid van het beding ook buiten de donatio sub modo ontwikkeld.

Baldus (1324—1400) brengt de plaatsen die over de schenking onder een last handelen, in verband met de plaats over het depo-situm van Publia Maevia, die ik boven citeerde en met een plaats over het mutuum, die strikt genomen niet hier hoort maar een ver-tegenwoordigingsgeval betreft en meent op grond dier plaatsen gerechtigd te zijn tot de algemeene uitspraak: overal waar een beding ten behoeve van een derde gemaakt is bij de overgave van een zaak, bij een praestatie door den eenen contractant aan den ander gedaan, geeft het den derde een eigen recht op nakoming. „Nunc ego dico, ubi re contrahitur obligatio valet pactum ut in mutuo, ut in dicta 1. certi § si nummos. Et in deposito ut in dicta 1. Publia. Sed ubi obligatio contrahitur verbis non valet <sup>1)</sup>). Er is hier een merkwaardige parallellie met de ontwikkeling der innominaat-contracten bij de Romeinen zelf. Het gesloten contracten-systeem werd het eerst verbroken, waar van de eene zijde praestatie had plaats gehad. De tegenpraestatie mocht dan gevorderd worden, ook al viel de overeenkomst niet terug te brengen tot een der bekende typen door het recht erkend. Op dezelfde manier wordt nu het recht op de tegenpraestatie aan den derde gegeven. In het algemeen blijft de regel: de derde kan geen recht ontleenen aan een contract waarin hij geen partij is, maar is dat contract uitgevoerd, heeft de eene contractant zijnerzijds gepraesteerd, dan is ook de ander verplicht de praestatie die hij den derde — geen partij in het contract — beloofde, te verrichten. Deze leer dringt algemeen door. Men drukt haar dikwijls zoo uit: stipulatie voor anderen geldt als het deel vormt van een datio. Vele schrijvers volgen haar. En de schrijvers waren — men bedenke het wel — niet geleerden die zich vermeden in theorieën over vroeger recht, maar voorlichters der practijk, wien groot gezag werd toegekend. Baldus' leer werd een traditioneele rechtsopvatting <sup>2)</sup>). Ja aan het einde der Middeleeuwen zien we dat een man van hooge autoriteit als de Spaansche jurist Covarruvias (1512—1577) niet meer het beginsel als afgeleid uit den regel over de schenking uit een last, maar omgekeerd de schen-kings-bepaling als een uitvloeisel van den algemeenen regel voorstelt: Ubi donatio incipit a rei traditione, ratione quadam generali potuit id procedere, ea nempe quod ex contractibus qui re contra-

<sup>1)</sup> Ad Codex 8. 54. 3 (de z.g. lex Quotics). De 1. Publia = D. 16. 3. 26, de 1. certi § si nummos = D. 12. 1. 9. 8. Vertaling: Nu zeg ik, waar een contract is gesloten door overgave van een zaak, geldt het beding, zooals bij verbruikleen en bij bewaargeving, maar waar het contract gesloten wordt door woorden, geldt het niet.

<sup>2)</sup> Vgl. Lambert, I, blz. 242.

huntur alteri per alterum obligatio adquiritur<sup>1)</sup>). Intusschen: zóó algemeen als de regel er op het eerste gezicht uitziet, is hij niet bedoeld. Men denkt telkens alleen aan het geval, dat de stipulatie met het beding bevoordeeling van den derde om niet beoogde. Baldus steunt zijn theorie mede op de goedgunstigheid die het recht z.i. tegenover liberaliteiten moet in acht nemen, ter wille daarvan mag van den rigoreusen regel worden afgeweken, en ook bij Covarruvias b.v., die een geheele verhandeling aan het onderwerp wijdt is voortdurend verondersteld, dat het doel van den stipulator was den derde om niet een voordeel te verschaffen. Maar zoo beperkt, kunnen wij wel zeggen dat de geldigheid van het beding, toegevoegd aan een reëel contract, aan het eind der Middeleeuwen algemeen geaccepteerd was.

## II

Wij zetten ons historisch overzicht voort. Zien wij thans, wat van het Middeleeuwsche recht geworden is in Frankrijk bij auteurs en jurisprudentie van de 16e tot de 18e eeuw.

Aanvankelijk vinden wij de traditie bevestigd. Verbonden aan de overgave van een zaak, een datio, geeft het beding ten behoeve van een derde aan deze een zelfstandig recht. Zoo kan de verkoo-per bij de levering bedingen, dat de koopprijs niet aan hem, maar aan een ander zal worden betaald. Maar men is verder afgeweken van den ouden Romeinschen regel: het is niet meer noodig, dat de verkoo-per daarbij schenkingsbedoelingen tegenover den derde heeft. Charondas (1536—1617) haalt eenige arresten aan<sup>2)</sup>, waarbij beslist werd, dat als bedongen wordt, dat de kooper den schuld-eischer van den verkoo-per zal voldoen, deze laatste een zelfstandige actie tegen den kooper heeft. De schuldoverneming, althans de cumulatieve schuldoverneming, waarbij de crediteur naast zijn vorderingsrecht tegen den ouden schuldenaar door de overeenkomst van dezen met den nieuwen schuldenaar een vorderingsrecht ook tegen den laatste krijgt, is erkend. Ook op de datio zien we in de motiveeringen minder de nadruk gelegd. Er wordt eenvoudig geleerd, dat de oud-Romeinsche regel van het nemo alteri stipulari naar nieuwer recht niet meer bestaat.

Of de 18e eeuw ook zoo oordeelde? Lambert neemt het blijkbaar aan<sup>3)</sup>, voert echter geene bewijzen daarvoor aan. Boven

<sup>1)</sup> *Variae resolutiones*, I, 14, 2. Het is merkwaardig, dat Grotius, die volgens Gereis en Molt/er een geheel nieuwe periode in de geschiedenis van het derden-beJing zou openen, bij de door hen aangehaalde plaats, *De jure belli ac pacis*, II, X!, 18, in een kantekening Covarruvias aanhaalt. (Vertaling: waar de schenking plaats heeft met traditie, volgt dat uit den algemeenen regel, n.l. dat bij reaal contracten (door overgave der zaak gesloten), de derde recht uit een stipulatie van een ander kan verkrijgen).

<sup>2)</sup> *Réponses du droit français*, livre 10, rep. 46.

<sup>3)</sup> *T. a. p. II. biz.* 5, 70 vlg.

allen twijfel acht ik het niet. Immers er is eenige reactie gekomen, doordat een andere zeer ver gaande afwijking van den ouden regel niet meer wordt geaccepteerd. Om dit duidelijk te maken moeten wij nog even terug. Het *nemo alteri stipulari potest* sloot niet alleen het beding ten behoeve van derden uit, maar de spreuk duidt ook de ontoelaatbaarheid van vertegenwoordiging bij stipulatie aan. Ook hier heeft de Middeleeuwsche doctrine verandering gebracht. Men acht in de Middeleeuwen de met vertegenwoordigingsmacht bekleede lasthebber bevoegd voor zijn lastgever te stipuleeren, de belofte van zijn medecontractant aan te nemen. Men ging verder. Gelijke bevoegdheid werd toegekend aan hem, wien zulk een last niet was gegeven, mits hij het ambt van notaris bekleedde. Een notaris was bevoegd, voor ieder, ook voor toekomstige personen, nakomelingen b.v. van den belover, een belofte te aanvaarden. Wij hebben hier niet na te gaan, hoe de regel ontstaan is, langs welke eenigszins zonderlinge wegen hij aan Romeinsche voorschriften werd vastgeknoopt, genoeg zij het te constateeren, dat hij aan het eind der Middeleeuwen algemeen was aanvaard en ook in het latere recht doordrong. Men vindt hem bij Paulus Castrensis<sup>1)</sup> en bij Decius<sup>2)</sup>, Covarruvias beschouwt hem als vaststaand recht<sup>3)</sup>. Maar ook latere Franschen als Bouvet<sup>4)</sup> en Brodeau<sup>5)</sup> volgen dezelfde doctrine en eindelijk wordt deze gehuldigd door oud-Hollanders als Voet<sup>6)</sup>, De Groot<sup>7)</sup> en v. d. Keesel<sup>8)</sup>.

Op den ontwikkelingsgang van dezen regel heeft het beding ten behoeve van derden stellig invloed gehad. De schenking met een last voor derden was geldig — om echter allen twijfel uit te sluiten laat men den last nog eens uitdrukkelijk aannemen door een notaris, dan was herroeping — anders zeer onzeker, het was een nooit eindigende strijd — uitgesloten. Maar nu gaat men verder. Niet alleen neemt de notaris den last aan door den begiftigde aan den derde verschuldigd, ook voor den begiftigde zelf treedt hij op. De notaris kan rechten verwerven voor afwezigen, zelfs voor toekomstige personen. Dat alles had verstrekkende beteekenis. Schijnbaar een vertegenwoordigings-regel. somtijds ook met het beding ten behoeve van derden in verband gebracht, twee instituten, die die tijd allesbehalve scherp uit elkaar houdt, is deze leer niet anders dan de erkenning van de gebondenheid aan de eenzijdige schenkingsbelofte, mits deze in notarieelen vorm was gegoten. De President Faber (1557—1624) heeft dit al ingezien. Hij trekt de volle consequentie uit dit inzicht. Van de subtiële argumenten,

<sup>1)</sup> Consilia 195, 126.

<sup>2)</sup> Consilia 239 n. 6. 226 n. 1 en 598.

<sup>3)</sup> *Variae resolutiones*, I, 14 n. 11 en 13.

<sup>4)</sup> *Arrêts de Bourgogne*. II, 59.

<sup>5)</sup> Op Louet D 51 (geciteerd bij Lambert).

<sup>6)</sup> D. 39. 5, no. 43.

<sup>7)</sup> *Inl.* III, 2, 12. <sup>8)</sup>

Th. 510.

waarmee anderen deze stelling voor het Romeinsche recht verdedigen, wil hij niets weten, doch voor het recht van zijn tijd aanvaardt hij haar, maar meent dat er niet de minste reden is hier aan de notarieele tusschenkomst te hechten, de schenkingsbelofte zonder meer verklaart hij bindend. Aanneming door den begiftigde acht hij niet noodig<sup>1)</sup>. Faber is met deze meening alleen blijven staan, lateren zijn hem niet gevolgd. Toch heeft hij invloed gehad, zij het in andere richting dan hij wenschte. Zijn resultaat werd niet aanvaard, zijn wetenschappelijke stelling dat uit geen enkele plaats een bijzondere bevoegdheid van den notaris valt af te leiden, wel. Daarmee valt de steun van den regel en de regel wordt nu ook zelf aangetast. De wetgever bindt den strijd aan, had den strijd reeds aangebonden vóór Faber en hij weet de oude praktijk, hoewel blijkens de elkaar telkens opvolgende ordonnanties niet zonder moeite, te overwinnen. Van deze reactie ondervindt ook het beding ten behoeven van derden den terugslag.

Een ordonnance van 1539 bepaalt (art. 133): Quant à celles (les donations) qui seront faites en l'absence des dits donataires, les notaires stipulant pour eux, elles commenceront l'effet des temps qu'elles auront été acceptées par les dits donataires et en la présence des dits donateurs et insinuées comme ci-dessus; autrement elles seront répudiées nulles. De praktijk verzet zich, althans in 1549 wordt het noodig geoordeeld het verbod te herhalen. En nog vond men uitwegen. Charondas<sup>2)</sup> leert, dat de notaris wel niet voor afwezigen een schenking mag aannemen, maar hij acht de bepaling niet toepasselijk, indien de gift bestemd is voor een kind, dat nog niet kan spreken. Het parlement van Parijs geeft een beslissing in denzelfden zin<sup>3)</sup>, en nog in de 18e eeuw vindt deze doctrine ahang<sup>4)</sup>. Volgt de ordonnantie van 1731, die in art. 5 wederom uitdrukkelijk voorschrijft: Les donations entre vifs ne pourront engager le donateur ni produire aucun autre effet que du jour qu'elles auront été acceptées par le donataire . . . Défendans à tous notaires et tabellions d'accepter les donations comme stipulant pour les donataires absents, à peine de nullité des dites stipulations.

Dit alles betreft het beding ten behoeve van derden wel niet direct, maar raakt het toch van zeer nabij. Immers, als een schenking altijd moet worden aangenomen en zonder dat niet alleen herroepelijk is, maar met volkomen nietigheid bedreigd, hoe is het dan met den last aan de schenking verbonden, die op zijn beurt ook weer schenkings-karakter heeft? Kan zulk een last nog geldig gemaakt worden? Krijgt de derde nog een recht? Art. 11 van de ordonnantie van 1731 stelt dit buiten twijfel. „La donation fait au donataire et à ses enfants à naître ou *la substitution* n'ont besoin

<sup>1)</sup> De erroribus pragmaticorum, década 47, 2.

<sup>2)</sup> Réponses VI, 88.

<sup>3)</sup> Bij Charondas t. a. p.

<sup>4)</sup> Vgl. Lambert II, blz. 65.

que de l'acceptation du premier donataire." De schenking met beding het geschonkene weder aan een derde te geven, blijft geldig. De derde-begiftigde, te wiens behoefte de last gemaakt is, kan er een recht aan ontleenen zonder dat aanneming zijnerzijds noodzakelijk is. En de commentator der ordonnance, Furgole (1690— 1761), verzekert ons dat daarmee geen nieuw recht is ingevoerd, „cette loi n'a introduit rien de nouveau mais elle confirme ce qui se pratiquait dans l'usage, surtout au Parlement de Toulouse”<sup>1)</sup>.

De gift met last bleef dus onaangetast. Voor haar bleef het bij den ouden regel. Maar kan dat ook overigens gezegd worden, als de last — met schenkingsbedoeling — aan een andere handeling verbonden was? Had men dogmatisch scherp onderscheiden, de vraag was niet gerezen: het verbod van aanneming door notarissen verbiedt de eenzijdige schenkingsbelofte, het beding ten behoeve van derden raakt het niet. Maar zoo zuiver scheidde men niet altijd. Dezelfde Furgole geeft een aantekening, waarin het voor en tegen uitvoerig wordt nagegaan<sup>2)</sup>. Ik neem de vrijheid haar bijna in haar geheel over te nemen:

„Au sujet de l'interprétation de cet article et de l'art. XI (de door mij aangehaalde) il peut se présenter une difficulté qui mérite d'être éclaircie. Je suppose que Titius vend un fonds à Maevius au prix de 1000 livres qui l'acheteur gardera en payant l'intérêt au vendeur pendant sa vie et après sa mort il sera tenu de la payer à un tiers absent et non acceptant; le défaut d'acceptation devra-t-il annuler la donation? On peut dire, pour soutenir la validité de la donation, qu'elle est une seconde disposition subordonnée à la vente, laquelle étant valable par la convention fait entre le vendeur et l'acheteur, elle doit faire valoir la donation, qui en est une suite, tout de même que la substitution, où la charge de rendre est soutenue sans acceptation, lorsque la première donation est revêtue des formalités nécessaires pour la faire valoir suivant l'art. XI.

Au contraire on peut dire, que la donation est nulle, 1°. parce quie cet art. V veut que toutes les donations entre vifs soient acceptées à peine de nullité. 2°. Que l'art. XI n'excepte que les secondes donations subordinaire à une première, fait dans un même acte, ou les substitutions aux biens donnés; ce qui ne peut pas convenir à une donation subordonnée à une vente, à cause de la différente nature des contrats de vente et de donation .

..

Cette dernière opinion me parait plus conforme à l'esprit de l'ordonnance et à la règle qu'elle établit pour assujettir les

<sup>1)</sup> Commentaire sur l'ordonnance ad art. XI.

<sup>2)</sup> Ad art. V. Lambert beroept zich voor zijne meening, dat de bepaling over den notaris het eigenlijk derden-beding niet raakt, m. i. ten onrechte, op Furgole (II, blz. 4. 64).

donations entre vifs et à la nécessité de l'acceptation; de laquelle règle on ne doit tirer que les cas qui sont nommément exceptés comme je l'ai déjà remarqué.

Je crois qu'il en faudrait dire de même, si par un contrat de constitution de rente pour prêt, ou autrement, le créancier chargeait son débiteur de payer la rente après sa mort, ou dans un certain délai, à une tierce personne non acceptante, parceque les mêmes raisons peuvent s'appliquer à ces cas.

De plaats is leerzaam uit een dubbel oogpunt. Zij leert ons vooreerst, dat ook Furgole blijkbaar in het algemeen — afgezien van de ordonnantie — koopovereenkomsten en overeenkomsten van rente-vestiging met bedingen ten behoeve van derden, volkomen geldig acht. Zoo'n beding gaf vóór de ordonnance den derde recht en nà de ordonnance was dat nog zoo, voor zoover in het derden-beding niet een gift was gelegen, zoo het op andere gronden dan schenkings-bedoeling geschiedde. Want daarop slaat de argumentatie van den schrijver niet. Dit is te merkwaardiger, omdat Furgole twee bladzijden verder uitdrukkelijk zegt dat hij *niet* meegaat met hen die van oordeel zijn dat de oude regel van het *nemo alteri stipulari potest* naar Fransch recht niet meer opgaat. Hij onderschrijft dien regel nog wel, toch erkent hij het derden-beding subordonné aan een overeenkomst van koop of rentevestiging. Alleen — en dit is het tweede punt dat ik op het oog heb — voor bedingen met schenkingsbedoeling meent hij, dat de ordonnantie ook hier nieuw recht heeft gebracht. Is die meening door anderen gedeeld, heeft zij op het latere recht invloed gehad?

### III

Het antwoord op de vraag, die wij aan het slot van ons vorig artikel stelden, geeft Pothier. Pothier's invloed op de leer van het beding ten behoeve van derden is bekend genoeg, en het is juist op zijn gezag, dat vooral een beroep wordt gedaan door hen, die als Meijers en De Savornin Lohman den eisch stellen dat degeen, die zulk een beding maakt, in de eerste plaats iets voor zich zelve bedongen heeft. De nos. 70 en 71 van het *Traité des Obligations* zijn ook door onze juristen herhaaldelijk besproken, toch eischt het belang der zaak, dat ook ik er nog eenigen aandacht aan wijd.

Pothier begint met op te merken, dat het bedingen ter wille van een derde niet kan zijn de inhoud, het voorwerp der overeenkomst, maar dat het wel een voorwaarde of een last daarvan kan uitmaken. Over de voorwaarde zoo straks. Over den last zegt hij letterlijk het volgende:

„Ce qui concerne l'intérêt d'autres peut aussi être in modo; c'est à dire que quoique je ne puisse pas directement stipuler ce qui concerne l'intérêt d'un tiers néanmoins je puis aliéner

une chose à la charge que celui à qui je la donne fera quelque chose qui concerne l'intérêt d'un tiers. Par exemple quoique je ne puisse pas stipuler en mon nom directement, que vous ferez présent du Thesaurus de Meerman à Jacques, je puis vous donner utilement une somme ou toute autre chose à la charge que vous ferez à Jacques ce présent."

Hij zegt dan verder, dat naar het Romeinsche recht de derde in zoo'n geval geen actie had tegen den begiftigde, maar dat in het nieuwe recht anders is beslist.

Pothier geeft een voorbeeld van eene schenking met een last en ten onzent heeft men deze plaats gewoonlijk zoo opgevat, dat zij ook alleen daarover handelt. Toch is dit niet juist. De schrijver erkent algemeen het beding ten bate van een derde als het aan een *vervreemding*, de overgave van een zaak is verbonden. Hij blijft daarmee geheel in de lijn der traditie, waarvan trouwens nergens blijkt, dat hij ook maar in het minst wil afwijken. Volgt dit reeds uit het feit, dat hij niet zegt: je puis *donner*, maar: je puis *aliéner* une chose, het blijkt overtuigend, als men naast deze plaats er een legt uit het „Traité de rente", no. 241. Daar lees ik<sup>1</sup>):

„Dans les constitutions de rente viagère l'acquéreur stipule quelques fois qu'après sa mort la rente sera continuée à un tiers pendant la vie de ce tiers. Cette clause est valable, quoique ce tiers ne soit pas intervenu au contrat; et le constituant qui n'a reçu qu'à cette charge la somme de deniers qui lui a été payée pour le prix de constitution, ne peut se défendre de continuer la rente à ce tiers après la mort de l'acquéreur. Voyez notre Traité des obligations n. 70 (lees n. 71)."

De plaats bewijst afdoende, dat Pothier den derde niet enkel een recht gaf, indien te zijnen behoeve een last aan een schenking was verbonden, maar ook indien zulk een beding bij een praestatie op anderen rechtsgrond werd gemaakt. Zij bewijst door de verwijzing naar het Traité des Obligations ook, dat daar niets anders is gezegd. En eindelijk is zij van belang, omdat Pothier zich recht stelt tegenover Furgole. Ten overvloede komt een andere plaats, even verder in hetzelfde Traité de Rente dat nog nader bevestigen. Daar lezen wij:

„Suivant ces principes si un homme avait vendu un de ses propres pour une certaine somme pour laquelle il se fût fait constituer à lui et à sa femme une rente viagère la rente après sa mort ne pourra être prétendue par sa femme à qui il ne lui était pas permis de donner."

>) Vgl. art. 1973 C, 1815 B. W.

Schenking tusschen man en vrouw is niet geoorloofd, daarom zal de vrouw niet kunnen eischen, indien het een derde was geweest, zou hij blijkbaar dat recht wel gehad hebben. Dus: de lijfrente die in de plaats van de koopsom gesteld wordt, kan bedongen worden voor een derde, de derde krijgt dan recht. Zou Pothier anders geoordeeld hebben, indien het de koopsom zelf was, die aan den derde moest worden uitgekeerd? Van de ordonnantie van 1731 en de bezwaren door Furgole op grond daarvan in het midden gebracht, rept Pothier niet, zou hij er geen waarde aan gehecht hebben? Wat daarvan zijn moge, de tegenwerpingen zijn verdwenen, het traditioneele recht heeft gezegevierd. Ook voor Pothier geldt, dat de last aan een praestatie verbonden dengeen, te wiens behoeve zij gemaakt is — met of zonder schenkingsbedoelingen — een recht geeft tegen den mede-contractant van den stipulant. Principieel is Pothier een voorstander van het oude adagium: alleen partijen ontleenen recht aan het contract, hij herhaalt het en wij missen voldoende grond om te mogen beweren, dat ook hij stond op het standpunt der 17e eeuwse Franschen, die het beding in ruimen zin erkenden. Maar vast staat dat hij er niet aan denkt de sinds de Middeleeuwen algemeen erkende mogelijkheid van het derden-beding als last bij een datio te bestrijden of in te krimpen.

Bezien we nu nog even no. 70 van het *Traité des Obligations*. Behalve modus, last, kan de stipulatie voor een ander ook voorwaarde zijn, staat daar. Onze auteur geeft het voorbeeld, dat ik beding dat, indien gij aan Jacques niet den *Thesaurus van Meerman* geeft, ge mij twintig pistolen moet betalen. Hier heeft Pothier het over een geheel andere zaak dan in de plaats, die we zoeven bespraken. Het gaat hier niet om de vraag of de derde een recht zal krijgen, enkel over die, of de stipulant zelf de twintig pistolen mag opeischen. Het is de kwestie van het belang, dat iedere stipulant bij het contract moet hebben. Van het recht van den derde is hier geen sprake, kan ook geen sprake zijn, immers het recht van den stipulant, dat Pothier erkent, bestaat juist enkel, indien de praestatie aan den derde niet geschiedt<sup>1</sup>). Strikt genomen is niet het beding van den derde, maar het niet nakomen van dat beding, voorwaarde van het beding voor den stipulator. Het beding als voorwaarde staat geheel buiten een contract, waarbij zij niet partij zijn.

Uit Pothier putte de Code, de algemeene verbintenissen- en contractsleer is een excerpt uit het *Traité des Obligations*. Waarom zou het hier anders zijn? Trouwens woordenkeus en inkleeding van art. 1121 herinnert sterk aan de zoo even geciteerde nos. 70 en 71 van dat *Traité*. Maar een wetgever heeft nu eenmaal een andere taak dan een auteur, hij condenseert, put hij uit een schrijver, hij moet in enkele scherp afgelijnde zinnen een geheel betoog samen-

) Vgl. hierover Moltzer t. a. p. blz. 321.

vatten. Dat de Code daarbij in dit geval gelukkig is geweest, is moeielijk vol te houden. Vooreerst neemt hij het voorbeeld van Pothier voor den regel en spreekt van „donation" waar Pothier „aliénation" had en dan speelt de dubbele beteekenis van het woord „condition" hem parten. Pothier zegt het beding is of voorwaarde óf last, is het last dan geeft het den derde eigen recht, is het voorwaarde, dan is daar geen sprake van. De Code vat beide begrippen onder den naam „condition" samen en kent daarmee, blijkens het laatste lid van art. 1121 en art. 1165, in *beide* gevallen den derde eigen recht toe, zoowel dus bij de stipulation pour soi même als bij de donation. Dit is absurd. Maakt men een beding als Pothier als voorbeeld geeft, dan denken partijen er niet aan den derde een eigen recht te geven. Ook de makers van den Code hebben dat niet bedoeld. Aan Bigot—Prémeneu stond bij de toelichting der wet blijkbaar niet duidelijk voor oogen, wat hij bij Pothier had gelezen, hij denkt enkel aan den last, niet aan de voorwaarde, in de donation ziet hij niet anders dan een voorbeeld van de „stipulation pour soi même" <sup>1)</sup>). Met hem begint het tobben met het woord „stipuler", waarmede later Fransche en vooral Neder-landsche schrijvers zich zoo druk hebben gemaakt. Men wil aan de woorden van het artikel een redelijke uitlegging geven en dat kan nu eenmaal niet. Men gaat als Moltzer aan „stipuler" de beteekenis toekennen van „promettre", maar moet dan — afgezien van andere bezwaren — erkennen dat hetzelfde woord in hetzelfde wetsartikel een dubbele beteekenis zou hebben (stipulation pour soi-même — stipulation pour autrui), waarvan de eene recht het tegengestelde is van de andere. Inderdaad moeielijk te verdedigen<sup>1)</sup>). Maar even onhoudbaar schijnt het mij aan de letterlijke beteekenis van stipuler pour soi-même vast te houden. Immers óf men kent den derde in geval het beding te zijnen behoeve zuiver voorwaarde is. geen eigen recht toe — maar komt dan in strijd met het tweede lid en houdt zich dus toch niet aan de letter, of men erkent dat eigen recht wel, maar komt dan tot de conclusie dat de derde zulk een recht zou krijgen als partijen er niet aan gedacht zullen hebben het hem te verschaffen. En eindelijk, men doet in het een en het ander geval een stap terug in de rechtsontwikkeling, die stellig door niemand is gewild en waarvoor elke redelijke grond ontbreekt.

Is het tegenover dit alles niet verstandiger, den Code uit te leggen uit Pothier en Pothier's plaats, die de wetgever afschreef, daarbij te zien in haar samenhang met het overige werk van denzelfden schrijver, in verband ook met de traditie, wier voortzetting hij gaf? Pothier is ten slotte slechts een moment in de ontwikkeling, iets nieuws heeft hij in dit vraagstuk niet gebracht. Voor dit

<sup>1)</sup> Vgl. Moltzer t. a. p. biz. 319. -)  
Vgl. Meyers t. i. p. biz. 433.

probleem is hij in hoofdzaak merkwaardig om de rustige zekerheid, waarmee hij ondanks bezwaren door den wetgever in den weg gelegd en door anderen opgemerkt, de oude opvatting weergeeft. Hij zette een traditie voort en de makers van den Code deden op hun beurt niet anders.

Als historische interpretatie tot iets nuttig is, dan is het om ons vrij te maken tegenover de woorden der wet. Wij leeren de formule die de wetgever gebruikt heeft, te zien niet als iets dat alleen op zich zelf en uit zich zelf verklaard moet worden, maar als een schakel in de ontwikkeling, die aan de wet voorafging en met de wet niet ophield. De wetgever doet een poging die ontwikkeling te grijpen en vast te leggen. Slaagt hij niet, zooals in ons geval met stelligheid beweerd kan worden, dan kan de uitlegger niet aan de woorden gebonden blijven. Deze heeft dan zelf de traditie te onderzoeken en zijn formule in plaats van die van den wetgever te stellen. Of hij verder mag gaan, kan niet in het algemeen worden beslist. Het hangt af van de richting, in het algemeen door den wetgever gevolgd, van de concrete wetsvoorschriften die met de materie samenhangen, van omstandigheden en waardeeringen van den uitlegger.

Hier had in de 17e eeuw de doctrine zich verder verwijderd van het Romeinsche recht dan de Middeleeuwen nog toelieten, tegenover de onzekerheid of ook de 18e eeuwse leer nog op dit standpunt staat, is het niet met stelligheid uit te maken, of ook de Code zoo ver gaat. Die vraag en de vraag ook, of de Code toestaat, dat later gekomenen op dien weg voortgaan en op hun beurt op het oude fundament voortbouwen, laat ik voorloopig nog rusten, maar één ding dunkt mij voor den Code zeker: beding ten behoeve van een derde verbonden aan een praestatie, geeft den derde recht op nakoming. In den aanvang van de werking van het Wetboek is daar ook blijkbaar niet aan getwijfeld. Toullier<sup>1)</sup> geeft een uiteenzetting, die geheel in den geest van Pothier ligt: Het beding kan last zijn of voorwaarde. Als het voorwaarde is, is er enkel recht bij den stipulant, is het last, dan heeft de derde recht, zoowel als het aan een schenking is verbonden als indien het door een ver-kooper is gemaakt. Is er voor ons eenige reden anders te oordeelen? Mij dunkt er is geen grond tot eenigen twijfel. Moeielijker is zeker de vraag of wij verder mogen gaan, maar voor ik daarover spreek, wil ik nog een oogenblik stilstaan bij onze Hollandsche traditie en bij de geschiedenis onzer wet.

) III, III, 149. Hij citeert ook Merlin in den/c.lfdn gees:.

## IV

Er is overeenstemming tusschen onze oud-Hollandsche ontwikkeling in dezen en de Fransche. Hoe zou het ook anders? Zij putten beide uit het Romeinsche recht, het Romeinsche recht, zooals het door de lateren was verstaan. Van invloeden van plaatselijk, origi-nair recht blijkt niets. Maar er is toch ook verschil. Het beeld van ons recht toont minder vaste omtrekken dan het Fransche der 18e eeuw, er is grooter onzekerheid, meer twijfel. De begrippen zijn niet zóó scherp afgescheiden, lastgeving, negotiorum gestio en beding ten behoeve van derden worden wel door elkaar gehaald<sup>1)</sup>, maar ook de inhoud der regeling is niet met zekerheid aan te geven, er is minder eenstemmigheid.

Men zie b.v. hoe v. d. Keessel aan het einde van den tijd van het Romeinsch-Hollandsch recht de zaak samenvat. Stelling 510:

*Ex promissione tertio facta, in quam tertius ille sine mandate consensit, is, cujus interest jus quidem acquirit, si deinceps promissionem acceptât, aut tertius ille, qui sine mandate consensit, sit persona publica, veluti notarius. Sed extra hos casus, ei cujus interest non acquiri jus, recte Grotius docet, non ex juris civilis subtilitate, sed ex ipsa rei natura, quam déficiente consuetudine vincere non potest Groenewegen et Voetii ad t. D. de Verb. Obi. no. 3, aliorumque dissentium auctoritas<sup>2)</sup>.*

We zien hier twee uitersten tegenover elkaar staan. Eenerzijds v. d. Keessel, die den derde — behalve dan als een notaris voor hem optreedt — alleen recht geeft, als hij partij is bij een overeenkomst, anderzijds Voet, die in het algemeen aan ieder beding voor een derde bindende kracht schijnt toe te schrijven. Voet zegt in de plaats die v. d. Keessel aanhaalt, juist wèl, dat het een pure subtiliteit van het Romeinsche recht was om het beding ten behoeve van derden niet te erkennen en laat dan volgen, dat het naar het recht van zijn tijd anders is. Als voorbeeld haalt hij den *solutionis causa adjectus* aan, naar Romeinsch recht kan aan dezen betaald worden, maar een actie heeft hij niet, Voet kent hem die wel toe.

Neemt men deze plaats van Voet als leidraad, dan komt men dus tot een zeer algemeene erkenning van het beding voor derden,

<sup>1)</sup> Vgl. de Groot, Inleiding, III, 3, 38; Moltzer, t. a. p. blz. 205 vlg.

<sup>2)</sup> Vertaling: Uit een belofte, aan een derde gedaan, welke die derde zonder mandaat heeft aangenomen, verkrijgt hij, wien het aangaat, een recht, indien hij later de belofte aanneemt, of indien de derde, die zonder mandaat aannam, een openbaar ambtenaar was, b.v. een notaris. Maar buiten deze gevallen kan de belanghebbende geen recht verkrijgen, zooals de Groot terecht leert, niet op grond van een spitsvondigheid van het Romeinsche recht, maar op grond van de natuur zelf. Bij het ontbreken van een gewoonterecht doet daartegen het afwijkend gevoelen van Groenewegen, Voet en anderen niet af.

legt men echter andere uitspraken van denzelfden schrijver er naast, dan valt te betwijfelen, of hij inderdaad bedoelde zoo ver te gaan. Immers als hij de Pandectenplaats over de bewaargeving bespreekt, die ik aan den aanvang van dit opstel aanhaalde, dan erkent hij wel het recht van den derde, aan wien de bewaargever heeft gewild dat na zijn dood de zaak zou worden afgegeven — zij die voor ons recht nog anders oordeelen, mogen er op letten — maar hij meent dat dit toch eigenlijk strijdt met het strenge recht en „ex mera aequitatis ratione”, zoo bepaald is<sup>1)</sup>. Merkwaardig is het naast de aanteekening van Voet op deze plaats die van Noodt te leggen. Noodt denkt over haar juist als Hèllwig. Het is niet een actie uit bewaargeving die de derde heeft, maar het is een fidei-commis bij contract te zijnen behoeve gemaakt<sup>2)</sup>. Voet oordeelt anders, hij spreekt hier van een utilis actio depositi, maar de beschouwing der verhouding als een van fideicommiss wordt bij hem teruggevonden, als hij over de schenking met last handelt. Hij aarzelt niet het recht van den derde te erkennen, maar de actie noemt hij niet een contractueele, maar eene op fideicommiss gegrond<sup>3)</sup>. Dit alles past geheel in de Romeinsche gedachtengang, zooals de Middeleeuwen hem hebben voortgezet, maar hoe daartegenover nu de algemeene uitspraak staat van de aanteekening op den titel de Verborum Obligationibus is niet duidelijk. Er was blijkbaar aarzeling, onzekerheid.

Eén ding stond echter vast. en daarin stemde het oud-Holland-sche recht met het oud-Fransche overeen: beding ten behoeve van derden bindt als het door een notaris voor den derde is aangenomen. of met andere woorden als het in een notarieele akte is opgenomen. Van verzet tegen deze regel, zooals Frankrijk dat kende, vindt men bij ons niets. Bedenkt men het drukke gebruik van notarieele tusschenkomst en let men er op, dat ónze vraag vooral een vraag van den last met schenkingsbedoeling was — dan is het begrijpelijk dat door dezen regel, waarmee men geheel in het normale systeem meende te blijven der contracten, alleen rechten gevend aan partijen, de vraag in de practijk werd beheerscht en naar behoefte beantwoord.

Zoovóél is zeker: de Romeinsche regel werd als theorie door sommigen aanvaard, door andere verworpen. Practisch stond hij aan het bedingen voor derden, waar daaraan behoefte bestond, weinig in den weg. En dat ook de theoretische strijd niet met v. d. Keessel definitief was uitgevochten, volgt wel hieruit, dat v. d. Linden in het Ontwerp B. W. dat hij voor Koning Lodewijk maakte, weer volkomen anders dan de zoo gezaghebbende Leidsche hoogleeraar voorstelde te bepalen: „Men kan iets bedingen ten

<sup>1)</sup> Ad Pand. XVI, 3 nr. 4.

<sup>2)</sup> Op dezelfde plaats: quo jure.. .. forte dicis depositi. Sed non ita est., fidei commissi. Vgl. ook Vinnius. De pactis, XV, 10—11.

<sup>3)</sup> Ad Pand. XXXVI, 1 no. 9, XXXIX, 5 n. 40.

behoefte van een derde, mits de bedinger voor zich zelf een regelrecht belang heeft. Zoodra die derde verklaard heeft van het bedongene gebruik te willen maken, wordt het beding krachtig en onherroepelijk" (Boek III, Titel I, art. 19)<sup>1)</sup>. De laatste zinsnede doet zien, dat de ontwerper de Fransche Code gekend heeft, als een vertaling van art. 1121 kan het geheele voorschrift niet beschouwd worden, het gaat ongetwijfeld verder. Wel een reden, dunkt mij, om aan te nemen, dat een uitlegging van dat slecht geredigeerd artikel overeenkomstig de Fransche traditie hier eerder als te eng, dan als te ruim tegenover eigen rechtsopvattingen zou beschouwd worden. Hoe onzeker het oud-Hollandsch recht tegenover deze materie gestaan mag hebben, een uitlegging van art. 1121 Code als Mr. Noyon geeft, zou stellig een inperking, en wel een volkomen doellooze inperking, tegenover dit recht geweest zijn.

Het art. van v. d. Linden is geen vertaling van art. 1121 C, art. 1034 W. N.v. H. is dat wel. En het is uiterst merkwaardig te zien, *hoe* men toen ter tijde dat art. vertaalde. Het art. luidt: Men kan ook ten behoeve van een derde iets bedingen, wanneer *een overeenkomst* welke men voor zich zelf maakt of een gift, die men voor een ander doet, zulk een voorwaarde of beding in zich bevat. Zoodra die derde verklaard heeft van het beding te willen gebruik maken, is hetzelfde onherroepelijk.

Ik herinner aan wat ik boven zeide over de redactie van art. 1121 C. — ik wees er op dat een uitlegging van dat voorschrift alleen dan tot eenig bevredigend resultaat leidde, als men er een aanvaarding van de Fransche traditie in las — waarbij dan de vraag open bleef, in hoeverre in de lijn der traditie nu verder kan worden gegaan. Het Wetboek Napoleon voor Holland doet het een en het ander. Voor de stipulatie pour soi-même zet het de overeenkomst voor zich zelf, daarmee is het directe verband met de woorden van Pothier losgemaakt, maar wordt behouden wat ook bij Pothier en reeds lang voor hem gold: beding ten behoeve van een derde geldig als het aan een vervreemding is verbonden. Maar de regel wordt niet enkel behouden. Hij wordt ook uitgebreid. Niet alleen aan een beschikking over een zaak, aan ieders overeenkomst kan het beding ten bate van derden worden verbonden. Het is dezelfde ontwikkeling, die het Romeinsche recht vertoont bij de contractenleer in het algemeen. Er is een gesloten contracten-systeem: overeenkomsten, die niet tot de vaste figuren kunnen worden gebracht, zijn niet bindend. Dan wordt die regel doorbroken, als de praestatie heeft plaats gehad, de contra-praestatie kan worden afgedwongen, het contractus innominatus wordt erkend. Eindelijk wordt afgezien van den eisch dat vóór praestatie (buiten de vaste figuren) noodig is om zijnerzijds te mogen vorderen: iedere overeenkomst die een geoorloofde oorzaak heeft, bindt partijen. Is hier niet volkomen dezelfde ontwikkeling? Bedingen ten

<sup>1)</sup> Weer in den geest van v. d. Keessel het Ontwerp 1820.

behoefte van derden niet bindend — wel bindend als hij die bedingt zijnerzijds gepraesteerd heeft — wel bindend als zij element zijn van een overeenkomst tusschen partijen?

Een toelichting op het Wetboek Napoleon voor Holland bezitten wij niet, we weten niet, of de makers er van meenden enkel den Code te vertalen, van de daarin neergelegde gedachte een juistere formuleering te geven of dat zij wellicht opzettelijk iets nieuws wilden vastleggen. Maar dat men ten onzent de gebreken van de Fransche redactie voelde, blijkt wel uit wat er over te doen is geweest bij de vaststelling van ons Burgerlijk Wetboek. In de aan-teekeningen van Fockema bij Noordziek<sup>1)</sup> lezen wij: „Men is niet gelukkig geweest in het Fransche Wetboek, art. 1121, waaruit dit geheel is overgenomen, wegens de duidelijke uitdrukking der gevallen. Men kan bedingen bijvoorbeeld van zijn partij om aan A iets te geven of voor A iets te verrigten en dat hij anderzins aan ons zal geven zekere som (het geval van Pothier no. 70). Men kan bedingen van zijn partij dat hij iets niet doen zal, en dat hij bij overtreding zal verbeuren ten voordeele van A zekere som (het geval dat naar de oude traditie *niet* viel onder het erkende beding, naar het W. N. v. H. *wel*). Men kan aan iemand iets geven, onder voorwaarde, dat hij A iets zal beloven, of voor dien iets zal verrichten (het oude geval, ruim geredigeerd zooals bij Pothier in no. 71).

De vraag door leden onzer afdeeling voorgesteld is ook niet zeer voldoende beantwoord-). De Franschen hadden de schenkingen niet onder de overeenkomsten gerangschikt; ik geloof dat men daarom en om andere redenen dit artikel wel duidelijker en meer gepast had kunnen inrichten. Misschien op deze wijze: „Iemand kan ook ten behoeve van een derde iets bedingen, indien zulks in verband staat *met de overeenkomst*, welke hij voor zich zelve met een ander heeft aangegaan. Hij die zoodanig beding enz.”

Het is jammer dat men Fockema's raad niet gevolgd heeft. Het zou ons heel wat moeite Bespaard hebben. Maar mogen wij op grond van al het voorafgaande niet aannemen dat wij ook nu ondanks de redactie der wet hetzelfde resultaat kunnen aanvaarden? Kunnen we niet ophouden met te twisten of bedingen nu beteekent bedingen voor zich dan wel zich verbinden en eenvoudig vragen of het beding ten behoeve van derden element is van een overeenkomst tusschen partijen?

<sup>1)</sup> 1824—1825, II, blz. 453, Moltzer heeft hiervan in zijn Proefschrift nog geen gebruik kunnen maken. Verwonderlijker is, dat hij van het Wetboek Napoleon voor Holland geen notitie heeft genomen.

<sup>2)</sup> Wat de regeering antwoordde, leert ons Voorduin. Daar staat: „Een afdeeling heeft (1824) naar de strekking van dit artikel gevraagd. De Regeering achtte, dat dit artikel, overeenkomende met art. 1121 van het Fransche Burgerlijk Wetboek zeer duidelijk is en in het geval voorziet, dat men ten behoeve van een derde een overeenkomst heeft getroffen, waaraan de derde zich onderwerpt”. Inderdaad, niet zeer voldoende!

Ik voor mij aarzel niet de vraag, die ik aan het slot van het vorig artikel stelde, bevestigend te beantwoorden. Ik geloof, dat wij ook naar ons geldend recht moeten zeggen een beding ten behoeve van een derde geeft den derde recht, indien het een element is van een geldige overeenkomst tusschen partijen. Naar Fransch recht staat vast, dat het beding recht geeft als het aan een praestatie van den bedinger verbonden is. Of het Fransche recht toelaat verder te gaan, liet ik boven in het midden, thans wil ik wel verklaren dat ik een uitlegging als ik voor het Hollandsche recht verdedig, ook wel voor het Fransche zou durven aannemen. Historische interpretatie moet zoeken naar een ontwikkelingslijn, zij moet niet stellen voor woord-uitlegging der wet woord-uitlegging van één bron van den wetgever, al is die dan ook Pothier. De rechtsleer over art. 1121 C. en art. 1353 B. W. is wel eens in die fout vervallen. Voelt men zich daarvan bevrijd, dan is het, dunkt mij volkomen in de richting der ontwikkeling van het recht als men bestaande behoeften — en dat die bestaan betwist niemand — bevredigt, door ook voor het Fransche recht den stap te doen dien het Wetboek Napoleon voor Holland reeds deed. De tekst der wet kan daarbij na al wat ik betoogde, geen hinderpaal zijn. Maar wat daarvan zijn moge, voor ons Nederlandsch recht geeft wat ik van onze Hollandsche rechts- en wetgeschiedenis meedeelde, dunkt mij, zoo sterken steun, dat zelfs de meest angstvallige uitlegger, ook hij die het minst geneigd zal zijn zelf aan het recht verder te bouwen en altijd maar weer wil vasthouden aan wat de wet zegt en wat vóór de wet ligt, de conclusie kan aanvaarden, dat wij mogen doen, alsof, wat men toen reeds begreep dat er *moest* staan, er ook werkelijk stond. Wie vooral uit de wet zelf wil putten, mag dan ook nog een beroep doen op art. 1815 B. W.

Wat nu het resultaat voor de rechtstoepassing beteekent, blijkt het best uit enkele aan de rechtspraktijk ontleende gevallen. Deze zullen tevens doen zien, hoe èn de leer, die enkel op het bedingen èn die welke vooral op het beloven van den stipulant voor derden let, vastloopen. Ook de laatste. Moltzer's opvatting mag terecht geprezen zijn, omdat zij in het algemeen aan hedendaagsche eischen geheel voldoet, toch kan ook zij in de practijk tot gewrongen constructies leiden. Men gaat zoeken naar een verbintenis aan de zijde van dengeen, die voor den derde bedong, terwijl men moest volstaan met te constateren dat hij een overeenkomst, een geldige overeenkomst, die dus ook een geoorloofde oorzaak had, voor zich zelf sloot. Dergelijk wringen en meten heeft altijd het gevaar, dat, als men een verdere gekunsteldheid niet aandurft, onbillijkheden staan te vreezen. Ik denk nu aan het volgende geval. Iemand deponereert een pakje effecten bij een commissionair met opschrift: Dit pakje bij mijn dood uit te keeren aan X. Dit is nu niet een geval, dat, als

dat van Leijds—Nijland, gelijkt op het in de Pandektenplaats over Publia Maevia besprokene, het is er volkomen identiek mee. Rechtbank <sup>1)</sup> en Hof <sup>2)</sup> wijzen de vordering tot afgifte aan den derde toe, maar merkwaardig is het verschil in motiveering. De Rechtbank staat op het standpunt van Moltzer, zij acht het beding geldig, indien degeen die het maakte, zich zelf tot een tegenpraestatie aan zijn medecontractant verbond. Naar die tegenpraestatie gaat hij op zoek:

Zij overweegt: „dat waar de gedaagde R. is commissionnair in effecten en de Rechtbank op grond daarvan moet aannemen dat de door hem aangenomen bewaargeving geschiedde in zijn voormeld beroep en derhalve niet om niet, maar tegen betaling van bewaarloon of provisie en derhalve het ten behoeve van een derde gemaakte beding is te beschouwen als een deel der contrapraestatie van den gedaagde R. tegenover de hetzij uitdrukkelijk, hetzij stilzwijgend door den heer A. op zich genomen verplichting" enz. Is het niet gewrongen? er is in het proces geen sprake geweest van het bewaarloon en wat doet het er toe? Stel, de persoon in kwestie had nu eens niet bij een commissionnair maar bij een goeden vriend het pakje waardepapieren gedeponereerd, zou dan de bevoordeelde *niet* het recht hebben het op te eischen? Moet van dergelijke toevalligheden de beslissing afhangen? Is dat niet zonder eenigen goeden zin?

Het Hof motiveert anders. Men bedenke dat intusschen het arrest van den Hoogen Raad in zake Leijds—Nijland is geweest en het Haagsche Hof daarbij zijne vroegere opvatting van artt. 1353 had zien verwerpen. Thans sluit het zich volkomen bij den Hoogen Raad aan. Niet naar een verbintenis van dengeen die het beding ten behoeve van derden maakt, moet worden gezocht maar naar een recht aan zijn kant, en het Hof ziet dit hierin dat de commissionnair op zich neemt het pakje voor den bewaargever te bewaren. Voor zich zelf bedong deze bewaring en eventueele teruggave, voor den derde afgifte na den dood.

Bij het Hof werd nog een verweer opgeworpen. De voorwaarde of last ten bate van den derde moet liggen buiten de *normale* grenzen der overeenkomst, beweert hier de appellant, terwijl zij hier juist zou bestaan in de normale praestatie van den bewaarnemer, het teruggeven. Het Hof acht dit verweer onjuist: dergelijke beperking kent de wet niet. Het bezwaar herinnert aan dat, hetwelk de proc.-gen. Noyon had tegen toewijzing van de vordering uit het bruikleen door Staats-President Kruger gegeven. Ook hij zocht naar iets buitengewoons buiten de gewone bestanddeelen der overeenkomst, maar volgens hem was dit niet zoozeer noodzakelijk voor het beding, dat de stipulant voor zich zelve maakt. De Hooge Raad wil er niet van weten, de bevoegdheid tot opzegging van het bruikleen was het beding, dat de uitleener voor zich zelf had ge-

<sup>1)</sup> Den Haag 2 Dec. 1913, W. 9620.

<sup>2)</sup> Hof den Haag 2 Nov. 1914, N. J. 1915, 52, W. P. N. R. 2358.

maakt, de clause dat na zijn dood een ander de bevoegdheid zou hebben, was daaraan als beding voor den derde toegevoegd. Tus-schen de opvatting van den Hoogen Raad en die van zijn procureur-generaal, zie ik een principieel verschil. Wat de woorden van art. 1353 B. W. betreft, daarover denken zij gelijk. Maar in de prac-tische toepassing zal de Hooge Raad veel dichter staan bij wat ons de juiste leer schijnt dan de procureur-generaal. Naar iets dat valt buiten het gewone kader der overeenkomst wordt niet gezocht, en waar althans bij iedere wederkeerige overeenkomst, volmaakt of onvolmaakt, wel ieder der partijen in den regel iets voor zich zelven bedongen zal hebben, zal ook haast steeds het beding voor den derde worden erkend. In Noyon's stelsel daarentegen, zal het art. 1353 buiten de gevallen der schenking met last alle toepassing mis-sen. Voor dit stelsel kan ik met den besten wil geen redelijken grond vinden, tenzij dan de oude opvatting, dat enkel partijen aan een contract recht kunnen ontleenen. Maar waarom dan *deze* uitzondering? Noyon doet zelfs geen poging het te motiveeren. De Hooge Raad blijft veel dichter bij het resultaat, dat een ontwikkeling van eeuwen ons bracht; mits er maar iets blijft voor den bedinger zelf, mag het derden-beding clause zijn van ieder wederkeurig contract.

Toch ben ik niet gerust, dat de Hooge Raad, blijft hij aan de uitlegging van zijn laatste arrest waarde hechten en handhaaft hij de gekozen formule, in ieder geval zal beslissen zooals het ons voorkomt, dat zou moeten geschieden. Stel, bij een koop komen partijen overeen, dat de koper den koopprijs zal betalen aan een derde. Het is hunne bedoeling dien derde een zelfstandig recht te verschaffen. Als de verkoper nu b.v. bedingt: betaling van den halven prijs aan zich zelven, de andere helft aan den derde, dan zal de H. R. de derde zijn actie toewijzen, de verkoper heeft ook voor zich zelf bedongen. Maar hoe als nu de koopprijs geheel aan den derde moet worden betaald? Heeft die dan geen recht? En weer wel als de verkoper ook maar een tiende krijgt? Is dat niet pure willekeur? Zoo komt men er toe, den derde, als de appellant bij het Haagsche Hof wilde, enkel een recht te geven, als de normale praestaties uit de overeenkomst geheel tusschen partijen moeten worden uitgewisseld. En toch: in de wet vindt dat geen steun, historisch is er niets voor te zeggen en art. 1815 B. W. doet de deur dicht, door bij de lijfrente de mogelijkheid dat de normale praestatie (de betaling der rente) aan een derde moet geschieden, met zoovele woorden uit te spreken.

De eenige rationeele oplossing is ieder beding ten behoeve van derden te erkennen, indien het is toegevoegd aan een overeenkomst tusschen partijen. Ik verheug mij tegen den Hoogen Raad van Juni 1914 een beroep te mogen doen op den Hoogen Raad van November 1913 <sup>x</sup>). Het toen berechte geval kan de beteekenis van

<sup>1</sup>) 21 November 1913, W. 9609, W. P. N. R. 2296, vonnis Rechtbank Amsterdam in W. 9516. W. P. N. R. 2262. N. J. **1913, 1318.**

onze opvatting nog nader aan het licht doen komen.

Bij gelegenheid van een boedelscheiding spreken de beide erfgenamen af om aan de twee zusters van den erflater en na overlijden van een dezer aan de langstlevende een bedrag uit te keeren van  $f$  3 per week. Een der zusters overlijdt, de andere zou nu volgens het beding recht hebben op de geheele uitkeering, een der erfgenamen wordt echter nalatig, kan hij worden aangesproken? De kantonrechter had bevestigend geantwoord, hij beschouwde de afspraak voor de eischeres als een last, toegevoegd aan de boedelscheiding, de Rechtbank besliste daarentegen dat men hier niet met zulk een last, maar met een zelfstandige overeenkomst, van de boedelscheiding geheel onafhankelijk, te maken had. Vraag, heeft de derde niettemin recht tot vorderen? Volgens de Rechtbank wel, volgens den Hoogen Raad niet. En op welken grond? omdat „arf. 1353 B. XV. *alleen dan aan een ten behoeve van een derde gemaakt beding rechtskracht toekent, als dit beding als voorwaarde of als last is verbonden aan een geldige overeenkomst, die tusschen twee of meer partijen was aangegaan of aan een geldige schenking, die door de eene partij aan de andere wordt gedaan*”. Het is een overweging, die ik gaarne zou onderschrijven, ik kan het alleen betreuren, dat de H. R. een half jaar later gemeend heeft deze formulering van den regel te moeten inperken. Had hij haar behouden, hij had dan wel het geval van 1914 niet anders beslist dan nu, maar hij had een jurisprudentie gevestigd over het beding, die grondslag zou worden van een gezonde ontwikkeling. Thans zitten wij vast aan de zooveel minder gelukkige en toch veel meer opgemerkte formulering van het arrest van. 1914. De lagere rechtscolleges nemen haar al tot richtsnoer.

Het arrest is behalve om de parafrase, die het op art. 1353 B. W. geeft, belangrijk, omdat het in de toepassing van de opgestelde formule zoo duidelijk doet zien, waar ook naar ons oordeel de grens van de geldigheid van het beding ten behoeve van derden ligt. Er moet een geldige overeenkomst zijn tusschen partijen. Deze moeten tot elkaar staan als kooper en verkooper, bewaargever en bewaarnemer, bruikleener en uitleener enz.<sup>1)</sup> Of een geldige overeenkomst bestaat, zal afhangen van de eischen die men daaraan in het algemeen stelt, met name van den eisch van de geoorloofde oorzaak. Denkt men dus het beding ten behoeve van derden weg, dan moet in ieder concreet geval, een bindende contractueele verhouding tusschen partijen overblijven. Wat zien we nu hier? Dat als we de beide bedingen wegdenken, er totaal niets overblijft. De overeenkomst heeft geen andere inhoud dan deze. Hiermee is, dunkt mij, de zaak ten nadeele van den derde beslist. Het eenige wat i.\*er tot twijfel aanleiding heeft kunnen geven, is dat hier beide partijen een praestatie van hun mede-contractant aan den derde

1) Vgl. Hellwig t. a. p. blz. 44.

bedongen. Had slechts één der erfgenamen toegezegd de zusters een uitkeering te doen, niemand zou beweerd hebben dat deze toezegging, niet tegenover de zusters, maar aan den mede-erfgenaam gedaan, bindende kracht zou gehad hebben. Maar is het nu anders, nu beide erfgenamen zich tot gelijke praestatie verbonden? Ik zie het niet in. Er zijn hier niet dan twee schenkingsbeloften aan dezelfde derde; door die tegenover elkaar te doen, treden de partijen tot elkaar in geenerlei verhouding.

De Rechtbank oordeelde — van het standpunt trouwens der leer van Moltzer — anders. De goede trouw verplicht ook hier. Ik wil het niet tegenspreken, maar als men dat aanneemt, moet men ook aannemen dat iedere, ook niet aangenomen schenkingsbelofte, naar goede trouw moet worden uitgevoerd. Zoolang echter de wetgever daarvan niet weten wil (art. 1720), kan de leer der Rechtbank moeielijk worden aanvaard.

Voor de overeenkomst aanvaardend wij alle eischen die de wet stelt en hoever men ook wil gaan in het als bindend erkennen van het enkele aanbod, voor de schenkingsbelofte heeft, zoover ik weet, nog niemand die bindende kracht beweerd. Maar als er eenmaal een geldige overeenkomst tusschen partijen is, dan hebben zij het in hun macht de bevoegdheden *uit* die overeenkomst aan derden te verkenen. En is dit wel iets bijzonders? Is het niet een gevolg van de mogelijkheid het recht uit de overeenkomst over te dragen? Is het bijzondere niet veelmeer enkel hierin gelegen, dat als de derde gerechtigd wordt verklaard, deze het recht verwerft, ook indien de stipulant te zijnen opzichte schenking bedoelt? Dat dan schenkings-vorm en de eisch van aanneming der schenkingsbelofte wegvallen? Furgole had dat bijzondere goed gevoeld, hij had het willen beperken, maar het recht is doorgestaan in de ontwikkeling, die het eeuwen had gevolgd.

Partijen zijn vrij in hunne overeenkomsten hunne rechtsverhoudingen zelf te regelen, zij mogen ook bepalen, wie uit die overeenkomst recht zal hebben. Voor zulk een overeenkomst, waaruit een ander recht krijgt, bestaan de gewone eischen, maar ook geen andere.

Zoo blijft dus deze beperking, een beperking die trouwens ook een nieuw wetboek als het Deutsche<sup>1)</sup>, dat toch stellig niet afwijzend tegenover het derdenbeding staat, heeft aangenomen. Ook daar moet het beding element zijn eener overeenkomst tusschen partijen. Volgt men ook voor ons recht deze opvatting, dan zal, dunkt mij, „een conflict tusschen datgene wat door de eischen van het moderne leven gevorderd wordt en datgene wat het art. (1353) zegt“<sup>2)</sup>, anders niet te ontgaan, vermeden worden.

\*) § 328.

2) Woorden van Meijers in zijn aanteekening op het arrest van 21 Nov. 1913 in W. 9609.

