Universiteit
Leiden
The Netherlands

De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht; deconstructie van een leerstuk : een historisch-comparatieve studie

Kralingen, J. van

Citation
Kralingen, J. van. (2020, February 26). *De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht; deconstructie van een leerstuk : een historisch-comparatieve studie*. *Meijers-reeks*. Boomjuridisch, Den Haag. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/85678

Version:	Publisher's Version
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/85678

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page

Universiteit Leiden

Leiden University Repository

The handle http://hdl.handle.net/1887/85678 holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Kralingen, J. van
Title: De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht; deconstructie van een leerstuk : een historisch-comparatieve studie
Issue Date: 2020-02-26

De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht; deconstructie van een leerstuk

De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht; deconstructie van een leerstuk

Een historisch-comparatieve studie

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op woensdag 26 februari 2020
klokke 15.00 uur

door

Johannes van Kralingen

geboren te Rotterdam

in 1988

Promotoren:	prof. mr. W.J. Zwalve prof. mr. E. Koops
Promotiecommissie:	prof. mr. S.E. Bartels (Radboud Universiteit Nijmegen) prof. mr. W.H. van Boom prof. mr. J.E. Jansen (Rijksuniversiteit Groningen) prof. mr. M.E. Koppenol-Laforce prof. mr. W.H.M. Reehuis (Rijksuniversiteit Groningen)

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2020 J. van Kralingen | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-782-9
ISBN 978-94-6094-880-0 (e-book)
NUR 820

www.boomjuridisch.nl

'Die Anziehungskraft, welche das Pfandrecht auf mich ausübte, beruhte vor Allem auf seiner wissenschaftlichen Stellung, vermöge deren es zwei so verschiedenen Klassen von Rechten – persönliche und dingliche – verbindet, in die mannichfachsten Materien des Vermögensrechts eingreift und uns in großer Zahl Fragen von der bedeutendsten principiellen und praktischen Tragweite zur Entscheidung vorlegt.'

Heinrich Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts dargestellt, erster Band*, Leipzig 1860, Vorwort, p. III.

Parentibus meis

Inhoudsopgave

LIJST VAN AFKORTINGEN XI

1 INLEIDING 1

2 DE ONDEELBAARHEID VAN HET PAND- EN HYPOTHEEKRECHT IN HET ROMEINSE RECHT 5

2.1 Inleiding: de *status quaestionis* 5
2.2 De goederenrechtelijke zekerheidsrechten *pignus* en *hypotheca* 8
2.3 Het zekerheidsrecht strekt tot zekerheid van de gehele verzekerde vordering 17
2.4 Het geval waarin de zekerheidsgever overlijdt met achterlating van verschillende erfgenamen 21
2.5 Een bijzondere casus: de aansprakelijkheid van de erfgenamen van de zekerheidsgever voor de uitwinning van een door hen overgedragen bezwaarde zaak (D. 21,2,65) 28
2.6 De zekerheidsnemer overlijdt met achterlating van verschillende erfgenamen 30
2.7 Conclusie 45

3 *IUS COMMUNE I*: DE ONDEELBAARHEID VAN HET PAND- EN HYPOTHEEKRECHT BIJ DE GLOSSATOREN EN COMMENTATOREN 49

3.1 Inleiding 49
3.2 Twee groepen glossatoren en commentatoren 52
3.3 De uitoefening van het verkooprecht (*ius vendendi*) door de zekerheidsnemer bij verzekering van verschillende zaken voor één schuld 57
3.4 De ondeelbaarheid van het hypotheekrecht ten aanzien van de erfgenamen-bezitters 61
3.5 De oneelbaarheid van het hypotheekrecht ten behoeve van de erfgenamen van de schuldeiser 66
3.6 Het hypotheekrecht van de legataris en de fideï-commissaire verwachter 68
3.7 Conclusie 73

4 *Ius commune II*: Charles Dumoulin (1500-1566) – *Extricatio labyrinthi dividui et individui* 77

4.1 Inleiding 77
4.2 De *Extricatio labyrinthi dividui et individui* 78
4.3 De leerstelling *'hypotheca est tota in toto et in qualibet parte'* 79
4.4 De (on)deelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht 82
4.5 Conclusie 86

5 De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het oud-Franse recht 89

5.1 Inleiding 89
5.2 De invloed van de inheemsrechtelijke grondrente op het hypotheekrecht 91
5.3 De rechtspositie van de erfgenamen van de zekerheidsgever 92
5.3.1 Inleiding 92
5.3.2 De hypothecaire aansprakelijkheid van de erfgenamen van de schuldenaar 94
5.3.3 De maxime 'chacun des heritiers est tenu payer le tout' 96
5.4 Het voorrecht van afgifte en het voorrecht van uitwinning 98
5.5 De voortgaande receptie van het Romeinse recht 101
5.6 Conclusie 105

6 De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in de Code civil van 1804 en het Burgerlijk Wetboek van 1838 107

6.1 Inleiding 107
6.2 Ondeelbaarheid in de Code civil van 1804 108
6.3 De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht binnen het systeem van goederenrechtelijke zekerheidsrechten in de Code civil 109
6.4 De ondeelbaarheid van het vuistpandrecht ('gage') 112
6.5 De ondeelbaarheid van het hypotheekrecht ('hypothèque') 113
6.6 Het karakter van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht 116
6.7 Nieuwe ontwikkelingen 118
6.8 Conclusie 119
6.9 Het Burgerlijk Wetboek van 1838: Inleiding 120
6.10 De ondeelbaarheid van het pandrecht (art. 1206 OBW) 121
6.11 De ondeelbaarheid van het hypotheekrecht (art. 1209 OBW) 125
6.12 De rechtspositie van de erfgenamen van de zekerheidsnemer 128
6.13 De rechtspositie van de erfgenamen van de zekerheidsgever 132
6.14 De bijzondere aansprakelijkheid van de erfgenamen van de zekerheidsgever 134
6.15 De leer van Suijling 137
6.16 Het beginsel van evenredige druk na executie van verschillende bezwaarde goederen 139

6.17 Het beginsel van evenredige druk bij voorrechten 140
6.18 Het voorrecht van uitwinning van artikel 1244 OBW 145
6.19 Splitsing van een bezwaard perceel: een uitzondering op het voorrecht van uitwinning 146
6.20 De Onteigeningswet 151
6.21 Conclusie 153

7 DE ONDEELBAARHEID VAN HET PAND- EN HYPOTHEEKRECHT IN HET HUIDIGE NEDERLANDSE RECHT 155
7.1 Inleiding 155
7.2 Artikel 3:230 BW 157
7.3 De ondeelbaarheid in de verhouding tussen de schuldeiser en de schuldenaar 160
7.4 Pluraliteit van schuldenaren 167
7.5 Pluraliteit van schuldeisers 171
7.6 Het keuzerecht van de zekerheidsnemer 177
7.7 Excurs: de leer van de 'ongedeelde verhaalsaansprakelijkheid van het onderpand' in het Duitse recht 181
7.8 Conclusie 184

8 CONCLUSIE EN SAMENVATTING 189
8.1 Doel en opzet van het onderzoek 189
8.2 Het Romeinse recht 189
8.3 Het *ius commune* 190
8.4 Het oud-Franse recht 191
8.5 De Code civil van 1804 en het Burgerlijk Wetboek van 1838 192
8.6 Slot: het huidige Nederlandse recht 193

SAMENVATTING 195
ZUSAMMENFASSUNG 207
LITERATUURLIJST 221
BRONNENREGISTER 233
CURRICULUM VITAE 241

Lijst van afkortingen

a.	anno
AA	*Ars Aequi*
AcP	*Archiv für die Civilistische Praxis*
aant.	aantekening(en)
art.	artikel(en)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (1900)
Bd.	band
BIDR	*Bullettino dell'Instituto di Diritto Romano*
BW	Burgerlijk Wetboek (1992)
C.	*Codex Justinianus* (editio stereotypa (P. Krüger), Berlijn 1911)
Cc	Code civil (1804)
coll.	collatio
D.	*Digesten* (edition stereotypa (Th. Mommsen), Berlijn 1911)
diss.	dissertatie
e.v.	en volgende
FIRA	*Fontes Iuris Romani Antejustiniani III: Negotia* (ed. V. Arangio Ruiz, Florence 1943)
Frag. Vat.	*Fragmenta Vaticana* (P.F. Girard, F. Senn e.a. (red.), *Textes de droit romain I*, Parijs 1967)
G.	*Instituten* van Gaius (editie David, Leiden 1964)
gl.	glosse
HR	Hoge Raad
Hrg(s).	Herausgeber(s)
I.	*Instituten* van Justinianus (editio stereotypa (P. Krüger), Berlijn 1915)
IURA	Rivista internazionale di diritto romano e antico
jo.	juncto, in verbinding met
m.o.	met opmerking
n.	(voet)noot
NJ	*Nederlandse Jurisprudentie*
NJB	*Nederlands Juristenblad*
nr.	nummer
NTBR	*Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*
o.a.	onder andere
OBW	Oud Burgerlijk Wetboek (1838)
p.	pagina('s)
PG	Parlementaire Geschiedenis
pr.	*principium*
r.	regel
RE	Real Encyclopedie (Pauly-Wissowa)

red.	redactie
RIDA	*Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*
RMTh	*Rechtsgeleerd Magazijn Themis*
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
SDHI	*Studia et Documenta Historiae et Iuris*
s.v.	*sub voce*
tab.	tabula(e)
t.a.p.	ter aangehaalder plaats
TvR	*Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*
vgl.	vergelijk
W.	*Weekblad van het regt*
WPNR	*Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*
ZSS	*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)*

1 Inleiding

In artikel 230 van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek (BW) is bepaald dat het pand- en hypotheekrecht ondeelbaar zijn.[1] In het artikel wordt niet uiteengezet wat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht inhoudt. In de huidige Nederlandse literatuur is er dan ook verwarring over de betekenis van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht en dientengevolge over de gevallen waarin het 'beginsel van ondeelbaarheid' of het 'leerstuk van ondeelbaarheid' van toepassing is. Een drietal voorbeelden illustreert dit punt.[2] Zo wordt bijvoorbeeld de vraag gesteld wat er gebeurt met het pand- of hypotheekrecht als een verzekerde vordering wordt verdeeld tussen verschillende schuldeisers. Een aantal auteurs meent dat op grond van de ondeelbaarheid het zekerheidsrecht niet wordt verdeeld en dat het gemeenschappelijk toekomt aan de verschillende schuldeisers, terwijl anderen menen dat de ondeelbaarheid niet verhindert dat het zekerheidsrecht wordt verdeeld in evenveel zekerheidsrechten als er vorderingen zijn. Een andere vraag die vaak wordt gesteld is of de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht behelst dat er slechts één zekerheidsrecht tot stand komt als er verschillende goederen tot zekerheid van dezelfde schuld worden bezwaard. Nog weer een andere vraag is of de pandhouder van een geldvordering de gehele verpande vordering mag innen op grond van de ondeelbaarheid van het pandrecht. De wetsgeschiedenis biedt geen antwoord op al deze vragen. In de Parlementaire Geschiedenis wordt slechts opgemerkt dat artikel 3:230 BW dient ter vervanging van de artikelen 1206 en 1209 van het Burgerlijk Wetboek dat van 1838 tot 1992 van kracht was (het Oud Burgerlijk Wetboek). De verwarring in de Nederlandse literatuur over het karakter van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is de directe aanleiding voor het schrijven van dit proefschrift. Het doel ervan is om de historische wortels van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht te achterhalen en op die manier te bepalen wat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht inhoudt. Beide elementen hangen nauw met elkaar samen. Degene die wil weten wat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht inhoudt, wordt immers door de wetgever zelf verwezen naar de rechtsgeschiedenis. Een onderzoek naar de betekenis van de ondeel-

1 Artikel 3:230 BW 'Een recht van pand of hypotheek is ondeelbaar, zelfs dan wanneer de verbintenis waarvoor het recht is gevestigd, twee of meer schuldeisers of schuldenaars heeft en de verbintenis tussen hen wordt verdeeld.'

2 Zie hoofdstuk 7 voor een bespreking van deze gevallen.

baarheid van het pand- en hypotheekrecht is derhalve onvermijdelijk rechtshistorisch van aard.

Het uitgangspunt voor het onderzoek naar de historische wortels van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is de verwijzing in de Parlementaire Geschiedenis naar de artikelen 1206 en 1209 van het Oud Burgerlijk Wetboek. Het Oud Burgerlijk Wetboek is grotendeels gebaseerd op de Franse Code civil van 1804. Dit geldt ook voor de genoemde artikelen over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. De Code civil van 1804 wordt daarom ook in het onderzoek betrokken. De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is echter ouder dan deze twee 19e -eeuwse codificaties. Aan de hand van verwijzingen in de commentaren op het Oud Burgerlijk Wetboek en de Code civil wordt daarom de herkomst van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het oud-Franse recht ('ancien droit français') onderzocht. Met de term oud-Frans recht wordt gedoeld op het recht dat vóór de totstandkoming van de Code civil in Frankrijk in de vorm van verschillende gewoonterechten van kracht was. Bij het onderzoek naar het oud-Franse recht blijkt dat dit op zijn beurt is beïnvloed door het Europese *ius commune*. Daarom worden ook de historische wortels van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het 'gemene recht' (*ius commune*) onderzocht. Het 'gemene recht' was lange tijd op het Europese continent de subsidiaire rechtsbron naast de verschillende gewoonterechten die in Europa van kracht waren en heeft op die manier veel invloed gehad op de Europese rechtsontwikkeling. Er wordt onderzoek gedaan naar een aantal van de meest invloedrijke glossatoren en commentatoren die in de 12e tot en met de 15e eeuw commentaren op het Corpus Iuris schreven en wier werk tot het Europese *ius commune* werd. In de literatuur is in het onderzoek naar de wortels van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht tot nu toe het oud-Franse recht en het *ius commune* genegeerd. Het is echter van belang om ook de tussenliggende fasen van de receptie van het Romeinse recht te onderzoeken. Dit onderzoek hoopt te voorzien in deze lacune in de bestaande literatuur. Tot slot wordt ook het Romeinse recht bestudeerd. Het *ius commune* was immers op zijn beurt gebaseerd op het Romeinse recht of, nauwkeuriger gezegd, op het Corpus Iuris, de 6e-eeuwse codificatie van keizer Justinianus. Daarom wordt onderzocht in hoeverre de historische wortels van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het Romeinse recht liggen. Het uitgangspunt daarbij vormen de teksten uit het Corpus Iuris waarnaar de middeleeuwse glossatoren en commentatoren verwijzen bij hun behandeling van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Het belangrijkste eigentijdse werk in dit verband is een artikel van de Duitse romanist Andreas Wacke over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het Romeinse recht.[3] Daarnaast zal in

3 A. Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', *Index* 3, 1972, p. 454-502.

dit hoofdstuk de pandektistische literatuur worden besproken.[4] Het onderzoek is retrograde van aard; de opbouw van deze studie is echter chronologisch. Het Romeinse recht wordt daarom in het eerste hoofdstuk behandeld. In het laatste hoofdstuk zal ten slotte de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht naar huidig Nederlands recht worden beschreven. Op basis van het historische onderzoek zal de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht op systematische en dogmatische wijze worden ingebed in het Nederlandse vermogensrecht. Een systematische en dogmatische uiteenzetting over het karakter van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht ontbreekt voor het huidige Nederlandse recht. In het laatste hoofdstuk zal in deze lacune worden voorzien.

4 Onder andere het standaardwerk van Dernburg over het pand- en hypotheekrecht: H. Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts I-II*, Leipzig 1860-1864.

2 De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het Romeinse recht

2.1 INLEIDING: DE *STATUS QUAESTIONIS*

Het Romeinse recht kende geen beginsel van ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. In het Corpus Iuris worden de rechten van pand (*pignus*) en hypotheek (*hypotheca*) nergens ondeelbaar genoemd.[1] Het klassieke, voor-Justiniaanse Romeinse recht was bovendien casuïstisch van aard en kende (bijna) geen abstracte beginselen zoals 'de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht'. Een belangrijke conclusie van deze studie is dan ook dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is ontwikkeld in het *ius commune*.[2] In het *ius commune* werden weliswaar de teksten van het Corpus Iuris als uitgangspunt genomen, maar werden die teksten op een geheel eigen manier gebruikt om leerstukken te ontwikkelen. Eén daarvan is dat van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Het is daarom een legitieme (maar vaak genegeerde) vraag waarom er bij een onderzoek naar de historische wortels van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht aandacht moet worden besteed aan het Romeinse recht.

Er valt gezien het voorgaande veel voor te zeggen om een bespreking van het Romeinse recht achterwege te laten. Desalniettemin zullen in dit hoofdstuk enkele opmerkingen worden gemaakt over het Romeinse recht, zodat bij de bespreking van het *ius commune* in hoofdstuk 3 en 4 het karakter van het pand- en hypotheekrecht in het Romeinse recht duidelijk is. Een andere reden is dat vaak wordt gesteld dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht uit het Romeinse recht afkomstig is.[3] De hoeveelheid literatuur met betrekking tot de historische wortels van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is zelfs veruit het grootst met betrekking tot het Romeinse recht. Zonder enige overdrijving kan bovendien worden gesteld dat de historische wortels van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht enkel en alleen voor het Romeinse recht zijn bestudeerd; de periode tussen de uitvaardiging van

---

1 Er is slechts één Digestentekst, te weten D. 21,2,65, waarin de *causa pignoris* 'ongedeeld' (*indivisa*) wordt genoemd. Zie over deze tekst § 2.5.

2 Zie hoofdstuk 3 en hoofdstuk 4.

3 Nog weer een andere reden is dat wij het onderzoek, afgaande op de overweldigende hoeveelheid literatuur, bij het Romeinse recht zijn begonnen. Hopelijk zal deze reflex van rechtshistorici bij het onderzoek naar de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht na deze studie verleden tijd zijn.

het Corpus Iuris en de totstandkoming van nationale codificaties van het burgerlijk recht is tot op heden altijd genegeerd.[4] Deze benadering brengt twee problemen mee. Ten eerste wordt de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in deze literatuur op allerlei regels betrokken waarop het leerstuk in het *ius commune* geen betrekking had. Ten tweede worden de teksten door de pandektisten en romanisten soms anders gelezen dan in het *ius commune*, zodat er afwijkende opvattingen bestaan over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht tussen deze twee Romeinsrechtelijke tradities. Voordat wordt ingegaan op het Romeinse recht dient daarom eerst de *status quaestionis* met betrekking tot het onderzoek naar de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het Romeinse recht te worden besproken.

De literatuur over het Romeinse recht met betrekking tot de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is hoofdzakelijk van de hand van Duitse juristen en valt te onderscheiden in twee periodes. Ten eerste is er de 19e-eeuwse pandektistische literatuur, waarin het onderwerp enkel aan de hand van teksten uit het Corpus Iuris wordt besproken. De pandektisten hielden zich bezig met het in Duitsland geldende Romeinse recht, het 'heutiges römisches Recht'.[5] Ten tweede is er de literatuur van na de invoering op 1 januari 1900 van het Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). In deze literatuur wordt het Romeinse recht meer historisch benaderd, aangezien het Romeinse recht na de invoering van het BGB niet meer het geldende recht was. Zo is er bijvoorbeeld meer aandacht voor de rechtsontwikkeling binnen het Romeinse recht zelf. De analyse van Romeinsrechtelijke teksten heeft in deze literatuur een zeer gedetailleerd en gesofisticeerd niveau bereikt.[6]

---

4 Op enkele zeer summiere en geïsoleerde opmerkingen over het *ius commune* na, zie bijv. Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', p. 457 en 483 en Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 28, n. 1.

5 Het belangrijkste werk in dit verband is de tweedelige monografie van Heinrich Dernburg (1829-1907) over het pand- en hypotheekrecht: *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts I-II*, Leipzig 1860-1864. Vergelijk ook J.J. Bachofen, *Das römische Pfandrecht*, Basel 1847; K.F.F. Sintenis, *Handbuch des gemeinen Pfandrechts*, Halle 1836 en B. Windscheid en Th. Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts I-II*, 9e dr., Frankfurt 1906. Daarnaast wordt het leerstuk in vele andere Pandektenleerboeken besproken.

6 De literatuur waarin de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht wordt besproken betreft M. Fehr, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit* (diss. Upsala), Upsala 1910; A. Manigk, *Pignus* in PWRE XX,1 (1941), koll. 1239-1284; E. Rabel, 'Grundzüge des römischen Privatsrechts', in: Fr. von Holtzendorff & J. Kohler, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, bnd. I, München 1915, p. 495; F. Schulz, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen 1916; F. Schulz,*Classical Roman Law*, Oxford 1951; R. Sohm, L. Mitteis en L. Wenger, *Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts*, München & Leipzig 1928 en A. Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', *Index* 3, 1972, p. 454-502. Het meeste recente proefschrift waarin aandacht wordt besteed aan het onderwerp is van de hand van S. Furche: *Das Gesamtgrundpfandrecht in der Insolvenz*, De Gruyter: Berlijn 2005, p. 113-156. Furche baseert zijn historische analyse van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het Romeinse recht echter (bijna) volledig op die van Wacke.

Het leerstuk van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheek*recht* is in de Duitse doctrine in de loop van de 19e eeuw vervangen door het leerstuk van de 'ongedeelde verhaalsaansprakelijkheid van het onderpand', in het Duits de 'ungeteilte Pfandhaftung'.[7] De gedachte was dat de rechten van pand en hypotheek strikt genomen wel deelbare zakelijke rechten zijn.[8] Het begrip 'deelbaar' werd daarbij gebruikt in de zin dat de rechten van pand en hypotheek op een onverdeeld aandeel in een goed kunnen worden gevestigd en dat verschillende personen tot één zekerheidsrecht gerechtigd kunnen zijn. De bij uitstek *ondeelbare* zakelijke rechten zijn erfdienstbaarheiden. Een erfdienstbaarheid kan noch ten laste van een onverdeeld aandeel in het dienende erf, noch ten gunste van een onverdeeld aandeel in het heersende erf worden gevestigd. In de Duitse literatuur wordt het leerstuk van de ongedeelde verhaalsaansprakelijkheid ook wel aangeduid met de Latijnse rechtsspreuk '*causa pignoris indivisa est*'. Deze rechtsspreuk is gebaseerd op D. 21,2,65. Met de rechtsspreuk wordt aangegeven dat het pand- en hypotheekrecht op het gehele onderpand blijft rusten, zolang nog niet de gehele verzekerde vordering is voldaan.[9] Dit sluit aan bij de betekenis van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het *ius commune*.

In dit hoofdstuk worden de teksten die in het *ius commune* werden gebruikt als uitgangspunt genomen voor de bespreking van het Romeinse recht.[10] In de bespreking zal tevens de 19e- en 20e eeuwse literatuur worden betrokken, maar die zal niet leidend zijn voor de behandeling van het Romeinse recht.

In § 2.2 zal eerst een korte introductie worden gegeven op de zakelijke zekerheidsrechten pand (*pignus*) en hypotheek (*hypotheca*). Vervolgens zal in § 2.3 worden ingegaan op de verhouding tussen de schuldeiser en de schuldenaar en de vraag in welke gevallen het zekerheidsrecht wel teniet ging en wanneer niet. Uit deze bespreking zal blijken dat er een regel was dat het zekerheidsrecht pas teniet ging wanneer de gehele verzekerde schuld was betaald. In § 2.4 zal vervolgens een veelvoorkomend geval worden besproken waarin de regel dat het zekerheidsrecht pas bij betaling van de gehele schuld teniet ging ook werd toegepast, namelijk het geval waarin de schuldenaar overleed met achterlating van verschillende erfgenamen. In § 2.5 zal de bijzon-

7 Zie voor kritiek op de leer van de ondeelbaarheid van de *rechten* van pand en hypotheek: A. Ubbelohde, *Die Lehre von den untheilbaren Obligationen*, Hannover 1862, p. 15-18 en C.G. von Wächter, 'Ueber Theilung und Theilbarkeit der Sachen und Rechte', *Archiv für die civilistische Praxis* 27. Bd, Zweites Heft, Heidelberg 1844, p. 188 e.v.

8 Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 28-29.

9 Zie Rabel, 'Grundzüge', p. 495; Sohm/Mitteis/Wenger, *Institutionen*, p. 351 en Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', p. 454.

10 De nadruk ligt in dit hoofdstuk op het Romeinse recht zoals het is neergelegd in het Corpus Iuris. Er wordt niet beoogd het klassieke Romeinse recht te reconstrueren. Er wordt derhalve ook geen aandacht besteed aan interpolatievermoedens. Zie voor een bespreking van interpolatievermoedens bij teksten die voor het onderwerp relevant zijn bijvoorbeeld Schulz, *Einführung*, p. 88-99.

dere casus van D. 21,2,65 worden besproken. In § 2.6 zal het geval waarin de schuldeiser overleed met achterlating van verschillende erfgenamen aan de orde komen. In § 2.7 volgt de conclusie.

2.2 DE GOEDERENRECHTELIJKE ZEKERHEIDSRECHTEN *PIGNUS* EN *HYPOTHECA*

Inleiding

Een schuldeiser loopt het risico dat zijn schuldenaar de schuld niet kan voldoen. De schuldeiser kan ter verzekering van zijn vordering een zekerheidstelling van zijn schuldenaar verlangen. Het Romeinse recht kende, net als het huidige recht, voor dat doel *persoonlijke* zekerheidsrechten en *goederenrechtelijke* zekerheidsrechten. In het Romeinse recht hebben de persoonlijke zekerheidsrechten, zo wordt algemeen aangenomen, altijd de voorkeur genoten boven de goederenrechtelijke zekerheidsrechten.[11] Dat er naast de persoonlijke zekerheidsrechten ook goederenrechtelijke zekerheidsrechten in het Romeinse recht zijn gecreëerd wordt wel verklaard door het volgende adagium van Pomponius: 'Er is meer zekerheid in een zaak dan in een persoon'.[12] Een schuldeiser met een goederenrechtelijk zekerheidsrecht kon zich verhalen op tot zekerheid strekkende goederen van zijn schuldenaar.[13] Hij had dus niet alleen een persoonlijk recht dat hij kon uitoefenen tegen de schuldenaar of een borg, maar ook een *ius in re*, een zakelijk recht dat hij kon uitoefenen op enig aan zijn schuldenaar toebehorend goed. Dit had als voordeel dat een schuldeiser bij insolventie van zijn schuldenaar zich kon verhalen op de in zekerheid gegeven goederen van de schuldenaar. Bovendien kon de schuldeiser zijn goederenrechtelijke zekerh eidsrecht uitoefenen tegen de erfgenamen van de schuldenaar en tegen derden aan wie het met een zekerheidsrecht bezwaarde goed was overgedragen. Het goederenrechtelijke zekerheidsrecht had zaaksgevolg.

Hierboven zijn wij er van uitgegaan dat het goederenrechtelijke zekerheidsrecht, net als in het huidige recht, een beperkt recht op andermans zaak is (*ius in re aliena*). In het Romeinse recht is echter pas in later tijden een dergelijk *beperkt* zakelijk recht tot ontwikkeling gekomen. In de Republikeinse tijd was de meeste gebruikelijke vorm van goederenrechtelijke zekerheid de eigendoms-

11 Zie Kaser, *RP I*, § 108, p. 457 en § 155, p. 661; Kaser, *Studien III*, p. 217 en Schulz, *Classical Roman Law*, p. 400 e.v.

12 D. 50,17,25 (Pomponius) '*Plus cautionis in re est quam in persona.*'

13 Er kon in het Romeinse recht ook sprake zijn van een goederenrechtelijke zekerheidsstelling door derden, maar deze mogelijkheid wordt hier buiten beschouwing gelaten. Wanneer er in dit hoofdstuk wordt gesproken over de zekerheidsgever, dan is deze persoon tegelijkertijd dus ook altijd de schuldenaar.

overdracht tot zekerheid (*fiducia cum creditore contracta*).[14] Bij deze rechtsfiguur droeg de schuldenaar (fiduciant) tot zekerheid van een vordering één goed of verschillende goederen door middel van *mancipatio* of *in iure cessio* in eigendom over aan zijn schuldeiser (*fiduciarius*). De *fiducia* wordt hier verder buiten beschouwing gelaten. Een onderzoek naar de ondeelbaarheid van de *fiducia* zou immers neerkomen op een onderzoek naar de ondeelbaarheid van het eigendomsrecht en dat valt buiten het onderwerp van deze studie. In deze studie staan de beperkte goederenrechtelijke zekerheidsrechten *pignus* (pand) en *hypotheca* (hypotheek) centraal.[15]

Het recht van *pignus* is in de 19e en 20e eeuw al vaak onderwerp geweest van onderzoek. Dit vindt zijn verklaring in het feit dat het beperkte goederenrechtelijke zekerheidsrecht *pignus* (pandrecht) zich in de meeste continentale rechtstelsels tot het meest gebruikte goederenrechtelijke zekerheidsrecht op roerende zaken heeft ontwikkeld. Zimmermann spreekt dan ook over *pignus* als 'het paradigma van goederenrechtelijke zekerheid'.[16] In tegenstelling tot *fiducia* waarbij bezitsverschaffing niet was vereist, werd een recht van *pignus* oorspronkelijk altijd gevestigd door afgifte van de zaak.[17] Aan dit recht wordt vaak de term 'vuistpand' verbonden door de onterechte etymologische afleiding van *pignus* van *pugnus* (vuist).[18] Aangezien het pandrecht oorspronkelijk door de feitelijke afgifte van de zaak werd gevestigd, werd de pandovereenkomst door de Romeinse juristen als een reëel contract gezien.[19] Het recht van *hypotheca* (hypotheek) kon daarentegen door een enkele overeenkomst worden gevestigd en behoorde tot de consensuele contracten.[20]

Ter verduidelijking enige opmerkingen over de terminologie van de beperkte zekerheidsrechten *pignus* (pand) en *hypotheca* (hypotheek). In principe was de term *hypotheca* gereserveerd voor bezitloze zekerheidsrechten en *pignus* voor zekerheidsrechten die werden gevestigd door bezitsverschaffing.[21] Naast het vuistpand

14 De *fiducia cum creditore contracta* is een belangrijke toepassing van *fiducia*. Er zijn verschillende toepassingen van de *fiducia* in het Romeinse recht geweest, zie Noordraven, p. 51-149. Zie voor de *fiducia cum creditore contracta* G. 4,62; Noordraven, *De Fiducia in het Romeinse recht*, Deventer 1988; Kaser, *RP I*, § 109, p. 460-463 en Oertmann, *Die Fiducia im römischen Privatrecht*, Berlijn 1890.

15 Sommige teksten in het Corpus Iuris die over *pignus* lijken te gaan, hadden oorspronkelijk betrekking op de *fiducia*. Deze teksten zijn geïnterpoleerd. De teksten die in dit hoofdstuk worden besproken zijn echter waarschijnlijk niet geïnterpoleerd. Zie het proefschrift van Noordraven (aangehaald in noot 14).

16 Zie Zimmermann, *Obligations*, p. 220.

17 Kaser, *RP I*, § 110, p. 463.

18 Gaius gebruikt deze verklaring voor de term '*pignus*' in D. 50,16,238,2. Tegenwoordig wordt veelal aangenomen dat *pignus* is afgeleid van *pangere* ('afspreken', 'bevestigen') ofwel van de wortel 'pig' of 'pik' ('steken'), zie Manigk, *RE* 'Pignus', coll. 1239 en Krämer, *Das besitzlose Pfandrecht*, p. 23.

19 D. 44,7,1,6 (Gaius), I. 3,14,4. Zie ook Kaser, *RP I*, § 127, p. 536 e.v.

20 D. 20,1,4 (Gaius).

21 Zie D. 13,7,9,2 (Ulpianus) en I. 4,6,7.

waarbij de zekerheidsnemer daadwerkelijk de feitelijke macht over de zaak uitoefende, ontwikkelde zich echter ook een bezitloos pandrecht.[22] Bij dit bezitloze pandrecht kwam de feitelijke heerschappij (weer) bij de zekerheidsgever te liggen. De zekerheidsnemer kon bijvoorbeeld het verpande goed verhuren aan de zekerheidsgever, of de feitelijke macht *precario* (ter bede) aan de verpander overlaten.[23] Ook was het mogelijk dat de zekerheidsgever het bezit *constituto possessorio* aan de zekerheidsnemer verschafte.[24] Verder zijn er bronnen waaruit blijkt dat met de term *pignus* ook een bezitloos zekerheidsrecht werd aangeduid en met de term *hypotheca* een zekerheidsrecht met bezitsverschaffing.[25] Uiteindelijk hing het antwoord op de vraag wie de in zekerheid gegeven zaak in zijn bezit had af van wat de partijen waren overeengekomen.[26] In de bronnen worden de termen *pignus* en *hypotheca* daarom ook door elkaar gebruikt.[27] Er bestond dan ook geen wezenlijk verschil tussen beide rechtsfiguren. Bij *pignus* en *hypotheca* stonden de zekerheidsnemer dezelfde acties ter beschikking: de zakelijke *actio (quasi) Serviana* om het bezit van de in zekerheid gegeven zaak op te eisen en de persoonlijke *actio pigneraticia directa* uit de pandovereenkomst.[28] Vandaar ook dat de Romeinse jurist Marcianus opmerkte dat de woorden *pignus* en *hypotheca* slechts in klank verschillen.[29] Wat in het vervolg wordt gezegd over het recht van *pignus* geldt dus, tenzij anders wordt vermeld, ook voor het recht van *hypotheca*.[30]

---

22 Het vuistpand moest oorspronkelijk ook in het bezit van de zekerheidsnemer *blijven*. Zie over de ontwikkeling van het bezitloze pandrecht G. Krämer, *Das besitzlose Pfandrecht, Entwicklungen in der römischen Republik und im frühen Prinzipat*, Köln 2007.

23 Het verhuren of het ter bede (*precario*) overlaten van de zaak aan de zekerheidsgever komt voor het eerst voor bij Julianus, zie D. 13,7,29 (Julianus) en D. 41,3,33,6 (Julianus). Zie verder D. 13,7,35,1 (Florentinus) en D. 13,7,37 (Paulus). Zie Krämer, *Das besitzlose Pfandrecht*, p. 22.

24 D. 13,7,37 (Paulus).

25 Zie voor een bezitloos pandrecht bijvoorbeeld D. 20,4,12,10 (Marcianus) en voor een *hypotheca* met bezitsverschaffing D. 20,4,12, *pr*. (Marcianus). Zie ook Krämer, *Das besitzlose Pfandrecht*, p. 30.

26 Kaser, *RP I*, § 111, p. 469. De vraag of er bezit is verschaft kan niet altijd worden beantwoord door bestudering van de terminologie. De termen '*pignori dare*', '*pignori obligare*' en '*pignori accipere*' worden in de bronnen zowel voor het vestigen van een pandrecht door middel van bezitsverschaffing als voor het vestigen van een pandrecht door een enkele overeenkomst gebruikt, zie M. Fehr, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit*, Uppsala 1910, p. 107-125 en Kaser, *RP I*, § 110, p. 463.

27 De term *pignus* wordt in sommige gevallen ook gebruikt om de rechtsfiguur *fiducia* aan te duiden, zie bijvoorbeeld G. 2,60. In de Duitse literatuur wordt dit wel 'Pignus im weiteren Sinn' genoemd, zie Kaser, *Studien II*, p. 328 en *Studien III*, p. 131.

28 Ten aanzien van het moment waarop de zekerheidsnemer de *actio Serviana* kon instellen was er waarschijnlijk wel verschil tussen *hypotheca* en *pignus*, zie Out, *Accessoiriëteit*, p. 44-52.

29 D. 20,1,5,1 (Marcianus) '*Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt*.'

30 De Griekse term *hypotheca* ('onderzetting') is overgenomen uit het Hellenistische recht. De Hellenistische hypotheek werd voornamelijk voor onroerend goed gebruikt, zie Rupprecht, 'Die dingliche Sicherungsrechte nach der Praxis der Papyri', in: *Collatio Iuris Romani. Études dédiées à Ankum* vol. II, Amsterdam 1995, p. 426. Wij gaan er vanuit dat slechts de term door de Romeinen is overgenomen om een bezitloos pandrecht mee aan te duiden, zie Krämer, *Das besitzlose Pfandrecht*, p. 24-25 en zie voor de verschillende theorieën over de oorsprong en inhoud van *hypotheca* ook R.J. Goebel, 'Reconstructing the Roman Law of Real Security', *Tulane Law Review* 36 (1961-1962), p. 29-66.

Oorspronkelijk had de (vuist)pandnemer waarschijnlijk slechts de bevoegdheid de zaak te bezitten totdat de schuldenaar zijn schuld had voldaan. De zekerheidsnemer had dus alleen een retentierecht en kon zich niet verhalen op het in zekerheid gegeven goed.[31] De volgende fase in de ontwikkeling van het pandrecht was dat partijen een vervalbeding (*lex commissoria*) overeen kwamen. Wanneer de schuld opeisbaar was en de schuldenaar in gebreke bleef, verviel het pand in eigendom aan de pandnemer. De schuldenaar gaf weliswaar de zaak over aan zijn schuldeiser, maar hij behield de mogelijkheid om het pand weer te lossen. Pas nadat de schuld opeisbaar was geworden en de schuldenaar in gebreke bleef, verviel het pand definitief aan de zekerheidsnemer. Nadien ontwikkelde zich naast het vervalbeding het verkoopbeding (*pactum de vendendo pignore* of *pactum vendendi*).[32] Wanneer partijen een dergelijk verkoopbeding waren overeengekomen verviel het pand niet in eigendom aan de zekerheidsnemer, maar kon de laatste het pand slechts verkopen en overdragen.[33] Na de executie kon de zekerheidsnemer zijn vordering met voorrang op de verkoopopbrengst verhalen. De opkomst van het bezitloze pandrecht maakte het nodig dat de zekerheidsnemer een zakelijke actie kreeg om het bezit van het in zekerheid gegeven goed op te eisen, zodat de zekerheidsnemer na het bezit van de zaak te hebben verkregen over kon gaan tot executie.

De actio Serviana

Om het verkooprecht (*ius vendendi*) te kunnen uitoefenen stond de zekerheidsnemer een zakelijke actie ter beschikking waarmee hij het bezit van de zaak van iedere bezitter kon opeisen: de *actio Serviana*.[34]

> In de vroegste fase van de ontwikkeling van het pandrecht stond de pandnemer waarschijnlijk nog geen zakelijke actie tegen iedere bezitter ter beschikking. Het pandrecht was in die fase immers een bezitpand, waarbij de pandnemer alleen recht had op het bezit van het pand. Ter bescherming van zijn bezit stonden de pandnemer daarom bezitsinterdicten ter beschikking. Er was echter ook een vroege

31 In bepaalde gevallen kon de zekerheidsnemer het pand waarschijnlijk gebruiken (antichresis), zie D. 20,1,11,1 (Marcianus). Zie A. Manigk, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung: ein Institut der antiken Rechte*, Berlijn 1910.

32 Het vervalbeding werd uiteindelijk in de 4e eeuw door keizer Constantijn verboden, zie C. 8,34(35),3 (Constantijn, a. 326).

33 Het *pactum vendendi* werd zo gebruikelijk (Vgl. C. 4,24,4 (Alexander Severus, a. 223), waar wordt gesproken over een '*pactum vulgare*') dat men in later tijden aannam dat de zekerheidsnemer gerechtigd was om de verpande zaak te verkopen, zelfs wanneer hij dat niet expliciet met de zekerheidsgever was overeengekomen, zie D. 13,7,4 (Ulpianus) en Bachofen, *Pfandrecht*, p. 173 e.v.

34 De *actio Serviana* was een *zakelijke* actie gemodelleerd naar de *rei vindicatio* en kon net als de revindicatie tegen iedere bezitter van het bezwaarde goed worden ingesteld, zie D. 20,1,17 (Ulpianus), D. 20,6,12,1 (Paulus). Kaser, *RP I*, § 111, p. 473; Kaser, *Studien III*, p. 145-146 en Krämer, *Das besitzlose Pfandrecht*, p. 38-39.

> bezitloze vorm van verpanding waarbij de verpachter tot zekerheid van zijn vordering tot de betaling van de pacht een zekerheidsrecht had op het gereedschap, de slaven en het vee van de pachter (*invecta et illata*).[35] De pachter bleef in het bezit van de op het gepachte land ingebrachte zaken, omdat hij die zaken nodig had om zijn werkzaamheden te verrichten. Ter bescherming van het bezitloze zekerheidsrecht van de verpachter werd daarom aan de verpachter een actie toegekend. Wanneer de pachter in gebreke bleef met betalen kon de verpachter door middel van het *interdictum Salvianum* het bezit van deze zaken opeisen.[36] Uit dit interdict is waarschijnlijk in de 1e eeuw voor Christus de *actio Serviana* voortgekomen.[37] De *actio Serviana* wordt in de bronnen ook wel *actio hypothecaria*, *actio pigneraticia (in rem)*, *vindicatio pignoris* en *actio quasi Serviana* genoemd.[38]

Het doel van de *actio Serviana* was allereerst het *bezit* van de in zekerheid gegeven zaak van iedere bezitter opeisen.[39] Nadat de zekerheidsnemer het bezit van de zaak had opgeëist kon hij overgaan tot executie.[40] Gelet op het feit dat de actie door de zekerheidsnemer werd ingesteld om tot executie over te kunnen gaan, zou men verwachten dat de *actio Serviana* pas kon worden ingesteld wanneer de vordering opeisbaar was geworden. Dit blijkt echter niet uit de *formula* van de actie. Zij luidde, in de reconstructie van Lenel, als volgt:

> 'Als blijkt, dat tussen Aulus Agerius en Lucius Titius is overeengekomen dat deze zaak waarover wordt geprocedeerd, aan Aulus Agerius verpand was vanwege een geldschuld, en dat deze zaak toen hij dit overeenkwam, zich in het vermogen van Lucius Titius bevond, en dat dit geld noch is betaald, noch dat de schuld op een andere wijze is voldaan, en dat het niet aan Aulus Agerius ligt dat nog niet is betaald, dan moet de rechter, tenzij deze zaak naar het oordeel van de rechter zal zijn gerestitueerd, Numerius Negidius veroordelen tot [betaling van] zoveel geld

35 Zie Cato, *De agri cultura 146*; Kaser, *RP I*, § 110, p. 464 en Kaser, *Studien I*, p. 239-240.

36 Zie Kaser, *RP I*, § 111, p. 472; Kaser, *Studien I*, p. 8 en *Studien III*, p. 142-144 en Krämer, *Das besitzlose Pfandrecht*, p. 52-121. Het *interdictum Salvianum* kon in eerst instantie waarschijnlijk alleen maar tegen de pachter worden ingesteld. Anders: Goebel, 'Roman Law of Real Security', p. 54.

37 Lenel, *EP*, p. 493; Kaser, *RP I*, § 111, p. 472. Anders: Wubbe, *Res aliena*, p. 203-219.

38 Zie Kaser, *RP I*, § 111, p. 473; Krämer, *Das besitzlose Pfandrecht*, p. 39-41 en Lenel, *EP*, p. 493 n. 1. De *actio Serviana* waarmee de zekerheidsnemer het bezit van de zaak opvordert moet niet worden verward met de *actio Serviana* van de *bonorum emptor* uit G. 4,35.

39 D. 21,2,66*pr*. (Papinianus).

40 Er is discussie over de vraag of voor de pandverkoop was vereist dat de zekerheidsnemer het in zekerheid gegeven goed in zijn bezit had. Uit verschillende Digestenteksten lijkt te volgen dat ook een niet-bezittende pandhouder kon executeren, zie D. 20,5,13 (Paulus) en D. 44,3,12 (Paulus). Zie Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 132. Dit laat vanzelfsprekend onverlet dat een zekerheidsnemer het pand makkelijker zal hebben kunnen executeren wanneer hij ook daadwerkelijk het bezit van de zaak kon verschaffen. De bezitsverschaffing bleef namelijk vereist voor de eigendomsoverdracht van het pand na executoriale verkoop.

aan Aulus Augerius, als deze zaak [waard] zal zijn; als dit niet blijkt moet hij vrijspreken.'[41]

In de *intententio* van de *formula* wordt de opeisbaarheid van de vordering nergens als voorwaarde gesteld.[42] De *actio Serviana* kon dus al vóór opeisbaarheid van de vordering worden ingesteld. Uit de *formula* volgt verder dat voor de vestiging van een pandrecht een overeenkomst tussen partijen was vereist. Daarnaast was voor de totstandkoming van een geldig zekerheidsrecht vereist dat de zekerheidsgever op het moment van de verpanding de zaak in (praetorisch) eigendom (*in bonis*) had.[43] Verder was in bijna alle gevallen voor de vestiging van een pandrecht het bestaan van een gezekerde vordering vereist, wat tegenwoordig wordt aangeduid als de accessoiriëteit van het pandrecht (*propter pecuniam debitam)*.[44] De zekerheidsnemer was gelegitimeerd de actie in te stellen indien de vordering nog niet was voldaan (*eamque pecuniam neque solutam*) en indien de schuld ook niet op een andere wijze was voldaan (*neque eo nomine satisfactum esse*). Bovendien mocht de zekerheidsnemer niet in schuldeisersverzuim zijn (*neque per Aulum Agerium stare quo minus solvatur*). Wanneer aan deze voorwaarden was voldaan moest de rechter de gedaagde veroordelen tot betaling van een geldsom aan de eiser, tenzij naar het oordeel van de rechter de zaak was teruggeven aan de eiser (*nisi ea res arbitrio iudicis restituetur*, de zogenoemde restitutieclausule). De hoogte van de geldsom waartoe de gedaagde werd veroordeeld verschilde al naar gelang tegen welke bezitter de actie was ingesteld. Was de actie ingesteld tegen de schuldenaar dan behoefde deze slechts het bedrag van de verzekerde vordering te betalen; een derdebezitter moest de volledige waarde van de zaak betalen.[45] De zekerheidsnemer was immers aansprakelijk voor het *superfluum* jegens de zeker-

41 Lenel, *EP*, p. 494-495: '*Si paret inter Aulum Agerium et Lucium Titium convenisse, ut ea res qua de agitur Aulo Agerio pignori esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per Aulum Agerium stare quo minus solvatur, nisi ea res arbitrio iudicis restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nomen Nomen Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito.*'

42 Kaser neemt aan dat de vordering opeisbaar moest zijn voordat de *actio Serviana* kon worden ingesteld, zie Kaser, *RP I*, § 111, p. 473 n. 41. Out heeft echter aangetoond dat de pandhouder al voordat de vordering opeisbaar was er een belang bij kon hebben om de zaak op te eisen. De pandhouder was namelijk aansprakelijk met de *actio pigneraticia directa* jegens de pandgever om de zaak terug te geven, ook bijvoorbeeld wanneer de schuld waarvoor het pand was gevestigd nooit was ontstaan, zie Out, *Accessoiriëteit*, p. 44-52.

43 Zie over de uitdrukking '*in bonis*' in de *formula* van de *actio Serviana*: F.B.J. Wubbe, *Res aliena pignori data: de verpanding van andermans zaak in het klassieke Romeinse recht*, Leiden 1960 en de recensie hiervan door Kaser, 'In bonis esse', *ZSS* 78, 1961 en wederom Kaser, *Studien I*, p. 241-244 en Kaser, *Studien III*, p. 141 n. 53. Zie ook Potjewijd, *Beschikkingsbevoegdheid*, p. 46-58 en Krämer, *Das besitzlose Pfandrecht*, p. 131 n. 32.

44 Out, *Accessoiriëteit*, p. 48-52.

45 D. 20,1,21,3 (Ulpianus) en D. 20,1,16,3/4/6 (Marcianus). Zie verder hierover Kaser, *RP I*, § 111, p. 473; Kaser, 'Die Interesseberechnung', p. 1-19; Wubbe, 'Der Streitwert bei der actio Serviana', p. 179-200 en Wacke, 'Prozessformel und beweislast', p. 369-414.

heidsgever. Wij zullen later in dit hoofdstuk zien hoe de *actio Serviana* zich verhield tot de ondeelbaarheid van het pandrecht.

De actio pigneraticia (directa)

Naast het goederenrechtelijke zekerheidsrecht als zodanig werd met de term *pignus* door de Romeinse juristen ook het reële contract van verpanding aangeduid.[46] Inderdaad was bij *pignus* in het vroege Romeinse recht, zoals wij hierboven hebben gememoreerd, de feitelijke afgifte van een zaak vereist om het zakelijke recht te doen ontstaan. In het klassieke recht kon het pandrecht echter ook door een enkele daartoe strekkende overeenkomst worden gevestigd.[47] Ook in die gevallen ontstond er een pandrecht en kon er dus strikt genomen niet meer van een *contractus re* worden gesproken.[48] In dat geval was er altijd een pandovereenkomst op basis waarvan het zakelijke recht tot stand kwam en die de verhouding tussen de zekerheidsgever en zekerheidsnemer reguleerde. De pandovereenkomst (*conventio pignoris*) bevatte vaak bijkomende bedingen waarmee de inhoud van het zekerheidsrecht door de partijen werd vormgegeven.[49] Een veelvoorkomend beding was het al eerder genoemde *pactum de vendendo* op grond waarvan de zekerheidsnemer gerechtigd was om de in zekerheid gegeven zaak te verkopen en in eigendom over te dragen, en zich uit de opbrengst van de verkoop te voldoen. Uit praktijkdocumenten blijkt dat partijen ook afspraken maakten over de wijze waarop de zekerheidsnemer over moest gaan tot executie. Partijen konden het pandrecht dus naar eigen wensen invullen. *Pignus* was immers een creatie van het magistratenrecht (*ius honorarium*). De praetor gaf zoveel mogelijk gehoor aan de wensen van de partijen. Het doel van het pandrecht was echter altijd de voldoening van de schuldeiser. Wanneer dit doel was bereikt, hetzij door het teniet gaan van de verzekerde vordering, hetzij door een omstandigheid die daaraan was gelijkgesteld, kon de zekerheidsgever de zaak dan ook met een actie uit de pandovereenkomst terugvorderen van de zekerheidsnemer.[50] De actie die de zekerheidsgever voor dit doel kon instellen was de zogenoemde

46 Zie D. 44,7,1,6 (Gaius), *I.* 3,14,4 en Kaser, *RP I*, § 127, p. 536-538.

47 D. 13,7,1, *pr.*-1 (Ulpianus).

48 Kaser wijst op het feit dat de rechtsfiguur *pignus* geheel in het *ius honorarium* was ontwikkeld en dat het dus verwonderlijk is dat de Romeinse juristen *pignus* onder de *contractus re* schaarden, een categorie die in het *ius civile* was ontwikkeld, zie Kaser, *RP I*, § 127, p. 536.

49 Zie over de *conventio pignoris* Kaser, *Studien III*, p. 155-161.

50 Vanzelfsprekend beschikte de eigenaar-pandgever ook over de revindicatie; hij bleef immers eigenaar van de zaak, zie C. 8,13,9 (Gordianus, a. 239) en Kaser, *Studien I*, p. 262-263.

actio pigneraticia (directa).[51] De *actio pigneraticia* was opgenomen in het Edict.[52] De *formula* van de *actio pigneraticia* (*directa*) luidde waarschijnlijk als volgt:

> 'Als blijkt dat Aulus Agerius aan Numerius Negidius de zaak waarover wordt geprocedeerd vanwege een geldschuld in pand heeft gegeven, en dat dit geld is betaald, ofwel dat de schuld op een andere wijze is voldaan ofwel dat het aan Numerius Negidius ligt dat er niet is betaald, en als blijkt dat deze zaak niet aan Aulus Agerius is teruggeven, dan moet de rechter Numerius Negidius veroordelen tot [betaling van] zoveel geld aan Aulus Agerius, als deze zaak [waard] zal zijn; als dit niet blijkt, moet hij vrijspreken.'[53]

Uit de *formula* volgt dat de zekerheidsnemer door de rechter moest worden veroordeeld wanneer hij het pand niet had teruggeven aan de zekerheidsgever (*non redditam*). De andere voorwaarden voor de veroordeling van de gedaagde zijn in de *intentio* van de *formula* opgesomd. De vordering ter verzekering waarvan het pandrecht was gevestigd moest zijn voldaan (*pecuniam solutam esse*) of de schuldeiser moest op een andere wijze zijn voldaan (*eove nomine satisfactum esse*). Eveneens kon de actie met succes worden ingesteld wanneer de zekerheidsnemer in schuldeisersverzuim was (*per Numerium Negidium stetisse, quo minus solveretur*). De veroordeling van de gedaagde was dus gebaseerd op het feit dat de schuld waarvoor de zaak aan de zekerheidsnemer was overgegeven was voldaan of anderszins genoegdoening was gegeven aan de zekerheidsnemer en dat deze zaak nog niet aan de zekerheidsgever was teruggegeven. In het normale geval waarin de verzekerde vordering door de schuldenaar was voldaan, kon de zekerheidsgever de zaak met deze actie eenvoudig opeisen.[54] De *actio pigneraticia* was immers een actie gericht op teruggave van een zaak (*reddere*-actie).[55] Wanneer de zaak niet was teruggege-

---

51 Aangezien de actie gebaseerd was op de *overeenkomst* van de partijen, was voor het instellen ervan niet vereist dat de pandgever beschikkingsbevoegd was ten aanzien van de in zekerheid gegeven zaak, zie bijvoorbeeld D. 13,7,9,4 (Ulpianus). Ook de contraire actie, de *actio pigneraticia contraria* van de zekerheidsnemer tegen de zekerheidsgever, was beschikbaar in het geval er geen zakelijk recht was ontstaan, maar wel een zaak was overgegeven, zie bijvoorbeeld D. 13,7,32 (Marcianus) en D. 13,7,36,1 (Ulpianus).

52 Het edict van de *actio pigneraticia* is niet bewaard gebleven, maar uit D. 12,1,1,1 (Ulpianus) blijkt dat er een edict was over het pandrecht. Uit commentaren van juristen op dit edict is de *actio pigneraticia* door Otto Lenel gereconstrueerd, zie Lenel, *EP*, p. 254 en voor een andere reconstructie H. Kreller, 'Formula fiduciae und Pfandedikt', *ZSS* 62 (1942), p. 168 e.v.

53 Lenel, *EP*, p. 255 '*Si paret Aulum Agerium Numerio Negidio rem qua de agitur ob pecuniam debitam pignori dedisse eamque pecuniam solutam esse eove nomine satisfactum esse aut per Numerium Negidium stetisse, quo minus solveretur, eamque rem Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nomen Nomen Aulo Agerio condemnato, si non paret, absolvito*.'

54 Zie voor de verhouding tussen deze actie en de revindicatie nader de hoofdtekst.

55 Kaser, *RP I*, § 127, p. 536-537. Wubbe stelt dat het beter is om over een *niet*-teruggaafactie te spreken. De veroordeling van de gedaagde berustte immers op het feit dat hij de zaak *niet* had teruggegeven, zie Wubbe, *Res aliena*, p. 130 e.v.

ven door de zekerheidsnemer werd deze veroordeeld tot betaling van de waarde van de zaak.[56] Daarnaast kon de zekerheidsgever met de *actio pigneraticia* het overschot (*superfluum*) van de executieopbrengst opvorderen van de zekerheidsnemer.[57]

Er is in de literatuur discussie over de vraag of er naast de hierboven opgenomen *formula in factum concepta* van de *actio pigneraticia* een *formula in ius concepta* is geweest. Verscheidene schrijvers menen dat er naast de *formula in factum concepta* nog een *formula in ius concepta* (al dan niet met een *bonae fidei* clausule) moet zijn geweest.[58] Zij zijn van mening dat de *formula in factum concepta* niet alle denkbare verplichtingen van de zekerheidsnemer kan hebben gedekt.[59] De clausule '(*rem*) *redditam non esse*' uit de *actio pigneraticia in factum concepta* zou bijvoorbeeld geen grondslag bieden voor een veroordeling van de zekerheidsnemer tot betaling van het overschot (*superfluum*).[60] Er zijn niet veel aanwijzingen in de bronnen voor een dergelijke *formula in ius concepta*. De fragmenten in het commentaar op het edict over het pandrecht (voornamelijk uit titel D. 13,7) lijken alle te gaan over een *formula in factum concepta*. Er zijn geen sporen gevonden van een commentaar op een *formula in ius concepta*.[61] De enige directe aanwijzingen in de bronnen voor het bestaan van een *actio in ius concepta* zijn het feit dat de *actio pigneraticia* in de Instituten onder de *bonae fidei iudicia* wordt genoemd en het feit dat in D. 13,7,40 *pr*. wordt gesproken over verschillende *actiones pigneraticiae*.[62] Een andere indirecte aanwijzing voor het bestaan van een *bonae fidei* actie is het gegeven dat de *actio pigneraticia* naar de *actio fiduciae* is gemodelleerd. De laatste actie is een *bonae fidei iudicium*.[63] Ook de vergelijkbare *actio commodati* en *actio depositi* waren *actiones bonae fidei*.[64] De vraag naar het bestaan van de twee verschillende acties hangt samen met het probleem van de samenloop tussen de *actio pigneraticia* en de revindicatie. Het bestaan van een *formula in ius concepta* zou namelijk kunnen verklaren waarom de zekerheidsgever naast de revindicatie tot opeising van de zaak, ook nog een

56 Er stond geen restitutieclausule in de *formula* van de *actio pigneraticia*. De zaak kon dus niet meer tijdens het proces *apud iudicem* worden teruggegeven. Gevallen waarin de zekerheidsnemer de zaak niet heeft teruggegeven zullen vaak betrekking hebben gehad op een onenigheid tussen partijen over de omvang van de verzekerde vordering, zie § 1.3.1.

57 Zie bijvoorbeeld D. 13,7,24,2 (Ulpianus) en C. 8,27,20 (Diocletianus en Maximianus, a. 294).

58 Zie Kaser, *Studien II*, p. 214 e.v.; Lenel, *EP*, p. 255 en Zimmermann, *Obligations*, p. 222 e.v. Kaser is in zijn handboek nog twijfelend over het bestaan van een dergelijke *in ius concepta formula*, zie Kaser, *RP I*, § 127, p. 537.

59 Kaser, *Studien II*, p. 221-222.

60 Zimmermann, *Obligations*, p. 223. Bachofen meent daarentegen dat wel op basis van de clausule '*rem non redditam esse*' het *superfluum* kon worden opgevorderd: 'Das Klagfundament ist dasselbe geblieben, nur das petitum hat gewechselt.', zie Bachofen, *Pfandrecht*, p. 167.

61 Kaser, *Studien II*, p. 218 en Lenel, *EP*, p. 255.

62 Gaius noemt de *actio pigneraticia* echter niet in zijn opsomming van de *bonae fidei iudicia*, zie G. 4,62.

63 Lenel, *EP*, p. 292.

64 Voor de *actio commodati*, zie Lenel, *EP*, p. 252 e.v. en voor de *actio depositi*, zie G. 4,47 en Lenel, *EP*, p. 288 e.v.

actio pigneraticia tot zijn beschikking had.[65] Op basis van de *actio pigneraticia* zou de zekerheidsnemer ook het *superfluum* kunnen opvorderen, in tegenstelling tot de revindicatie, wanneer de zaak is verkocht. Bovendien kunnen ook andere verplichtingen van de zekerheidsnemer worden gebaseerd op de *bona fides* die de verhouding tussen de zekerheidsgever en zekerheidsnemer beheerste.[66] Als een dergelijke *formula in ius concepta* heeft bestaan, zal zij er ongeveer als volgt hebben uitgezien:[67] 'Als blijkt dat Aulus Agerius aan Numerius Negidius de zaak waarover wordt geprocedeerd vanwege een geldschuld in pand heeft gegeven, alles wat vanwege deze zaak Numerius Negidius behoort te geven of te doen volgens de goede trouw, de rechter van deze moet Numerius Negidius jegens Aulus Agerius veroordelen, als het niet blijkt, moet hij vrijspreken.'[68] Uiteindelijk is de vraag of er naast de *actio in factum concepta* ook een *actio in ius concepta* heeft bestaan niet van grote praktische betekenis. Uit verschillende teksten in zowel de Digesten als de Codex blijkt wat de verplichtingen van de zekerheidsgever en zekerheidsnemer over en weer waren. Of deze verplichtingen werden afgedwongen op basis van een *formula in factum concepta* of een *formula in ius concepta* met een *bonae fidei* clausule, is van secundair belang.

2.3 Het zekerheidsrecht strekt tot zekerheid van de gehele verzekerde vordering

De zekerheidsrechten *pignus* en *hypotheca* hadden in hun uiteindelijke vorm ten doel dat de schuldeiser zijn vordering met voorrang kon verhalen. Het zekerheidrecht ging teniet wanneer dat doel was bereikt. Het zekerheidsrecht bleef dus voortbestaan zolang de zekerheidsnemer een vordering had op de schuldenaar. Het zekerheidsrecht ging ook teniet wanneer de vordering ter verzekering waarvan het zekerheidsrecht was gevestigd op een andere wijze, bijvoorbeeld door vrijwillige betaling of schuldvermenging teniet was gegaan.

De vordering kon op verschillende manieren teniet gaan. Eén van de belangrijkste manieren was natuurlijk de betaling van de vordering aan de

---

65 C. 4,24,4 (Alexander Severus, a. 233).

66 Bijvoorbeeld de verplichting om te goeder trouw te werk te gaan bij de verkoop van het pand, zie C. 8,27,4 (Alexander Severus, a. 225); C. 8,27,9 (Diocletianus en Maximianus, a. 287) en het feit dat de zekerheidsnemer voor het *superfluum* kon worden aangesproken, zelfs wanneer het door zijn schuld niet was gerealiseerd, zie C. 8,29,5 (Diocletianus en Maximianus, a. 294) en de verplichting om rente te betalen wanneer het *superfluum* te laat werd betaald, zie D. 13,7,7 (Paulus).

67 De *formula in ius concepta* was waarschijnlijk niet in het Edict opgenomen, zie Kaser, *Studien II*, p. 215 e.v. Over de tijd van tot standkoming van de *formula in ius concepta*, zie Kaser, *Studien II*, p. 234; R. Robaye, 'Sanction judicaire du contrat de gage en droit romain classique', *RIDA* 34 (1987), p. 311 e.v en Zimmermann, *Obligations*, p. 222.

68 Kaser, *Studien II*, p. 221 '*Si paret quod Aulus Agerius Negidio Numerio rem qua de agitur ob pecuniam debitam pignori dedit, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret, absolvito*.'

schuldeiser (D. 20,6,6 *pr*.). Er moest sprake zijn van betaling (*solutio*) of een andere wijze van voldoening van de zekerheidsnemer (*satisfactio*) voordat het zekerheidsrecht teniet ging. In het geval van een gedwongen schuldvernieuwing (*novatio necessaria*), zoals de *litis contestatio*, ging weliswaar de oorspronkelijke vordering teniet, maar bleef het zekerheidsrecht bestaan zolang de vordering nog niet was uitbetaald aan de schuldeiser, of wanneer er nog geen genoegdoening was gegeven.[69] Wanneer de vordering van schuldeiser nog *niet volledig* was voldaan bleef het zekerheidsrecht op het bezwaarde goed rusten. Verschillende teksten bevestigen deze regel. Uit de volgende Digestentekst van Ulpianus blijkt bijvoorbeeld dat de pandgever pas tot de *actio pigneraticia* was gelegitimeerd, wanneer de *gehele* schuld was betaald.

> D. 13,7,9,3 'Al het geld moet zijn betaald ofwel de schuld moet op een andere wijze zijn voldaan om de *actio pigneraticia* te doen ontstaan […]'[70]

Indien nog niet al het geld (*omnis pecunia*) was betaald, en indien de schuld niet op een andere wijze was voldaan (*satisfactio*), bleef het zekerheidsrecht op de gehele verbonden zaak rusten.[71] Voor partijen was het echter niet altijd duidelijk welk bedrag er precies door het pandrecht was verzekerd en kon het dus voorkomen dat de *actio pigneraticia* reeds vóór de volledige betaling werd ingesteld. Uit een tekst van Ulpianus blijkt dan ook dat het verschuldigde bedrag in een procedure tussen de zekerheidsgever en de zekerheidsnemer nog ná de *litis contestatio*, tijdens het proces voor de *iudex privatus*, door de schuldenaar kon worden aangeboden.[72] Op die manier kon de schuldenaar er voor zorgen dat aan de voorwaarden van de *formula* van de *actio pigneraticia* werd voldaan. Dit had tot gevolg dat de zekerheidsgever de (waarde van de) verpande zaak inclusief zijn belang kon terugkrijgen (*debet rem pigneratam et quod sua interest persequi*).[73] Bovendien voorkwam hij op die manier dat het pandrecht alsnog door de zekerheidsnemer na het proces zou worden uitgeoefend, omdat nog niet het gehele verschuldigde bedrag was betaald.

De zekerheidsnemer kon, zolang nog niet de gehele schuld was voldaan, de bezwaarde zaak executoriaal *verkopen* en overdragen. In een tweetal constituties van keizer Gordianus is expliciet bepaald dat de zekerheidsnemer zolang nog niet al het geld was betaald over kon gaan tot executie van de in zekerheid

---

69 Zie D. 13,7,11 *pr*. (Ulpianus); D. 20,1,13,4 (Marcianus). Zie ook Out, *Accessoiriëteit*, p. 174 e.v.

70 D. 13,7,9,3 (Ulpianus) '*Omnis pecunia exsoluta esse debet aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pigneraticia actio…*'.

71 De gehele verzekerde vordering inclusief rente moest zijn betaald, zie D. 13,7,11,3 (Ulpianus) en C. 8,28,2 (Gordianus, a. 239).

72 D. 13,7,9,5 (Ulpianus) '*Qui ante solutionem egit pigneraticia, licet non recte agit, tamen, si offerat in iudicio pecuniam, debet rem pigneratam et quod sua interest consequi*.' Zie over deze tekst Kaser, *Studien II*, p. 218 en Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', p. 455.

73 Anders Wubbe, *Res aliena*, p. 140.

gegeven zaak.[74] Eén van deze constituties, te weten C. 8,27,6, was in het *ius commune* de *sedes materiae* voor het leerstuk van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Deze tekst luidt als volgt:

> C. 8,27,6 'De schuldeiser verliest niet de mogelijkheid om de bezwaarde zaak te verkopen, zolang nog niet het gehele bedrag aan hem is betaald, ook al heeft hij het grootste gedeelte hiervan reeds verkregen.'[75]

Een vergelijking tussen het pandrecht en het boetebeding

Ook in twee teksten van de jurist Paulus wordt aangegeven dat door een deelbetaling de bezwaarde zaak niet voor een evenredig deel van het zekerheidsrecht wordt bevrijd en dat de zekerheidsnemer over kon gaan tot executie wanneer nog niet de gehele verzekerde vordering was voldaan.[76] In beide teksten maakt Paulus een vergelijking tussen een boetebeding (*stipulatio poenae*) en het pandrecht. De teksten werpen door deze vergelijking een licht op de regel dat het zekerheidsrecht niet gedeeltelijk teniet gaat bij betaling van een deel van de verzekerde vordering.

> D. 45,1,85,6 'Dit geldt ook wanneer een dergelijke stipulatie is afgelegd: 'Als het landgoed van Titius niet zal zijn geleverd, [belooft u] dat 100 wordt betaald?', in dat geval wordt de boete van 100 opeisbaar, tenzij het gehele landgoed is geleverd, en het baat niet dat er delen van het landgoed zijn geleverd, terwijl één persoon in gebreke blijft, evenals het niet baat dat men een deel aan de schuldeiser betaalt om het pand te lossen.'[77]

De casus heeft betrekking op een stipulatie waarbij de schuldenaar heeft beloofd om een bedrag van 100 sestertiën te betalen wanneer het landgoed van Titius (*fundus Titianus*) niet zal zijn geleverd. Paulus stelt dat de *gehele boete* opeisbaar wordt (*poena committitur centum*)[78], tenzij de gehele prestatie wordt voldaan. Het baat in het geval van een dergelijke stipulatie niet, zo stelt

---

74 C. 8,27,6 (Gordianus, a. 238) en C. 8,28,2 (Gordianus, a. 239).

75 C. 8,27,6 '*Quamdiu non est integra pecunia creditori numerata, etiamsi pro parte maiore eam consecutus sit, distrahendi rem obligatam non amittit facultatem*'.

76 D. 10,2,25,14 (Paulus) en D. 45,1,85,6 (Paulus). D. 10,2,25,14 heeft betrekking op het erfrecht en wordt in § 2.4 besproken.

77 D. 45,1,85,6 (*Paulus*) '*Item si ita stipulatio facta sit: "si fundus Titianus datus non erit, centum dari?", nisi totus detur, poena committitur centum nec prodest partes fundi tradere cessante uno, quemadmodum non prodest ad pignus liberandum partem creditori solvere*'.

78 Zie Kaser, *RP I*, § 120, p. 520 voor de terminologie '*poena committitur*'. In de vertaling van Spruit c.s. ontbreekt een cruciaal gedeelte van dit Paulusfragment, namelijk dat ondanks levering van een groot deel van het landgoed nog steeds de *gehele* boete, in casu 100 (*poena committitur* centum), verschuldigd is. Dit is relevant, omdat hieruit blijkt dat nog steeds de *gehele* boete verschuldigd is ook al is het grootste gedeelde van de prestatie al geleverd. De parallel met het pandrecht wordt op die manier ook duidelijker. Zie het vervolg van de hoofdtekst.

Paulus, dat er al verschillende delen van het landgoed (*partes fundi*) zijn geleverd. De context die hier bij moet worden gedacht is het geval waarin schuldenaar Titius is overleden met achterlating van verschillende erfgenamen.[79] De erfgenamen worden door erfopvolging mede-eigenaren van het landgoed dat door hen dient te worden geleverd. De ergenamen hebben allen, op één na (*cessante uno*), hun onverdeelde aandeel in het landgoed geleverd. De vraag rijst of desondanks de gehele gestipuleerde boete kan worden opgeëist. Paulus beantwoordt deze vraag bevestigend. De vergelijking met het pandrecht wordt aan het eind van het fragment gemaakt. De overeenkomst tussen het boetebeding en het pandrecht is dat het in beide gevallen niet uitmaakt dat al een groot deel van de verschuldigde prestatie is voldaan. Zolang nog niet de *gehele* prestatie is voldaan kan de *gehele* boete worden opgeëist. Op dezelfde wijze kan het *gehele* pand worden verkocht, wanneer nog niet de *gehele* verzekerde vordering is betaald.

De Paulustekst is verhelderend, omdat hij licht werpt op de aard van de regel dat het zekerheidsrecht blijft bestaan totdat de gehele verzekerde schuld is voldaan. Het gaat in de aangehaalde tekst om *uitleg* van wat er gestipuleerd is door de partijen. Paulus legt het boetebeding op die manier uit dat de *gehele* boete vervalt indien ook maar één deel van de prestatie nog niet is voldaan. De boete is met andere woorden overeengekomen om te zorgen dat de schuldenaar de gehele prestatie voldoet. Elke andere prestatie is wat dat betreft niet voldoende om te voorkomen dat de boete opeisbaar wordt. De rechtsvraag is bij een dergelijke stipulatie eenvoudigweg: heeft de schuldenaar de overeengekomen prestatie verricht? Indien het antwoord ontkennend luidt is de gehele boete verschuldigd. Voor dezelfde regel met betrekking tot het pand- en hypotheekrecht geldt ook dat zij gebaseerd is op een interpretatie van hetgeen partijen zijn overeengekomen, en niet bijvoorbeeld op de aard van de prestatie waartoe de schuldenaar zich heeft verplicht.

Dat deze regel niet samen hing met het feit dat het zekerheidsrecht op een ondeelbare zaak rustte blijkt ook uit andere teksten. Zo blijkt bijvoorbeeld dat de regel ook opging wanneer er verschillende zaken voor dezelfde schuld in zekerheid waren gegeven. In het Romeinse recht was het mogelijk dat een geheel vermogen tot zekerheid van één- en dezelfde schuld in zekerheid werd gegeven, of dat verschillende zaken afzonderlijk voor dezelfde schuld in zekerheid werden gegeven.[80] Ook in die gevallen gold dat *alle* zaken bezwaard bleven zolang nog niet de gehele vordering was betaald. Een deelbetaling door de schuldenaar bevrijdde dus niet naar evenredigheid van de betaling

79 Vergelijk de volgende Pomponiusfragmenten met dezelfde strekking: D. 45,1,5 (*Pomponius*) 3a *Si sortem promiseris et, si ea soluta non esset, poenam: etiamsi unus ex heredibus tuis portionem suam ex sorte solverit, nihilo minus poenam committet, donec portio coheredis solvatur.* 4. *Idemque est de poena ex compromisso, si unus paruerit, alter non paruerit sententiae iudicis: sed a coherede ei satisfieri debet. Nec enim aliud in his stipulationibus sine iniuria stipulatoris constitui potest.*

80 Kaser, *RP I*, § 110, p. 466.

één van de bezwaarde zaken, net zomin als een deelbetaling een bezwaarde zaak voor een deel van het pandrecht bevrijdde. Ulpianus geeft dit nog eens uitdrukkelijk aan voor het geval waarin er verschillende zaken in pand zijn gegeven.

> D. 20,1,19 'Degene die verschillende zaken in pand heeft ontvangen, wordt niet gedwongen één daarvan te bevrijden, als hij niet alles wat is verschuldigd heeft ontvangen.'[81]

Een deelbetaling door de schuldenaar had dus noch *ipso iure* het effect dat één van de verbonden zaken naar evenredigheid van de het pandrecht werd bevrijd, noch kon de zekerheidsnemer worden gedwongen één van de verbonden zaken te bevrijden van het pandrecht.[82] Dit had in het geval er voor één- en dezelfde schuld verschillende zaken waren bezwaard als consequentie dat de zekerheidsnemer zich kon voldoen uit *alle* tot zekerheid strekkende zaken.[83]

2.4 Het geval waarin de zekerheidsgever overlijdt met achterlating van verschillende erfgenamen

In de vorige paragraaf is vastgesteld dat het pand- en hypotheekrecht op het gehele onderpand bleef rusten zolang nog niet de gehele vordering was voldaan. In het *ius commune* werd deze regel aangeduid als de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. De teksten die in de vorige paragraaf zijn aangehaald hadden betrekking op de verhouding tussen één schuldeiser en één schuldenaar. De regel werd in het *ius commune* echter ook in andere gevallen van toepassing geacht, namelijk wanneer de verzekerde verbintenis werd verdeeld. Een dergelijke verdeling deed zich in het Romeinse recht in twee gevallen voor, namelijk wanneer de schuldenaar overleed met achterlating van verschillende erfgenamen en wanneer de schuldeiser overleed met achterlating van verschillende erfgenamen. In deze paragraaf staat het eerste geval centraal.

Een deling van de verzekerde schuld deed zich bijvoorbeeld voor wanneer de schuldenaar zonder testament overleed met achterlating van verschillende erfgenamen.[84] Na het overlijden van de schuldenaar werd de schuld *ipso iure*

---

81 D. 20,1,19 (Ulpianus) '*Qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare nisi accepto universo quantum debetur*.' Zie over deze tekst Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', p. 456-457.

82 Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', p. 457.

83 Zie ook § 2.4 en C. 8,27,16 waarin hetzelfde wordt beslist door de keizers Diocletianus en Maximianus.

84 Zie hierover Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 32-39; Schulz, *Einführung*, p. 90 e.v. en Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', p. 463-473.

verdeeld over zijn erfgenamen.[85] Dit betekende dat iedere erfgenaam naar verhouding van zijn erfdeel door de schuldeiser met een persoonlijke actie (*actio in personam*) kon worden aangesproken. Iedere erfgenaam was dus verbintenisrechtelijk, en met zijn eigen vermogen als verhaalsobject, slechts aansprakelijk voor een deel van de schuld van de erflater. De schuldeiser had echter ook nog een zakelijk recht, namelijk een pand- of hypotheekrecht. Ten aanzien van de uitoefening daarvan konden vragen rijzen. Het zekerheidsrecht diende weliswaar tot zekerheid van de gehele vordering van de schuldeiser jegens zijn schuldenaar, maar door het overlijden van zijn schuldenaar was de oorspronkelijke vordering verdeeld in verschillende vorderingen op verschillende erfgenamen. De vraag rees of het zekerheidsrecht dan ook was verdeeld in de zin dat het bezwaarde goed enkel diende tot zekerheid van een deel van de vordering. Dit was niet het geval. In verschillende teksten wordt bevestigd dat de zaak bezwaard bleef tot verhaal van de gehele schuld van de erflater. In de volgende constitutie wordt de vraag behandeld of een erfgenaam die zijn deel van de schuld had betaald een evenredig deel van het onderpand kon opeisen van de schuldeiser. Er waren blijkbaar verschillende zaken in pand gegeven en de erfgenaam was door de boedelverdeling eigenaar geworden van één van de verpande zaken. Deze erfgenaam betaalde zijn schuld en vorderde met de *actio pigneraticia* teruggave van een deel van het onderpand.

> C. 8,30(31),1 'Degene die voor een deel erfgenaam is, kan niet zijn deel uit de panden ontvangen als hij niet de gehele schuld betaalt.'[86]

De *actio pigneraticia* kon pas worden ingesteld wanneer *al* het verschuldigde geld was betaald.[87] De keizers interpreteerden dit zo dat de gehele *oorspronkelijke* schuld moest zijn betaald, voordat met de *actio pigneraticia* de verpande zaken konden worden opgeëist. Dit was geen vernieuwing van de keizers Severus en Antoninus. Vóór hun tijd had de jurist Pomponius al gesteld dat nog steeds de gehele verpande zaak kon worden verkocht, wanneer een erfgenaam zijn deel van de oorspronkelijke schuld had betaald. Hij merkte daarbij op dat dit in wezen hetzelfde geval was als wanneer de schuldenaar zelf een deel van de schuld had betaald:

---

85 Op grond van de regel '*nomina sunt ipso iure divisa*' die terugging tot de Twaalftafelwetgeving, zie *Lex XII Tabularum*, tab. 5,9; C. 2,3,26 (Diocletianus en Maximianus, a. 294); C. 8,31,1 (Valerianus en Gallienus, a. 257) en C. 8,31,2 (Diocletianus en Maximianus, a. 294).

86 C. 8,30(31),1 (Severus en Antoninus, a. 206) '*Qui pro parte heres extitit, nisi totum debitum exsolvat, suam portionem ex pignoribus recipere non potest*.'

87 Zie D. 13,7,9,3 (Ulpianus) en § 2.3. Wacke stelt terecht dat de woorden '*eamque pecuniam solutam*' uit de *formula* van de *actio pigneraticia* (zie § 2.2) werden betrokken op de *gehele oorspronkelijke* schuld, zie Wacke, p. 464.

> D. 13,7,8,2 'Als één van de erfgenamen van de schuldenaar zijn deel heeft betaald, kan desondanks de gehele verpande zaak worden verkocht, evenals wanneer de schuldenaar zelf een deel zou hebben betaald.'[88]

Pomponius legt er de nadruk op dat de *gehele* verpande zaak (*tota res pignori data*) kan worden verkocht. Bovendien is zijn verklaring van deze regel verhelderend. De betaling door één van de erfgenamen moet worden beschouwd als een deelbetaling. Pomponius beschouwt de betaling door een erfgenaam dus vanuit de oorspronkelijke verzekerde vordering. In dat opzicht is betaling door een erfgenaam een deelbetaling en gaat het zekerheidsrecht daardoor dus ook niet teniet. Er is een aantal constituties waarin vergelijkbare gevallen worden besproken vanuit het perspectief van de zakelijke actie van de zekerheidsnemer, de *actio Serviana*. De schuldeiser kon van een erfgenaam van de schuldenaar slechts *betaling* van een deel van de schuld vorderen met een *persoonlijke actie*. De bezwaarde zaak kon hij echter met zijn zakelijke actie *in haar geheel* opvorderen tot verhaal van de *gehele schuld* van de erflater. De keizers Diocletianus en Maximianus legden in de volgende constitutie het verschil tussen de zakelijke en de persoonlijke actie van de schuldeiser nog eens uit:

> C. 8,31(32),2 'Een persoonlijke actie wordt tussen de erfgenamen verdeeld aangezien zij naar de afzonderlijke delen is verkregen, maar wanneer er verschillende zaken met een pandrecht zijn bezwaard, waarvan verschillende erfgenamen in het bezit zijn, worden de erfgenamen die deze zaken bezitten niet aangesproken naar verhouding van de afzonderlijke delen van de zaak, maar voor het geheel, aangezien de opeising van een dergelijke zaak niet de persoon bindt, maar de zaak volgt, zodat de bezittende erfgenamen ofwel de gehele schuld dienen te betalen ofwel dienen af te staan wat ze onder zich houden.'[89]

In een andere constitutie van dezelfde keizers wordt aangegeven dat de schuldeiser nog steeds het gehele onderpand kan verkopen en overdragen als er al een deel van de schuld is betaald door één van de erfgenamen van de schuldenaar:

> C. 8,27,16 'Eén van de vele erfgenamen van een schuldenaar die verschillende zaken in vuistpand had gegeven, ontneemt niet de mogelijkheid van de schuldeiser om

---

88 D. 13,7,8,2 (Pomponius): '*Si unus ex heredibus debitoris portionem suam solverit, tamen tota res pignori data venire poterit, quemadmodum si ipse debitor portionem solvisset.*'

89 C. 8,31(32),2 (Diocletianus en Maximianus, a. 294) '*Actio quidem personalis inter heredes pro singulis portionibus quaesita scinditur, pignoris autem iure multis obligatis rebus, quas diversi possident, cum eius vindicatio non personam obliget, sed rem sequitur qui possident, tenentes non pro modo singularum substantiae conveniuntur, sed in solidum, ut vel totum debitum reddant vel eo quod detinent, cedant.*'

de verpande zaken te verkopen door het bedrag te betalen dat met een persoonlijke actie van hem kon worden opgeëist.'[90]

Aangezien het zekerheidsrecht op de zaak bleef rusten zolang nog niet de gehele schuld van de erflater was voldaan, waren de erfgenamen van elkaar afhankelijk. Wanneer immers niet iedere erfgenaam zijn deel van de schuld betaalde, kon de zekerheidsnemer de gehele bezwaarde zaak opeisen en executeren. De woorden '*eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse*' van de *formula* van de *actio Serviana* werden met andere woorden betrokken op de gehele *oorspronkelijke* schuld.[91] Het verweer van de bezittende erfgenaam dat hij zijn schuld al had betaald, stond dus niet in de weg aan het slagen van de *actio Serviana in solidum*. De bezittende erfgenaam, zo blijkt uit bovenstaande constituties, moest ofwel de gehele schuld betalen waarvoor de zaak in pand was gegeven ofwel de gehele zaak afstaan. In het laatste geval kon de zekerheidsnemer overgaan tot verkoop van het onderpand. Een eventueel overschot (*superfluum*), namelijk het deel van de executieopbrengst dat uitsteeg boven het bedrag van de verzekerde vordering, moest worden uitgekeerd aan de gezamenlijk gerechtigde erfgenamen of, natuurlijk, degene van de erfgenamen aan wie de bezwaarde zaak bij de boedelscheiding was toebedeeld.

Indien de bezittende erfgenaam de hele oorspronkelijke schuld betaalde, had hij meer betaald dan hij was verschuldigd. Deze betaling was echter in het voordeel van de gemeenschap (de boedel) en van zijn mede-erfgenamen. De betalende erfgenaam kon derhalve voor het deel waarvoor hij zelf niet draagplichtig was regres nemen op zijn mede-erfgenamen.[92] De betalende erfgenaam kon niet alleen via een scheidings- en delingsactie (*actio familiae erciscundae*) regres nemen op zijn mede-erfgenamen, maar hij kon zijn mede-erfgenamen eveneens aanspreken met een actie uit zaakwaarneming.[93] Een voordeel van de *actio familiae erciscundae* ten opzichte van de *actio negotiorum gestorum* was dat de betalende erfgenaam zelfs regres kon nemen als hij tegen de uitdrukkelijke wil van zijn mede-erfgenamen tot betaling aan de pandhouder was overgegaan.[94] Bovendien kon volgens de jurist Celsus een erfgenaam zelfs al vóórdat hij de volledige vordering van de zekerheidsnemer had be-

90 C. 8,27,16 (Diocletianus en Maximianus, a. 294) '*Unus ex multis debitoris qui pignora tradiderat heredibus, quod ab eo personali actione peti potuit, solvendo res obligatas distrahendi creditori facultatem non ademit*.'

91 Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', p. 464. Evenals de woorden '*eamque pecuniam solutam*' van de *actio pigneraticia*, zie boven.

92 D. 10,2,18,7 (Ulpianus). Zelfs als de zaak na betaling teniet was gegaan en er dus strikt genomen geen sprake meer was van een betaling in het belang van de boedel, kon de erfgenaam die het pand had bevrijd een *actio familiae erciscundae* instellen tegen zijn mede-erfgenamen, zie D. 10,2,31 (Papinianus).

93 C. 2,18(19),3 (Severus en Antoninus, a. 199).

94 Zie Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 33.

taald, een scheidings- en delingsactie instellen om zijn mede-erfgenaam te dwingen hun deel van de schuld aan de schuldeiser te betalen.[95]

Er zijn verschillende teksten in het Corpus Iuris overgeleverd waarin blijkt dat de erfgenamen van de schuldenaar elkaar over en weer moeten schadeloosstellen wanneer de gehele bezwaarde zaak onder één van hen wordt uitgewonnen. Dit lijkt ook de context te zijn van een tekst van de jurist Paulus waaruit blijkt dat de verschillende erfgenamen van de schuldenaren de bezwaarde zaak slechts kunnen bevrijden van het zekerheidsrecht als de gehele verzekerde schuld wordt betaald.

> D. 10,2,25,14 'Hetzelfde behoort in acht te worden genomen bij het aflossen van panden: want de schuldeiser kan rechtens het pand verkopen, tenzij het gehele bedrag dat is verschuldigd wordt aangeboden.'[96]

Deze tekst is in de Digestentitel over de boedelscheidingsactie (*iudicium familiae erciscundae*) opgenomen. Het doel van deze actie, die was opgenomen in de Wet van de Twaalf Tafelen, betrof het verdelen van het vermogen van de erflater (*res hereditariae*) onder de verschillende erfgenamen.[97] De goederenrechtelijke situatie van mede-eigendom die van rechtswege ontstond tussen de erfgenamen werd opgeheven doordat de eigendom van de afzonderlijke, lichamelijke zaken door de rechter aan afzonderlijke erfgenamen werd toegewezen (*adiudicatio*). Vorderingen en schulden (*nomina*) vielen niet onder deze actie.[98] Voorzover het vorderingen en schulden betrof waarvan de prestatie deelbaar was vielen deze vorderingen en schulden van rechtswege, op grond van de Twaalf Tafelregel '*nomina ipso iure divisa sunt*', naar verhouding van de erfdelen aan de erfgenamen toe. Wanneer de vordering daarentegen ondeelbaar was, was elke erfgenaam *in solidum* gerechtigd, en omgekeerd bij een schuld *in solidum* aansprakelijk.

> De verdeling van rechtswege van deelbare vorderingen en schulden over de erfgenamen was vaak erg onpraktisch. Gaius geeft dan ook aan dat het soms tot de taak (*officium*) van de rechter in het boedelscheidingsproces behoorde om afzonderlijke vorderingen (*credita*) en schulden (*debita*) *in solidum* aan afzonderlijke erfgenamen toe te wijzen.[99] Dit veranderde, zoals Gaius in D. 10,2,3 ook aangeeft, niets aan de aansprakelijkheid van de afzonderlijke erfgenamen, noch aan hun rechten. Ondanks deze toedelingen bleven de erfgenamen strikt juridisch aansprake-

95 D. 10,2,18,4 (Ulpianus).

96 D. 10,2,25,14 (*Paulus*) *Idem observatur in pignoribus luendis: nam nisi universum quod debetur offeratur, iure pignus creditor vendere potest.*

97 D. 10,2,1 *pr.* (Gaius).

98 D. 10,2,2,5 (Ulpianus) en D. 10,2,4 *pr*. (Ulpianus). De *actio familiae erciscundae* vond dus geen toepassing wanneer de erflater slechts vorderingen en schulden had, zie D. 10,2,25,1 (Paulus).

99 D. 10,2,3 (Gaius). D. 20,5,11 en D. 20,5,14 bevatten een voorbeeld van een dergelijke toedeling van vorderingen door de rechter in het boedelscheidingsproces.

> lijk naar verhouding van hun erfdeel en, in het geval van vorderingen, gerechtigd tot hun deel van de naar verhouding van hun erfdeel verdeelde vordering van de erflater.

Het geciteerde fragment (D. 10,2,25,14) bevat een tweede vergelijking van Paulus tussen een boetebeding en het pandrecht, ditmaal in de context van een boedelscheidingsproces. Deze vergelijking biedt inzicht in de werking van het pandrecht. Voor een goed begrip van de vergelijking moeten eerst de voorafgaande teksten worden besproken, aangezien het fragment verwijst naar het voorgaande (*Idem iuris*). In D. 10,2,25,9 bespreekt Paulus de vraag of een stipulatie op grond waarvan de erfgenamen een actie *in solidum* toekomt ook onder de boedelscheidingsactie valt.[100] Uit de tekst blijkt dat hier twijfel over bestond. Volgens Paulus is de correcte opvatting dat deze actie niet onder de boedelscheidingsactie valt: iedere erfgenaam komt de actie voor het geheel toe; er valt dus niets te verdelen. In de daaropvolgende tekst, D. 10,2,25,10, bespreekt Paulus het geval waarin de erflater de schuldenaar was van een stipulatie die een ondeelbare prestatie betrof. Volgens Paulus wordt de schuld niet verdeeld, maar is iedere erfgenaam *in solidum* aansprakelijk. Wat dan volgt is van belang voor de tekst waarin de vergelijking met het pandrecht wordt gemaakt. Paulus stelt dat vanwege het feit dat iedere erfgenaam *in solidum* aansprakelijk is, de taak (*officium*) van de rechter in het boedelscheidingsproces inhoudt dat hij er voor moet zorgen dat de erfgenamen over en weer garanties stellen. De inhoud van die garanties is dat wanneer één van de erfgenamen door de schuldeiser wordt aangesproken en de *litis aestimatio* betaalt, deze betalende erfgenaam regres kan nemen op zijn mede-erfgenamen. Iedere erfgenaam is dus wel extern aansprakelijk voor de gehele schuld, maar intern slechts ten dele draagplichtig. Vervolgens bespreekt Paulus een aantal gevallen waarin de taak van de rechter eveneens bestaat uit het opleggen van wederzijdse garantieverplichtingen aan de erfgenamen.

In D. 10,2,25,13 behandelt Paulus het geval waarin de erflater op grond van een stipulatie schuldenaar is van een geldbedrag.[101] Tot zekerheid van de stipulatie is een boetebeding toegevoegd. De geldschuld wordt bij het overlijden van de schuldenaar van rechtswege verdeeld over zijn erfgenamen.

---

100 D. 10,2,25,9 (*Paulus*) *An ea stipulatio, qua singuli heredes in solidum habent actionem, veniat in hoc iudicium, dubitatur: veluti si is qui viam iter actus stipulatus erat decesserit, quia talis stipulatio per legem duodecim tabularum non dividitur, quia nec potest. Sed verius est non venire eam in iudicium, sed omnibus in solidum competere actionem et, si non praestetur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet.*

101 D. 10,2,25,13 (*Paulus*) *Idem iuris est in pecunia promissa a testatore, si sub poena promissa sit: nam licet haec obligatio dividatur per legem duodecim tabularum, tamen quia nihilum prodest ad poenam evitandam partem suam solvere, sive nondum soluta est pecunia nec dies venit, prospiciendum est per cautionem, ut de indemnitate caveat per quem factum fuerit, ne omnis pecunia solveretur, aut ut caveat se ei qui solidum solverit partem praestaturum: sive etiam solvit unus universam pecuniam quam defunctus promittit, ne poena committeretur, familiae erciscundae iudicio a coheredibus partes recipere poterit.*

Zoals we hebben gezien betoogde Paulus dat in het geval de erfgenamen *in solidum* aansprakelijk zijn, ze over en weer garanties moeten stellen. In dit geval van een *deelbare* prestatie, namelijk een geldschuld, betoogt Paulus dat de erfgenamen eveneens over en weer garanties moeten stellen. In dit geval is dat noodzakelijk, omdat de opeisbaarheid van de boete niet kan worden voorkomen door een deel van de schuld te betalen (*quia nihilum prodest ad poenam evitandam partem suam solvere*). Paulus gaat hier uit van hetzelfde uitgangspunt als in D. 45,1,85,6. De boete blijft in haar geheel opeisbaar zolang niet de verschuldigde prestatie geheel wordt voldaan. Paulus geeft in D. 10,2,25,13 ook de inhoud van de garanties aan. Iedere erfgenaam moet garanderen dat hij hetzij voor schadeloosstelling instaat, hetzij bij stipulatie de garantie geeft dat hij zijn deel van de schuld zal betalen aan degene die het volledige bedrag heeft betaald. Deze garanties moeten worden gesteld wanneer de schuld nog niet is betaald en nog niet opeisbaar is. Indien één van de erfgenamen al de gehele schuld heeft betaald om te voorkomen dat de boete opeisbaar wordt, kan deze betalende erfgenaam met de boedelscheidingsactie regres nemen op zijn mede-erfgenamen.

Vervolgens is de tekst opgenomen die we hierboven al hebben geciteerd (D. 10,2,25,14). Hetzelfde is volgens Paulus rechtens bij het inlossen van het pand. Blijkbaar wil Paulus hiermee zeggen dat hetzelfde geldt wanneer de erflater een pandrecht tot zekerheid van zijn schuld had gevestigd. De betaling van een deel van de schuld, verhindert namelijk niet dat het pandrecht wordt uitgeoefend. De erfgenamen zullen dus over en weer garanties moeten stellen dat ze hun deel van de schuld zullen betalen aan de erfgenaam die wordt uitgewonnen.

In het geval van een boedelscheiding werd de bezwaarde zaak vaak aan één van de erfgenamen toegewezen.[102] Vaak werd daarbij degene die de zaak verkreeg eveneens veroordeeld de gehele schuld waarvoor de zaak was verbonden te betalen. De schuldeiser kon echter nog steeds de erfgenamen voor hun deel van de schuld aanspreken. Het boedelscheidingsvonnis was namelijk slechts verbindend voor de erfgenamen onderling. Een andere mogelijkheid was de bezwaarde zaak vóór de boedelscheiding te executeren en uit de opbrengst de schuld te voldoen, en een eventueel overschot te verdelen onder de erfgenamen. Deze laatste casus deed zich voor in D. 21,2,65.

102 D. 10,2,25,20 (Paulus).

2.5 Een bijzondere casus: de aansprakelijkheid van de erfgenamen van de zekerheidsgever voor uitwinning van een door hen overgedragen bezwaarde zaak (D. 21,2,65)

D. 21,2,65 is de enige Digestentekst waarin de ongedeeldheid van het pandrecht uitdrukkelijk wordt genoemd.[103] Het fragment betreft een *responsum* van de jurist Papinianus en is afkomstig uit het achtste boek van zijn *Quaestiones* (Vraagstukken).

> D. 21,2,65 'De erfgenamen hebben een tot de nalatenschap behorende zaak, die was verpand, verkocht en hebben naar verhouding van hun erfdeel een stipulatie ter zake van uitwinning afgelegd. Nadat een van de erfgenamen het pand voor zijn deel had bevrijd, won de schuldeiser de zaak uit. Er werd gevraagd of ieder van de erfgenamen kon worden aangesproken. En dit kan vanwege het ongedeelde pandrecht. Men was van mening dat er geen mogelijkheid was voor een remedie, in de zin dat aan degene die het geld aan de schuldeiser had betaald de acties zouden worden overgedragen door middel van het opwerpen van de exceptie wegens wangedrag, omdat de erfgenamen geen hoofdelijke schuldenaren waren geworden. De boedelscheidingsactie staat hun in dit geval wél ter beschikking: want wat doet het er toe, dat een van de erfgenamen ofwel het pand in zijn geheel heeft afgelost ofwel enkel voor zijn deel? De nalatigheid van de ene erfgenaam behoort immers niet nadelig te zijn voor de andere.'[104]

De tekst handelt over de aansprakelijkheid van de erfgenamen voor de uitwinning van een door hen verkochte bezwaarde zaak.[105] Twee erfgenamen hadden een bezwaarde zaak uit de nalatenschap verkocht.[106] De twee erfgenamen waren ieder slechts voor hun erfdeel tot de bezwaarde zaak gerechtigd. De zaak waarop het pandrecht was gevestigd hebben ze dan ook gezamenlijk

---

103 Zie voor besprekingen van deze tekst A.J. Ankum, 'Pignoris causa indivisa est', in: J.E. Spruit en M. van de Vrugt (red.), *Brocardica in honorem G.C.J.J. van den Bergh. 22 Studies over oude rechtspreuken*, Deventer 1987, p. 1-8; Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 38-39; Out, *Accessoiriëteit*, p. 136; Schulz, *Einführung*, p. 95-97 en Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', p. 466-471.

104 D. 21,2,65 (Papinianus) '*Rem hereditariam pignori obligatam heredes vendiderunt et evictionis nomine pro partibus hereditariis spoponderunt: cum alter pignus pro parte sua liberasset, rem creditor evicit: quaerebatur an uterque heredum conveniri possit? Idque placebat propter indivisam pignoris causam. Nec remedio locus esse videbatur, ut per doli exceptionem actiones ei qui pecuniam creditori dedit praestarentur, quia non duo rei facti proponerentur. Sed familiae herciscundae iudicium eo nomine utile est: nam quid interest, unus ex heredibus in totum liberaverit pignus an vero pro sua dumtaxat portione? Cum coheredis neglegentia damnosa non debet esse alteri.*'

105 De tekst is in de Digesten opgenomen in de titel over uitwinning: D. 21,2 *De evictionibus et stipulatione duplae*. De tekst stond oorspronkelijk waarschijnlijk samen met D. 20,4,1 (Papinianus) in een passage over het pandrecht in boek acht van de *Quaestiones* van Papinianus, zie O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis I*, Leipzig 1889, coll. 828, nr. 155.

106 De uitdrukking *rem pignori obligare* duidt in de bronnen meestal op het vestigen van een bezitloos pandrecht, zie Kaser, *Studien zum römischen Pfandrecht*, Napoli 1982, p. 132-133 en p. 156.

overgedragen. Daarbij hebben de erfgenamen de gebruikelijke evictie-stipulaties naar verhouding van hun erfdelen afgelegd.

> De evictie-stipulatie houdt in dat de beide erfgenamen hebben beloofd (*spoponderunt*) dat ze in zullen staan voor de uitwinning (evictie) van de zaak onder de koper. Een dergelijke stipulatie hield in dat de verkoper aan de koper beloofde tweemaal de koopprijs te betalen in het geval de koper de zaak verloor door uitwinning, een zogenoemde *stipulatio duplae* (*pecuniae*).[107] Uit overgeleverde contracten uit de 1e en 2e eeuw n. Chr. blijkt echter dat een evictie-stipulatie slechts bij uitzondering een *stipulatio duplae* betrof.[108] Het is dus de vraag of de erfgenamen uit D. 21,2,65 een *stipulatio duplae* hebben afgelegd. De kwestie laten wij hier verder rusten, omdat zij niet relevant is voor de juridische merites van de casus.

De schuld van de erflater was volgens de *lex duodecim tabularum* verdeeld over de erfgenamen naar verhouding van hun erfdelen. Een van de erfgenamen had vervolgens zijn deel van de schuld betaald. Omdat betaling door de andere erfgenaam van zijn deel van de schuld uitbleef, ging de schuldeiser over tot uitwinning van de gehele zaak onder de koper door middel van het instellen van de *actio Serviana in solidum*.[109] Uit D. 21,2,65 blijkt dus ook nog eens, ten overvloede, dat het zekerheidsrecht op het gehele onderpand bleef rusten, zolang nog niet de gehele verzekerde schuld was voldaan. Nu de zaak onder de koper was uitgewonnen werd door de koper aan Papinianus de vraag voorgelegd of ieder van de erfgenamen voor de gehele som van de uitwinning konden worden aangesproken. Papinianus beantwoordde deze vraag bevestigend. Dit was volgens Papinianus mogelijk '*propter indivisam pignoris causam*', vanwege het ongedeelde pandrecht.[110] Het verband tussen de ongedeeldheid van het pandrecht en de aansprakelijkheid van beide erfgenamen voor de uitwinning is niet onmiddellijk duidelijk. Dit behoeft nadere uitleg.

In de casus van D. 21,2,65 had een van de erfgenamen niet zijn deel van de schuld betaald. Om die reden was de schuldeiser tot uitwinning van de bezwaarde zaak over gegaan. Men zou kunnen stellen dat dus enkel de erfgenaam die niet zijn schuld had betaald aansprakelijk was voor de uitwinning jegens de koper. Indirect echter bewerkstelligde het feit dat het pandrecht op de zaak bleef rusten ondanks betaling van een deel van de schuld dat *beide* erfgenamen aansprakelijk waren voor de uitwinning. De betaling van één van de erfgenamen heeft de bezwaarde zaak namelijk niet van het pandrecht

---

107 Voor de *stipulatio duplae* (*pecuniae*), zie Kaser, *RP I*, § 131, p. 555-556 en A. Calonge, *Eviccion*, Salamanca 1968, p. 24 e.v.

108 Zie J. Macqueron, *Contractus scripturae. Contrats et quittances dans la pratique romaine*, Camerino-Nice 1982, p. 37-65.

109 Vgl. C. 8, 31 (32), 2 (Diocletianus en Maximianus, a. 294) en Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', p. 466.

110 Het is de vraag of Papinianus met *placebat* zijn eigen mening weergeeft of die van andere juristen. Wij gaan er, in navolging van Ankum, vanuit dat het gaat om Papinianus' eigen mening, zie Ankum, 'Pignoris causa indivisa est', n. 15.

bevrijd. Het zekerheidsrecht bleef daarentegen op de *gehele* zaak rusten. Nadat de zekerheidsnemer was overgegaan tot uitwinning en de koper daardoor schade had geleden, waren beide erfgenamen aansprakelijk nu daardoor de voorwaarde uit de door hen afgelegde *stipulatio poenae* was vervuld. De koper kon dus óók de erfgenaam die wel de schuldenaar had betaald en dus niet verantwoordelijk was voor de uitwinning met succes aanspreken. Deze erfgenaam kon wel regres op zijn mede-erfgenaam nemen voor de betaling van de evictieboete. Dit kon hij door het instellen van een *actio familiae erciscundae*, zoals Papinianus aan het slot van de tekst aangeeft. Daar voegt hij in een retorische vraag aan toe dat het niet uitmaakt of de erfgenaam de schuld van de erflater volledig heeft betaald of slechts zijn deel van de schuld. Papinianus refereert hier aan de mogelijkheid dat één van de erfgenamen de hele schuld waarvoor het zekerheidsrecht was gevestigd betaalde aan de schuldeiser om te voorkomen dat het zekerheidsrecht werd uitgeoefend. In dat geval kon, zoals hierboven is getoond, de erfgenaam die de hele schuld had betaald een *actio familiae erciscundae* instellen.[111] Papinianus stelt nu dat ook wanneer de betalende erfgenaam slechts zijn deel van de schuld had betaald, hij de *actio familiae erciscundae* kon instellen tegen zijn erfgenaam wanneer de evictieboete moest worden betaald. Dit was dus een uitbreiding van de toepasselijkheid van de *actio familiae erciscundae* voor gevallen waarin de erfgenaam slechts zijn eigen deel had betaald en niet de gehele schuld, en vervolgens was aangesproken tot betaling van een evictieboete. In dat geval waren de kosten waarschijnlijk hoger dan in het geval de ene erfgenaam vrijwillig de gehele schuld had betaald.[112] Het regres van de betalende erfgenaam was echter in beide gevallen gebaseerd op de nalatigheid van de niet-betalende mede-erfgenaam. Deze rationale wordt ook door Papinianus aan het einde toegevoegd: de nalatigheid van de ene erfgenaam moet niet nadelig zijn voor de andere erfgenaam.[113]

2.6 De zekerheidsnemer overlijdt met achterlating van verschillende erfgenamen

Inleiding

De andere situatie waarin het zekerheidsrecht ondanks deling van de verzekerde verbintenis tot zekerheid van de gehele oorspronkelijke verbintenis bleef

111 D. 10,2,18,7 (Ulpianus).

112 Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', p. 470.

113 Papinianus behandelt in D. 21,2,65 ook nog de vraag of de betalende erfgenaam die werd aangesproken door de koper door middel van het opwerpen van een *exceptio doli* de koper kon dwingen de actie tegen zijn mede-erfgenaam te cederen. Dit was volgens Papinianus niet mogelijk, omdat de erfgenamen geen hoofdelijke schuldenaren waren. Hier wordt verder niet ingaan op deze regres-problematiek. Zie daarover Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', p. 467-470.

strekken, was het tegenovergestelde geval van de in de vorige paragraaf beschreven situatie. Het betrof het geval waarin de zekerheids*nemer* overleed met achterlating van verschillende erfgenamen. In dat geval werd de vordering van de zekerheidsnemer, indien zij deelbaar was, op grond van de regel '*nomina ipso iure sunt divisa*' van rechtswege verdeeld tussen zijn erfgenamen.[114] De vraag rijst wat er gebeurde met het zekerheidsrecht dat tot zekerheid van de vordering van de erflater was gevestigd. De oorspronkelijke vordering bestond immers niet meer en de vraag kon rijzen of het zekerheidsrecht op eenzelfde wijze werd verdeeld tussen de erfgenamen van de zekerheidsnemer. Deze vraag werd aan de keizers Valerianus en Gallienus voorgelegd en door hen ontkennend beantwoord.

> C. 8,31(32),1 'Het is een duidelijke en boven twijfel verheven regel dat nadat de schuldeiser is overleden met achterlating van verschillende erfgenamen een persoonlijke actie tussen hen op grond van de Wet van de Twaalf Tafelen wordt verdeeld, maar dat het pand in zijn geheel eenieder tot zekerheid strekt.'[115]

Het zekerheidsrecht diende in de verhouding tussen de zekerheidsnemer en de zekerheidsgever tot zekerheid van elk deel van de vordering.[116] Uit de aangehaalde constitutie blijkt dat dit niet veranderde door het overlijden van de zekerheidsnemer. Wanneer een erfgenaam van de zekerheidsnemer een deel van de vordering verkreeg waarvoor het zekerheidsrecht oorspronkelijk was gevestigd, dan diende het zekerheidsrecht in zijn geheel tot zekerheid van dat deel van de vordering. In de bovenstaande constitutie werd dat nog eens uitdrukkelijk bevestigd. De constitutie laat echter onduidelijkheid bestaan over de vraag hoe het zekerheidsrecht na de verdeling van de verzekerde vordering door de erfgenamen diende te worden uitgeoefend. Het gehele onderpand strekte weliswaar tot zekerheid van *iedere* vordering die was ontstaan uit de oorspronkelijke verzekerde vordering, maar de vraag rijst of er slechts één zekerheidsrecht was, of dat iedere erfgenaam een eigen zekerheidsrecht had.

Dit vraagstuk kan het beste vanuit een historisch perspectief worden benaderd.[117] Voordat de beperkte zakelijke zekerheidsrechten van *pignus* en *hypotheca* waren ontwikkeld, bediende men zich van een *eigendomsoverdracht* ten titel van zekerheid (*fiducia cum creditore*).[118] De fiduciair overgedragen zaak viel bij het overlijden van de zekerheidsnemer in de boedel. De zekerheidsnemer was immers eigenaar van de tot zekerheid strekkende zaak. De

---

114 C. 3,36,6 (Gordianus, a. 230 of 241) en C. 8,31(32),1 (Valerianus en Gallienus, a. 257).

115 C. 8,31(32),1 (Valerianus en Gallienus, a. 257) '*Manifesti et indubitati iuris est defuncto creditore multis relictis heredibus actionem quidem personalem inter eos ex lege duodecim tabularum dividi, pignus vero in solidum unicuique teneri*.'

116 Zie § 2.3.

117 Vgl. Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 40.

118 Zie § 2.2.

erfgenamen van de *fiduciarius* werden dus van rechtswege mede-eigenaren van de tot zekerheid overgedragen zaak en hadden ieder een onverdeeld aandeel (*pars pro indiviso*) in die zaak. Het pand- en hypotheekrecht werd door de Romeinse juristen naar analogie hiervan behandeld. De erfgenamen van de pandhouder waren slechts gezamenlijk tot het zekerheidsrecht gerechtigd. De verdeling van de verzekerde vordering had dus geen invloed op het zekerheidsrecht. Het zekerheidsrecht was, nog weer anders gezegd, niet in die zin accessoir dat iedere nieuw ontstane vordering door een eigen zekerheidsrecht werd verzekerd.[119] Er was één zekerheidsrecht dat gezamenlijk toekwam aan de erfgenamen van de zekerheidsnemer.[120] Dit was niet het gevolg van een 'beginsel van ondeelbaarheid', maar van het feit dat het pand- en hypotheekrecht als zakelijk recht in de boedel viel.[121]

Verschillende vragen rijzen met betrekking tot de uitoefening van dit gemeenschappelijke zekerheidsrecht van de erfgenamen van de zekerheidsnemer. Zo rijst de vraag of iedere erfgenaam een *actio Serviana pro parte* had, waarmee hij een onverdeeld aandeel (*pars pro indiviso*) in het onderpand kon opeisen. De erfgenamen van de fiduciaire *eigenaar* hadden immers ook ieder slechts een *rei vindicatio pro parte*.[122] Er wordt echter algemeen aangenomen dat iedere erfgenaam van de zekerheidsnemer met de *actio Serviana in solidum* het gehele onderpand kon opeisen.[123] Dit hangt samen met de beslissing van de keizers in C. 8,31(32),1 dat het pand *in zijn geheel* tot zekerheid van iedere erfgenaam strekte. Met *een actio Serviana pro parte* zou een erfgenaam immers slechts een onverdeeld aandeel in het onderpand kunnen opeisen en dat zou niet stroken met het uitgangspunt dat het *gehele onderpand* tot zekerheid van iedere erfgenaam strekte. De bezitter die door een erfgenaam van de zekerheidsnemer werd aangesproken met de *actio Serviana in solidum* diende het bezwaarde goed dus af te staan aan de erfgenaam. Wanneer de bezitter weigerde het goed af te staan werd hij veroordeeld tot betaling van een geldbedrag (*condemnatio pecuniaria*). Het is goed mogelijk dat de *condemnatio pecunaria pro parte actoris* was.[124] De bezitter werd dan met andere woorden veroordeeld tot betaling van de vordering van de erfgenaam en niet tot betaling van de gehele vordering van de erflater. Een dergelijke regeling zou overeen komen met die van erfdienstbaarheden. In het geval van een erfdienstbaarheid waren

119 Vgl. Out, *Accessoiriëiteit*, p. 130.

120 Out, *Accessoiriëiteit*, p. 130; Sirks, 'Pluralité', p. 315 en Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', p. 475. Anders: Windscheid/Kipp, *Pandekten I*, § 226, n. 3 en § 233b, n.8. De laatsten nemen aan dat er net zoveel pandrechten ontstaan als dat er vorderingen zijn.

121 Vgl. D. 10,2,29 waarin een zekerheidsrecht in de boedelscheidingsactie wordt betrokken. Zie voor een bespreking van deze tekst het vervolg van de hoofdtekst.

122 Kaser, *RP I*, § 99, p. 411.

123 Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 40; Out, *Accessoiriëteit*, p. 133 en Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', p. 475.

124 Vgl. Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', p. 475.

de erfgenamen gerechtigd een *actio in solidum* in te stellen, maar werd de gedaagde veroordeeld tot betaling van het belang van de eiser (*id quod interest*).

Wanneer de erfgenaam van de zekerheidsnemer wel het bezit van de bezwaarde zaak verkreeg, rees de vraag of deze erfgenaam eveneens zelfstandig het bezwaarde goed kon overdragen na executieverkoop. De meningen lopen hierover uiteen. Volgens enkele auteurs was dit inderdaad het geval.[125] Een zekerheidsrecht *in solidum* betekent volgens hen dat iedere erfgenaam een *actio Serviana in solidum* had en dat ook iedere erfgenaam het opgeëiste goed kon verkopen en overdragen. Deze regeling heeft echter verschillende problemen. Wanneer één van de erfgenamen overgaat tot executie gaat het zekerheidsrecht teniet. De andere, niet-executerende erfgenamen houden dan slechts een onverzekerde vordering op de schuldenaar over en op de executerende-erfgenaam. Bovendien volgt een recht om het goed over te dragen niet dwingend uit het feit dat iedere erfgenaam een *actio Serviana in solidum* heeft. Andere auteurs nemen dan ook aan dat het executierecht slechts door de erfgenamen gezamenlijk kon worden uitgeoefend.[126] Er moet namelijk in het algemeen een *onderscheid* worden gemaakt tussen de bevoegdheid om het onderpand in zijn geheel op te eisen en de bevoegdheid om het onderpand in zijn geheel te verkopen en over te dragen. Zo was bijvoorbeeld enkel de eerste hypotheekhouder gerechtigd het bezwaarde goed te verkopen en over te dragen. Latere hypotheekhouders konden het bezwaarde goed slechts opeisen door middel van de *actio Serviana*, maar zij waren niet gerechtigd het goed te executeren. Hetzelfde onderscheid deed zich ook gelden in het geval waarin de zekerheidsnemer overleed met achterlating van verschillende erfgenamen. Het zekerheidsrecht strekte tot zekerheid van iedere erfgenaam. Iedere erfgenaam had dan ook een *actio Serviana in solidum*. De bevoegdheid om het onderpand te executeren kwam echter slechts aan de erfgenamen gezamenlijk toe. In het vervolg van deze paragraaf worden twee teksten besproken, waaruit blijkt dat het zekerheidsrecht in de boedel viel en dat de rechter in de boedelscheidingsprocedure op twee verschillende manieren een einde kon maken aan de situatie dat het zekerheidsrecht gemeenschappelijk was. Voordat deze twee teksten worden besproken zal echter eerst D. 13,7,11,4 worden besproken, aangezien deze tekst een inbreuk lijkt te behelsen op de regel dat het gehele onderpand tot zekerheid van de gehele verzekerde vordering diende. Bovendien blijkt uit D. 13,7,11,4 indirect dat de erfgenamen van de zekerheidsnemer slechts gezamenlijk gerechtigd waren het onderpand te executeren.

125 Berger, *Teilungsklagen*, p. 56, n.1; Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 40 en Sirks, 'Pluralité', p. 315-316.
126 Out, Accessoiriëteit, p. 136 e.v. en Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', p. 475 e.v.

Het executierecht van de erfgenamen van de zekerheidsnemer (D. 13,7,11,4)

Uit C. 8,31(32),1 blijkt dat het zekerheidsrecht tot zekerheid diende van iedere erfgenaam van de zekerheidsnemer. In de constitutie wordt niet gerept over het executierecht van de erfgenamen. Eerder is betoogd dat de erfgenamen van de zekerheidsnemer het executierecht slechts gezamenlijk konden uitoefenen. In principe hoefde dit geen problemen op te leveren. De vorderingen van de erfgenamen waren tegelijk opeisbaar en ze wilden dus waarschijnlijk op hetzelfde moment overgaan tot executie. Er konden zich echter complicaties voordoen wanneer de schuldenaar één van de erfgenamen van de zekerheidsnemer had betaald. In de volgende Digestentekst bespreekt Ulpianus een dergelijk geval.[127]

> D. 13,7,11,4 'Als er verschillende erfgenamen van een schuldeiser zijn en aan één van hen wordt diens aandeel in de vordering betaald, dan behoren de andere erfgenamen geen onrecht te worden aangedaan; zij kunnen derhalve het gehele landgoed verkopen, nadat ze aan de schuldenaar hebben aangeboden, wat hij aan hun mede-erfgenaam heeft betaald: deze beslissing is niet onredelijk.'[128]

De feiten van de casus waren als volgt. Een schuldeiser had ter verzekering van zijn vordering een zekerheidsrecht op een landgoed (*fundus*) van de schuldenaar verkregen.[129] Voordat de schuld was voldaan overleed de schuldeiser-zekerheidsnemer met achterlating van verschillende erfgenamen. De vordering van de erflater op de schuldenaar werd volgens de twaalftafelregel *nomina sunt ipso iure divisa* verdeeld over de erfgenamen.[130] Iedere erfgenaam verkreeg dus een zelfstandige vordering op de schuldenaar van de erflater. Nadien betaalde de schuldenaar aan één van de erfgenamen diens deel van de vordering (*uni ex his pars eius solvatur*). De vorderingen van de overige erfgenamen (*ceteri heredes*) van de schuldeiser werden niet door de schuldenaar voldaan. Zodra de schuldenaar in verzuim verkeerde wilden de niet-betaalde

127 Zie over deze tekst Berger, *Teilungsklagen* p. 56-57; Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 40-41; Van Kralingen, 'Tekst & Uitleg D. 13,7,11,4', p. 55-62; Out, *Accessoiriëteit*, p. 136-139; Schulz, *Einführung*, p. 98-99; Sirks, 'Pluralité', p. 315-316; Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', p. 475-477 en M. Wimmer, 'D. 13,7,11,4 (Ulp. ad ed.): Ungeteilte Pfandhaftung und Schuldnerschutz', *ZSS* 121 (2004), p. 359-362.

128 D. 13,7,11,4 (Ulpianus) '*Si creditori plures heredes exstiterint et uni ex his pars eius solvatur, non debent ceteri heredes creditoris iniuria adfici, sed possunt totum fundum vendere oblate debitori eo, quod coheredi eorum solvit: quae sententia non est sine ratione*.'

129 In D. 13,7,11,4 wordt nergens van *pignus* of *hypotheca* gesproken. Er wordt slechts gesteld dat de erfgenamen het gehele landgoed (*totum fundum*) van de schuldenaar kunnen verkopen. Hieruit en uit de plaatsing van het fragment in Ulpianus' 28e boek op het edict en in titel D. 13,7 kan worden afgeleid dat er ter verzekering van de vordering van de erflater een zekerheidsrecht is gevestigd op het landgoed van de schuldenaar. Uit de tekst wordt niet duidelijk wie in het bezit is van het in zekerheid gegeven landgoed.

130 Zie C. 2,3,26 (Diocletianus en Maximianus, a. 294); C. 8,31,1 (Valerianus en Gallienus, a. 257) en C. 8,31,2 (Diocletianus en Maximianus, a. 294).

erfgenamen het zekerheidsrecht uitoefenen en het gehele landgoed verkopen en overdragen. Deze niet-betaalde erfgenamen moest volgens Ulpianus geen onrecht worden aangedaan (*non debent ceteri heredes creditoris iniuria adfici*). Zij konden daarom inderdaad het landgoed in het geheel verkopen (*possunt totum fundum vendere*). Tot zover biedt het fragment geen verrassingen. Omdat nog niet alle vorderingen van de erfgenamen waren voldaan en deze erfgenamen een zekerheidsrecht hadden, konden de niet-betaalde erfgenamen overgaan tot uitoefening van het zekerheidsrecht. Ulpianus voegt daar echter aan toe dat de niet-betaalde erfgenamen het landgoed pas konden verkopen *nadat* ze de schuldenaar hadden aangeboden wat deze aan hun mede-erfgenaam had betaald (*oblato debitori eo, quod coheredi eorum solvit*). Ulpianus motiveert zijn beslissing ten slotte aan het einde van dit fragment vrij beknopt met de stelling dat het geen onjuiste beslissing is (*quae sententia non est sine ratione*).[131]

De voorwaarde, dat de erfgenamen ten behoeve van de executie de schuldenaar een bepaald bedrag aanbieden, lijkt een inbreuk te maken op de regel dat het gehele onderpand voor de resterende schuld kon worden verkocht. Immers, ook voor de resterende schuld zouden de erfgenamen het bezwaarde landgoed moeten kunnen executeren. D. 13,7,11,4 is vanwege deze schijnbare tegenstelling met de ondeelbaarheid in de literatuur aangegrepen om verschillende theorieën over het lot van het zekerheidsrecht bij het overlijden van de zekerheidsnemer op te stellen. Onder andere is betoogd dat Ulpianus (of een Justiniaanse interpolator) niet vast hield aan de ondeelbaarheid van het pandrecht.[132] Volgens deze auteurs hadden de erfgenamen ieder een pandrecht verkregen op een onverdeeld aandeel (*pars pro indiviso*) in het landgoed. Dit heeft als consequentie dat de erfgenamen slechts gezamenlijk het landgoed konden verkopen en overdragen. Door het aanbieden van het bedrag dat door de schuldenaar was betaald, herstelden de erfgenamen het pandrecht op de gehele zaak en waren ze weer in staat het gehele landgoed te verkopen en over te dragen. Een andere voorgestelde oplossing voor het probleem is dat de erfgenamen wel een *actio Serviana in solidum* hadden, maar dat ze slechts gezamenlijk het pand konden executeren. Door het aanbieden van het geld aan de schuldenaar zou het gezamenlijke verkooprecht weer worden hersteld.[133]

De inbreuk op de ondeelbaarheid is echter schijn. De vraag is wat het bedrag was dat de erfgenamen aan de schuldenaar moesten aanbieden. Dit bedrag

131 Deze overweging wordt in de literatuur veelal geïnterpreteerd als een indicatie dat Ulpianus de voorliggende oplossing weliswaar niet onjuist acht, maar ook zeker niet optimaal. Zie bijvoorbeeld Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 41; Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', p. 477 en Out, *Accessoiriëteit*, p. 138. Met de zinsnede kan door Ulpianus ook worden aangegeven dat hij de mening van een andere jurist weergeeft, zie Berger, *Teilungsklagen*, p. 56 n.1.

132 Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 40-41 en Schulz, *Einführung*, p. 98.

133 Out, *Accessoiriëteit*, p. 138 en Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', p. 476.

moet het *superfluum* zijn geweest. Wanneer de niet-betaalde erfgenamen immers over wilden gaan tot executie van het landgoed, hoefden zij uit de verkoopopbrengst niet hun mede-erfgenaam te betalen, aangezien deze al was betaald door de schuldenaar. Er was dus met andere woorden altijd een *superfluum* waarop de schuldenaar recht had, namelijk het bedrag dat de schuldenaar al had betaald aan één van de erfgenamen. Het feit dat de erfgenamen die wilden overgaan tot executie het bedrag vóór de executie moesten aanbieden (*offerre*) wil niet zeggen dat het niet het *superfluum* was.[134] Ten eerste betekent *offerre* niet alleen 'betalen', maar ook 'aanbieden'.[135] De erfgenamen hoefden het bedrag dus niet noodzakelijkerwijs vóór executie uit eigen zak te betalen, maar konden het bedrag ook, al dan niet met zekerheidstelling, aanbieden middels een stipulatie. Ten tweede betreft het zelfs wanneer de erfgenamen het bedrag vooraf uit eigen zak zouden hebben betaald het *superfluum*. Dit bedrag werd dan immers bij de schuld van de schuldenaar opgeteld. De erfgenamen konden dan ook voor dat bedrag het landgoed executeren. Nu er dus is vastgesteld dat de erfgenamen in feite het *superfluum* moesten aanbieden, luidt de volgende vraag *waarom* de executerende erfgenamen dit moesten aanbieden.

Normaal gesproken werd het *superfluum* na executie en voldoening van de zekerheidsnemer opgeëist met de *actio pigneraticia* (*directa*).[136] In dit geval deed zich echter een bijzondere situatie voor. Kon de schuldenaar, nu de pandhouder verschillende erfgenamen had, bij alle erfgenamen het *superfluum* opeisen? Het antwoord luidt ontkennend. De *actio pigneraticia* was namelijk gedeeld en de schuldenaar moest derhalve iedere erfgenaam *pro parte qua heres* ('voor het deel waarvoor hij erfgenaam is') aanspreken. Dit is eenvoudig in te zien, wanneer het andere doel waarvoor de *actio pigneraticia* kon worden ingesteld in ogenschouw wordt genomen. Met de *actio pigneraticia* kon namelijk ook de bezwaarde zaak worden opgeëist, wanneer de schuld waarvoor de zaak was bezwaard was afgelost. In het geval waarin de pandhouder overleed met achterlating van verschillende erfgenamen, ontstonden er verschillende vorderingen die waren verzekerd met een pandrecht. Stel dat één van de erfgenamen de bezwaarde zaak onder zich had en dat de schuldenaar de vordering van die schuldeiser betaalde, dan kon de schuldenaar de bezwaarde zaak van díe erfgenaam opeisen met de *actio pigneraticia*. De vordering van die schuldeiser was immers geheel betaald en de betaalde erfgenaam had dus geen recht meer om de zaak onder zich te houden.[137] De erfgenaam die nog

134 Anders Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', p. 477 n. 141.
135 Heumann en Seckel, s.v. 'offerre'.
136 D. 13,7,24,2 (Ulpianus) en Kaser, *RP I*, § 111, p. 471.
137 Vergelijk de *formula* van de *actio pigneraticia directa* (zie boven) waar als voorwaarde voor de veroordeling wordt gesteld dat de vordering moet zijn betaald ('*eamque pecuniam solutam*') en D. 13,7,9,3 (Ulpianus).

niet was betaald door de schuldeiser kon vervolgens de zaak weer opeisen met de *actio Serviana* van de schuldenaar. Zij hadden immers nog een vordering die was verzekerd met een hypotheek. Wanneer de schuldenaar vervolgens de vordering van de bezittende erfgenaam betaalde, kon hij van die erfgenaam de bezwaarde zaak ook weer met een *actio pigneraticia* opeisen. Voordat de bezwaarde zaak werd geëxecuteerd waren er dus (in potentie) verschillende *actiones pigneraticiae*. Dit betekent dat de erfgenamen van de zekerheidsnemer naar verhouding van hun erfdelen met de *actio pigneraticia* moesten worden aangesproken.[138] Zulks gold niet alleen vóór een eventuele executie van de zaak, maar ook – en dit is relevant voor D. 13,7,11,4 – *nadat* de zaak was geëxecuteerd. Aangezien de *actio pigneraticia* vóór executie was verdeeld, was zij niet automatisch na de executie weer samengevoegd in de zin dat de schuldenaar iedere erfgenaam met de *actio pigneraticia* kon aanspreken tot betaling van het gehele *superfluum*. Dit betekent dat de schuldenaar na executie de erfgenamen naar verhouding van hun erfdeel moest aanspreken met de *actio pigneraticia*. Als er verschillende erfgenamen waren was iedere erfgenaam slechts voor een bepaald deel van het *superfluum* aansprakelijk en moest de schuldenaar dus iedere erfgenaam afzonderlijk aanspreken, opdat hij het volledige *superfluum* verkreeg waar hij recht op had. Dit was een onpraktische consequentie voor de schuldenaar van de deling van de *actio pigneraticia*. Bovendien droeg hij ook nog het insolventierisico van al de verschillende erfgenamen die hij moest aanspreken. De casus van D. 13,7,11,4 heeft betrekking op dit probleem.[139] Toen de schuldenaar werd aangesproken door de niet-betaalde erfgenamen met de *actio Serviana* heeft hij voorgesteld dat de erfgenamen hem het *superfluum* (wat al was gerealiseerd door betaling van de ene erfgenaam) zouden aanbieden. Waarschijnlijk moet dit zo worden opgevat dat de erfgenamen ieder afzonderlijk de verplichting op zich namen om het hele *superfluum* te zullen betalen. Op deze manier werd dus voorkomen dat de schuldenaar iedere erfgenaam afzonderlijk moest aanspreken met de *actio pigneraticia* tot betaling van een deel van het *superfluum*.

Dit vastgesteld hebbende, blijkt dat D. 13,7,11,4 niet in strijd is met de regel dat het zekerheidsrecht tot verhaal van de resterende vordering op het gehele onderpand kan worden uitgeoefend. De tekst is in het *ius commune*, zoals in hoofdstuk 3 en 4 zal blijken, ook altijd gelezen als een bevestiging dat ook bij verdeling van de verbintenis aan de actieve zijde van de zekerheidsverhouding het gehele onderpand nog steeds tot zekerheid strekte van de gehele oorspronkelijk verzekerde vordering. De erfgenamen konden het gehele bezwaarde landgoed immers nog steeds verkopen en overdragen, zij het dat ze de schuldenaar tegemoet moesten komen. Die tegemoetkoming was wellicht niet noodzakelijk, maar het was ook niet – zoals Ulpianus aan het slot stelt –

138 Evenals de erfgenamen van de bruiklener, zie D. 13,6,3,3 (Ulpianus).
139 De tekst staat dan ook in titel D. 13,7 *De pigneraticia actione vel contra*.

onredelijk om op deze wijze de nadelige gevolgen van de deling van de *actio pigneraticia* te mitigeren.

Een vuistpand in de boedel (D. 10,2,29)

Een manier waarop een einde kon komen aan de situatie van een gemeenschappelijk zekerheidsrecht van de erfgenamen van de zekerheidsnemer was door het zekerheidsrecht gerechtelijk aan één van de erfgenamen te laten toewijzen. Wanneer een vuistpandhouder overleed met achterlating van verschillende erfgenamen moest het vuistpand volgens de jurist Paulus in de boedelscheidingsprocedure worden betrokken:[140]

> D. 10,2,29 'Als een zaak in pand is gegeven aan de overledene, moet gezegd worden dat het pand in de boedelscheidingsactie valt: maar degene aan wie het pand wordt toegewezen in de boedelscheidingsprocedure moet jegens zijn mede-erfgenaam tot betaling van zijn deel worden veroordeeld, maar zijn mede-erfgenaam hoeft geen garantie te geven dat hij hem vrijwaart jegens degene die de zaak in pand heeft gegeven, omdat het hiervoor zal worden gehouden alsof, nadat de hypothecaire actie of de Serviaanse actie is ingesteld, de *litis aestimatio* is aangeboden, zoals ook hij die de *litis aestimatio* heeft aangeboden tegen de revindicerende eigenaar moet worden beschermd met een exceptie. In het tegenovergestelde geval moet ook deze erfgenaam aan wie het pand is toegewezen gehoord worden wanneer hij wil dat de schuldenaar alles teruggeeft, ook al wil de schuldenaar dit niet. Hetzelfde kan niet worden gezegd als de schuldeiser het andere deel zal hebben gekocht: een toewijzing is immers noodzakelijk, een koop vrijwillig: tenzij wordt tegengeworpen aan de schuldeiser dat hij al te gretig heeft geboden. Maar hier zal rekening mee worden gehouden, omdat wat de schuldeiser heeft gedaan zo moet worden beoordeeld, alsof de schuldenaar door middel van een gemachtigde heeft gehandeld, en voor wat hij heeft besteed uit noodzaak, heeft de schuldeiser ook nog een actie.'[141]

140 Zie over D. 10,2,29 (Paulus) onder andere Berger, *Teilungsklagen*, p. 57-60; Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 43-48; Out, *Accessoiriëteit*, p. 145-155; Sirks, 'Pluralité', p. 311-312 en A. Wacke, 'Paulus Dig. 10,2,29: Zur Pfandadjudikation im Erbteilungsprozess', in *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München 1976, p. 499-532.

141 D. 10,2,29 (Paulus) '*Si pignori res data defuncto sit, dicendum est in familiae erciscundae iudicium venire: sed is cui adiudicabitur in familiae erciscundae iudicio pro parte coheredi erit damnandus nec cavere debet [coheredi] <coheres> indemnem eum fore adversus eum qui pignori dederit, quia pro eo erit, ac si hypothecaria vel serviana actione petita litis aestimatio oblata sit, ut et is qui optulerit adversus dominum vindicantem exceptione tuendus sit. Contra quoque si is heres, cui pignus adiudicatum est, velit <debitorem> totum reddere, licet debitor nolit, audiendus est. Non idem dici potest, si alteram partem creditor emerit: adiudicatio enim necessaria est, emptio voluntaria: nisi si obiciatur creditori, quod animose licitus sit. Sed huius rei ratio habebitur, quia quod creditor egit, pro eo habendum est ac si debitor per procuratorem egisset et eius, quod propter necessitatem impendit, etiam ultro est actio creditori.*"

Deze tekst van Paulus komt uit het drieëntwintigste boek van zijn commentaar op het edict, waarin de *actio finium regundorum*, *actio familiae erciscundae* en de *actio communi dividundo* worden besproken.[142] De tekst zoals weergegeven in Mommsens *Editio Maior* is beknopt en daarom moeilijk te begrijpen. Nu is dat voor een tekst van de Romeinse jurist Paulus niet uitzonderlijk: zijn wijze van uitdrukken staat bekend als moeilijk.[143] Zonder emendaties is D. 10,2,29 echter niet te begrijpen.[144] Om die reden zijn er vele emendaties van de tekst voorgesteld.[145] In onze weergave van de tekst zijn er twee emendaties ten opzichte van de tekst van Mommsens *Editio Maior* opgenomen. Ten eerste moet in de zin 'Sed is…cavere debet' 'coheres' in plaats van 'coheredi' worden gelezen en ten tweede moet in de zin 'Contra quoque…audiendus est' het woord <debitorem> na 'velit' worden gelezen.[146] Uit het vervolg van de hoofdtekst zal blijken waarom deze emendaties noodzakelijk zijn.[147]

De feiten van D. 10,2,29 waren als volgt. Twee erfgenamen van een vuistpandhouder troffen een bezwaarde zaak aan in de boedel.[148] De bezwaarde zaak moet volgens Paulus in de boedelscheiding worden betrokken. Dit behoeft een verklaring. Het doel van de boedelscheidingsactie was namelijk de gemeenschap op te heffen die tussen de erfgenamen bestond ten aanzien van zaken die zich in de boedel bevonden. Dit geschiedde door middel van het toescheiden van eigendom door de rechter (*adiudicatio*) aan één van de erfgenamen wanneer de zaak ondeelbaar was.[149] In de onderhavige tekst wordt echter

142 Lenel, *Palingenesia I*, coll. 1016.

143 Vergelijk 'Iulius Paulus' in *PW/RE*, Bd. 10.1, coll. 695 e.v. (Berger) en B. Kupisch, '*Id quod interest* bei Nichterfüllung und Verzug des Verkäufers (Pomp. D. 19,1,3,3 und Paul. D. 19,1,21,3)', *TvR* 43 (1975), p. 14-16 met verwijzingen naar literatuur over de waardering van de jurist Paulus en zijn werk.

144 Zie voor een (niet geheel geslaagde) poging D. 10,2,29 (Paulus) zonder emendaties te interpreteren A. Wacke, 'Paulus Dig. 10,2,29: Zur Pfandadjudikation im Erbteilungsprozess', in *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München 1976, p. 499-532.

145 Zie o.a. B. Kupisch, 'In Sachen Corpus iuris civilis – Text und Übersetzung' in *Festschrift zum 65. Geburtstag und zur Emeritierung von Professor Dr. Hans Kiefner*, Münster 1994, p. 225-230; Mayer-Maly, 'Ein Leitfall der Digesten zur Vindikation eines Pfandes in der Hand eines Dritten', *ZSS* 72 (1955), p. 347 e.v.; Schulz, *Einführung*, p. 98, n. 3 en Vanzetti, 'Il pegno su parte indivisa e le azioni divisorie', *BIDR* 73 (1970), p. 289 e.v.

146 Deze lezing wordt reeds in de *glossa ordinaria* genoemd, zie de glosse 'Contra' ad D. 10,2,29. Deze lezing wordt ook gevolgd door Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 44 en Kupisch, 'Text und Übersetzung', p. 225 en 227-228.

147 Een eventuele derde emendatie betreft de toevoeging van het woord 're' in de zinsnede '…ac si hypothecaria vel Serviana actione <re> petita litis aestimatio oblata sit…'. Deze emendatie is voorgesteld door onder andere Mommsen; Mayer-Maly, p. 355 en zie ook Kupisch, 'Text und Übersetzung', p. 225. Voor de interpretatie van de tekst maakt de emendatie niet veel verschil, dus laten wij deze emendatie achterwege.

148 Dat het om een vuistpand gaat, volgt niet alleen uit de woorden '*pignori res data*' en '*qui pignori dederit*', maar ook uit het feit dat het in de boedelscheidingsprocedure moet worden betrokken, zie ook Wacke, 'Pfandadjudikation', p. 505.

149 Kaser, *RP I*, § 179, p. 728.

niet de eigendom van het vuistpand aan één van de erfgenamen toegewezen; de schuldenaar behoudt immers de mogelijkheid het pand te lossen.[150] Wat werd er dan toegescheiden in de boedelverdeling? Waarschijnlijk niet het zekerheidsrecht. Dit was namelijk accessoir aan de vordering en kon dus niet zonder de vordering ter verzekering waarvan het was gevestigd worden toegescheiden.[151] Dit betekent dat het *bezit* van het vuistpand door de rechter in het boedelscheidingsvonnis aan één van de erfgenamen werd toegewezen. Dit is voor de hand liggend aangezien het bezit van de vuistpandhouder na het overlijden van de pandhouder niet automatisch door de erfgenamen werd voortgezet. Het vuistpand viel daarentegen in de boedel. Wanneer het vuistpand zich in de boedel bevond was geen van beide erfgenamen bezitter; er was een bezitloze situatie (*vacua possessio*).[152] Vandaar dat het bezit van het vuistpand aan één van de erfgenamen moest worden toegewezen, zodat de bezittende erfgenaam kon overgaan tot executie wanneer de vordering opeisbaar was.[153]

Nadat Paulus heeft vastgesteld dat het vuistpand aan één van de erfgenamen moest worden toegedeeld, wordt door Paulus nog een ander element van de *adiudicatio* genoemd.[154] In de *adiudicatio* werden ook eventuele vorderingen van de erfgenamen op elkaar verrekend door middel van een rechterlijke veroordeling (*condemnatio*) van de erfgenaam die was overbedeeld tot betaling van een bepaalde geldsom aan zijn mede-erfgenaam.[155] In D. 10,2,29 werd de erfgenaam die het bezit kreeg toegewezen veroordeeld tot een *condemnatio pro parte* jegens zijn mede-erfgenaam. Aangezien erfgenaam A het bezit van de zaak kreeg toegewezen, kon A het vuistpand executeren en zijn vordering

150 Vgl. voor de *actio communi dividundo* D. 10,3,7,12 (Ulpianus). Ook de lager gerangschikte zekerheidsnemer kon niet de eigendom van het pand van de hoger gerangschikte zekerheidsnemer kopen, zie D. 20,5,5,1 (Marcianus); Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 45 en Wacke, 'Pfandadjudikation', p. 510-511.

151 Een toewijzing van enkel het pandrecht komt in de bronnen niet voor, zie Wacke, 'Pfandadjudikation', p. 510.

152 Volgens Out werd het vuistpand in de boedelscheiding betrokken vanwege een executiegeschil tussen beide erfgenamen, zie Out, *Accessoiriëteit*, p. 146. De veronderstelling die hieraan ten grondslag ligt is dat de erfgenamen het pand gezamenlijk moeten executeren.

153 Vanwege het feitelijke karakter van bezit in het Romeinse recht was het niet mogelijk om het bezit aan beide erfgenamen toe te delen, zie D. 41,2,3,5 (Paulus) en D. 13,6,5,15 (Ulpianus). Wacke gaat er wel vanuit dat er sprake is van medebezit van de erfgenamen, zie Wacke, 'Pfandadjudikation', p. 505.

154 Wacke vraagt zich af of de ondeelbaarheid van het pandrecht niet in de weg staat aan het betrekken van het vuistpand in de boedelscheidingsprocedure, zie Wacke, 'Pfandadjudikation', p. 505. Dat is echter niet het geval. De ondeelbaarheid van het pandrecht heeft als gevolg dat het pand voor de vorderingen van beide erfgenamen is verbonden en dat beide erfgenamen de zaak kunnen executeren indien de vorderingen opeisbaar zijn. Wanneer de vorderingen nog niet opeisbaar zijn moet het vuistpand aan één van de erfgenamen worden toegedeeld om eventuele executieproblemen in de toekomst te voorkomen.

155 Kaser, *RP I*, § 179, p. 728; Kaser/Hackl, *RZ*, § 45 p. 319 en § 50, p. 345-346.

op de schuldenaar uit de verkoopopbrengst voldoen. Erfgenaam B was in dat geval benadeeld aangezien hij voor zijn vordering niet meer het pand kon executeren.[156] Vandaar dat de bezittende erfgenaam hem schadeloos moest stellen.[157] Vervolgens geeft Paulus aan dat de bezittende erfgenaam jegens de andere erfgenaam geen zekerheid hoefde te stellen voor het geval de niet-bezittende erfgenaam werd aangesproken door de zekerheidsgever. Dit spreekt voor zich aangezien deze erfgenaam niet met de revindicatie kan worden aangesproken, noch met de *actio pigneraticia directa*. De revindicatie van de pandgever had geen kans van slagen, aangezien hij het vuistpand niet in zijn bezit had en de *actio pigneraticia* van de pandgever had geen kans van slagen, omdat het de niet-bezittende erfgenaam niet kon worden aangerekend dat hij het vuistpand niet meer bezat.[158] Vanwege de vanzelfsprekendheid van het feit dat de niet-bezittende erfgenaam niet kon worden aangesproken door de schuldenaar is ook voor dit gedeelte van de tekst een andere lezing voorgesteld. Zo stelt de glosse – met een impliciete aanname van een subjectwisseling – dat de *niet-bezittende erfgenaam* geen zekerheid hoefde te stellen.[159] Inderdaad sluit in deze lezing van de tekst de vergelijking die volgt (*quia pro…tuendus sit*) veel beter aan. Paulus vergelijkt daar een derdebezitter die door de zekerheidsgerechtigde met de *actio Serviana* was aangesproken en die de *litis aestimatio* aan de pandhouder had aangeboden met de bezittende erfgenaam van D. 10,2,29.[160] Zowel de bezittende erfgenaam als de derdebezitter kon zich verweren tegen de revindicatie van de eigenaar, zolang de laatste niet de *litis aestimatio* had vergoed. De analogie heeft betrekking op het feit dat in beide gevallen degene die de *litis aestimatio* heeft betaald aan de opeisende pandhouder met een exceptie werd beschermd tegen de revindicerende eigenaar. Het was namelijk doleus van de pandgever om de zaak op te eisen, zonder de bezitter die de *litis aestimatio* heeft betaald te compenseren. Dat zou een ongerechtvaardigde verrijking van de pandgever opleveren,

156 Hij kon weliswaar nog steeds de *actio Serviana* (*in solidum*) instellen tegen de erfgenaam die het vuistpand onder zich had, maar die actie kon door de bezittende erfgenaam worden afgeweerd met de *exceptio* '*Si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset*', zie D. 20,1,10 (Ulpianus).

157 De *condemnatio pro parte* van de erfgenaam aan wie het bezit werd toegewezen hield in dat hij de *vordering* van zijn mede-erfgenaam moest betalen en niet de helft van de waarde van het vuistpand aangezien in het laatste geval de betaalde erfgenaam meer zou krijgen dan waar hij recht op had, zie D. 10,3,7,12 (Ulpianus); glosse 'Pro parte' ad D. 10,2,29 en Wacke, 'Pfandadjudikation', p. 506-507.

158 De pandhouder was niet aansprakelijk voor *vis maior* en dus ook niet voor het feit dat de rechter het vuistpand aan zijn mede-erfgenaam had toegedeeld, zie D. 13,7,13,1 (Ulpianus); D. 50,17,167,1 (Paulus); D. 50,17,169 *pr*. en Wacke, 'Pfandadjudikation', p. 511.

159 Zie de glosse 'Nec cavere debet' ad D. 10,2,29. Wij zullen op deze kwestie niet verder ingaan, aangezien er in beide gevallen *geen* zekerheid hoeft te worden gesteld, zie in die zin ook Wacke, 'Pfandadjudikation', p. 512.

160 Voor een afwijkende interpretatie van de vergelijking, zie Wacke, 'Pfandadjudikation', p. 513-518.

vandaar dat de bezitter een *exceptio doli* kon opwerpen.[161] Ook de bezittende erfgenaam van D. 10,2,29 kon zich verweren tegen de revindicatie van de eigenaar, zolang de laatste niet de kosten vergoedde die de bezittende erfgenaam had gemaakt om het vuistpand te verwerven. De bezittende erfgenaam had een *exceptio doli* en om die reden hoefde de niet-bezittende erfgenaam geen zekerheid te stellen.

Na de vergelijking bespreekt Paulus het tegenovergestelde geval (*Contra quoque si is heres, cui pignus adiudicatum est, velit <debitorem> totum reddere, licet debitor nolit, audiendus est.*) van de bezittende erfgenaam die de schuldenaar aanspreekt tot vergoeding van zijn kosten. De bezittende erfgenaam wilde dat de schuldenaar alles zou teruggeven (*totum reddere*), wat wil zeggen dat hij zowel zijn vordering als zijn kosten door de schuldenaar vergoed wil krijgen. De bezittende erfgenaam heeft immers kosten gemaakt door zijn mede-erfgenaam af te betalen. Doordat de vordering van de mede-erfgenaam door de betaling teniet was gegaan, kon de bezittende erfgenaam niet het pandrecht uitoefenen voor die kosten. Paulus had al aangegeven dat hij het pand onder zich kon houden, totdat de schuldenaar alles had vergoed. Nu geeft hij aan dat de bezittende erfgenaam deze kosten met een actie kon opvorderen van de schuldenaar. De actie die de bezittende erfgenaam daarvoor tot zijn beschikking had was waarschijnlijk de *actio pigneraticia contraria*.[162] De bezittende erfgenaam kon dus niet alleen zijn vordering op de schuldenaar verhalen, maar ook alle kosten die hij had gemaakt om het vuistpand te verwerven. Paulus voegt daar nog enkele verklarende opmerkingen aan toe. Ten eerste stelt hij dat de schuldenaar de gemaakte kosten niet hoefde te vergoeden wanneer de bezittende erfgenaam het andere deel (*altera pars*) had gekocht.[163] De rationale bestaat uit het feit dat een toewijzing noodgedwongen (*adiudicatio necessaria*) en een koop vrijwillig (*emptio voluntaria*) was. Hier kan uit worden afgeleid dat er in D. 10,2,29 geen sprake was van cessie. De bezittende erfgenaam *kocht* niet de vordering van zijn mede-erfgenaam, want in dat geval zou de bezittende erfgenaam zonder meer het pandrecht voor beide vorderingen hebben kunnen uitoefenen. Dit zou een aanzienlijk eenvoudigere oplossing zijn voor het probleem van verschillende schuldeisers die een zekerheidsrecht van gelijke rang hebben (zie onder). In D. 10,2,29 werd slechts het bezit van het vuistpand toegewezen, zonder dat de bezittende erfgenaam cessionaris werd van de vordering van zijn mede-erfgenaam. Verder kan uit Paulus' toelichting worden afgeleid dat

161 Zie D. 13,7,28 *pr.* (Ulpianus); D. 6,1,65 *pr.* (Papinianus).

162 Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 46. De glosse verwerpt echter uitdrukkelijk de mogelijkheid van een *actio pigneraticia contraria*: '*quia in rem conservandam, vel reficiendam nihil est impensum*…' ('Omdat er geen kosten zijn gemaakt voor het behouden of het herstellen van de zaak'). De glosse stelt dat de bezittende erfgenaam de *actio negotiorum gestorum* moet instellen, zie de glosse 'Contra' ad D. 10,2,29.

163 Dat wil zeggen het andere deel van de (oorspronkelijke) vordering, want het vuistpand heeft geen delen, zie Wacke, 'Pfandadjudikation', p. 521.

de bezittende erfgenaam de kosten die hij had gemaakt niet (allemaal) kon verhalen wanneer het vuistpand door de bezittende erfgenaam zou zijn gekocht, omdat een koop vrijwillig was en een *adiudicatio* noodzakelijk. De veroordeling van de bezittende erfgenaam tot betaling van zijn mede-erfgenaam was inderdaad noodzakelijk, in die zin dat hij ertoe werd veroordeeld door de rechter in de boedelscheidingsprocedure. De kosten die hij had gemaakt in de boedelscheidingsprocedure kon hij dan ook verhalen op de schuldenaar. Door de vordering van zijn mede-erfgenaam te betalen had hij immers kosten gemaakt die door de schuldenaar moesten worden gedragen. Dit in tegenstelling tot de situatie wanneer de bezittende erfgenaam de zaak had gekocht, want dan had hij vrijwillig de kosten gemaakt.

Vervolgens nuanceert Paulus echter zijn eerste onderscheid tussen verhaal van de kosten op de schuldenaar bij koop (*emptio*) en toewijzing (*adiudicatio*). Hij stelt dat zelfs wanneer er sprake is van een toewijzing niet in *alle* gevallen *alle* kosten die de bezittende erfgenaam had gemaakt door de schuldenaar hoefden te worden vergoed. Bijvoorbeeld niet in het geval waarin de schuldenaar tegenwierp dat de bezittende erfgenaam te gretig had geboden: *nisi si obiciatur creditori, quod animose licitus sit*. In de literatuur wordt wel gesteld dat de zin niet goed aansluit op de direct voorafgaande zin (*Non idem dici potest, si alteram partem creditor emerit: adiudicatio enim necessaria est, emptio voluntaria*) en dat de *nisi*-zin dan ook niet op de direct voorafgaande zin betrekking heeft.[164] De zin sluit echter wel degelijk aan op wat daaraan voorafgaat. Paulus heeft namelijk de situatie tijdens de boedelscheidingsprocedure op het oog. Tijdens de procedure voor de rechter kon er waarschijnlijk door de erfgenamen op de zaken in de boedel worden geboden.[165] De erfgenaam die de zaak om een bepaalde reden het liefst wilde hebben en dus het meeste bood, kreeg de zaak toegedeeld.[166] Wanneer een erfgenaam te gretig bood, kon hij volgens Paulus niet die kosten verhalen op de schuldenaar. Dit sluit aan op het onderscheid dat Paulus in de zin daarvoor heeft gemaakt, namelijk het onderscheid tussen vrijwillige en noodzakelijke kosten. Ook in het geval van een *adiudicatio* die *in principe* noodzakelijk (*necessaria*) was, moet er volgens Paulus onderscheid worden gemaakt tussen gevallen waarin de kosten van de *adiudicatio* voor de bezittende erfgenaam noodzakelijk waren en gevallen waarin de kosten niet noodzakelijk waren, zoals in het geval wanneer de erfgenaam te gretig had geboden. In dat laatste geval kon de schuldenaar de

164 Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 47 en Wacke, 'Pfandadjudikation', p. 522-523.

165 Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 44.

166 Een erfgenaam zou bijvoorbeeld nog een andere, onverzekerde vordering op de schuldenaar van zijn erflater kunnen hebben en door middel van een Gordiaans retentierecht willen afdwingen dat de schuldenaar ook die vordering betaalt, zie C. 8,26,1,2 (Gordianus, a. 239). Hierbij dient overigens opgemerkt te worden dat Paulus niet aan het Gordiaans retentierecht kan hebben gedacht, aangezien Paulus' edictscommentaar aan het eind van de 2e eeuw na Christus is voltooid, zie Wacke, 'Pfandadjudikation', p. 522 n. 108.

vordering van de bezittende erfgenaam dat hij alle verwervingskosten moest betalen afweren.

Paulus baseert de vordering van de bezittende erfgenaam dus op het onderscheid tussen noodzakelijk en vrijwillig gemaakte kosten om het vuistpand te verwerven. Dit blijkt ook uit het laatste deel van de tekst, waar door Paulus wordt aangegeven dat de bezittende erfgenaam een actie had tegen de pandgever voor de kosten die hij heeft gemaakt *propter necessitatem* (uit noodzaak). De bezittende erfgenaam wordt door Paulus vergeleken met een *procurator*. De kosten die hij heeft gemaakt zijn immers in het belang van de schuldenaar en behoren ook door de schuldenaar te worden gedragen.[167] De vraag rijst vervolgens *welke* actie de bezittende erfgenaam had tegen de schuldenaar. Er kan worden gedacht aan een *actio negotiorum gestorum contraria*[168] of een *actio pigneraticia contraria*.[169] Wellicht konden beide acties worden ingesteld. Uiteindelijk is vooral relevant dat de bezittende erfgenaam een actie had.

Overigens blijkt hier weer dat er geen sprake was van een cessie van de vordering van de ene erfgenaam op de andere erfgenaam. In dat geval kon de bezittende erfgenaam namelijk voor die kosten het pandrecht uitoefenen. De mogelijkheid van cessie van de vordering aan één erfgenaam blijkt wel uit tenminste één andere tekst in de Digesten.

Cessie van de verzekerde vordering in de boedelscheidingsprocedure (D. 20,5,11)

Een andere mogelijkheid om de executieproblemen na het overlijden van de zekerheidsnemer met achterlating van verschillende erfgenamen op te lossen, bestond uit het in het *geheel* toewijzen van de verzekerde vordering bij de boedelverdeling aan één van de erfgenamen.

> D. 20,5,11 'De scheidsrechter die de nalatenschap verdeelde, heeft, nadat hij de lichamelijke zaken had verdeeld, ook de vorderingen op de gemeenschappelijke schuldenaren afzonderlijk en in het geheel aan individuele erfgenamen toegedeeld: er werd gevraagd of iedere erfgenaam het pand voor het geheel kan verkopen

167 Volgens verschillende auteurs is de betaling van de bezittende erfgenaam aan zijn mede-erfgenaam slechts in zijn eigen belang en moet het gedeelte over de schuldeiser als procurator van de schuldenaar daarom wel zijn geïnterpoleerd, zie o.a. Mayer-Maly, p. 349-356; H. Siber, *Die Passivlegitimation bei der Rei Vindicatio als Beitrag zum Lehre von der Aktionenkonkurrenz*, Leipzig 1907, p. 113-119; E. Nardi, *Studi sulla ritenzione in diritto romano I: Fonti e casi*, Milaan 1947, p. 365 en Vanzetti, p. 319.

168 Glosse 'Contra' ad D. 10,2,29 en Nardi, p. 372 e.v.

169 Bachofen, *Pfandrecht*, p. 206; Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 46 en zie Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', p. 523-525.

wanneer de schuldenaren in verzuim zijn. Ik heb geantwoord dat iedere erfgenaam dat kan.'[170]

Normaal gesproken werden in het boedelscheidingsproces alleen de lichamelijke zaken tussen de erfgenamen verdeeld.[171] In D. 20,5,11 wordt echter ook een verdeling gemaakt van de vorderingen.[172] Dit was in het Romeinse recht niet nodig, omdat de vorderingen van rechtswege werden verdeeld over de erfgenamen.[173] In het geval waarin de vordering op een schuldenaar was verzekerd met een zekerheidsrecht was het in verband met executieproblemen, zoals we hierboven hebben laten zien, niet wenselijk dat de vordering tussen de erfgenamen werd verdeeld. In de casus van D. 20,5,11 werden de verzekerde vorderingen dan ook *in het geheel* aan afzonderlijke erfgenamen toegedeeld. De toewijzing van de vorderingen was juridisch gezien een cessie van de vorderingen van de mede-erfgenamen aan de erfgenaam aan wie de vordering werd toegewezen. Degene die de vordering in het geheel kreeg toegewezen was de cessionaris[174] van de vorderingen die door de Twaalftafelregel waren verdeeld en strengrechtelijk aan zijn mede-erfgenamen toekwamen.[175] Nadat aldus was geschied in het boedelscheidingsproces (*iudicium familiae erciscundae*) werd de vraag aan Scaevola voorgelegd of ieder van de erfgenamen het pand kon executeren, wanneer de schuldenaren in gebreke bleven. Scaevola heeft deze vraag bevestigend beantwoord. Iedere erfgenaam had immers een vordering die was verzekerd met een zekerheidsrecht. Het feit dat deze vraag werd opgeworpen toont aan dat het niet vanzelfsprekend was dat een erfgenaam zelfstandig het bezwaarde goed kon overdragen.[176]

2.7 Conclusie

Nadat zich in het Romeinse recht beperkte zakelijke zekerheidsrechten op andermans zaak hadden ontwikkeld (*pignus* en *hypotheca*), rees de vraag of

170 D. 20,5,11 (Scaevola) '*Arbiter dividendae hereditatis cum corpora hereditaria divisisset, nomina quoque communium debitorum separatim singulis in solidum adsignavit: quaesitum est, an debitoris cessantibus pro solido pignus vendere quisque potest. Respondi posse.*' Zie ook D. 20,5,14 (Scaevola) uit het zesde boek van Scaevola's Digesten, waarin met iets andere bewoordingen hetzelfde probleem wordt besproken.

171 Vorderingen en schulden vielen niet onder de boedelscheidingsprocedure, zie Kaser, *RP I*, § 179, p. 729.

172 Zie over D. 20,5,11 (Scaevola) Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 43; Out, *Accessoiriëteit*, p. 144-145 en Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', p. 474-475.

173 Zie D. 10,2,2,5/4 *pr.* (Ulpianus) en D. 10,2,25,1 (Paulus).

174 Dit impliceert géén overgang van het vorderingsrecht.

175 Zie Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 44 die vanwege het feit dat het leerstuk van cessie niet goed was ontwikkeld in het Romeinse recht aanneemt dat deze oplossing niet vaak werd toegepast.

176 Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', p. 474 e.v.

de zekerheidsnemer nog steeds zijn zekerheidsrecht op het gehele onderpand kon uitoefenen wanneer een gedeelte van de schuld was voldaan. Het antwoord luidde kort gezegd dat een zekerheidsnemer, zelfs wanneer een klein deel van de vordering nog niet was betaald, nog steeds de gehele bezwaarde zaak onder zich kon houden wanneer het een vuistpandrecht betrof ofwel, wanneer het een bezitloos zekerheidsrecht betrof, kon opeisen en executeren. Dit is wat in het *ius commune* de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht werd genoemd.

Er zijn verschillende teksten die deze regel voor het Romeinse recht bevestigen. Wanneer een bepaald goed of een deel van een goed eenmaal rechtsgeldig was bezwaard met een pand- of hypotheekrecht, dan bleef dat goed volledig bezwaard totdat de gehele vordering was voldaan. De regel speelde dus geen rol bij de vestiging van een zekerheidsrecht. Hij ging ook op wanneer verschillende goederen voor dezelfde schuld in zekerheid waren gegeven. De rationale van deze regel moet dan ook niet zozeer gezocht worden in het feit dat het voor een zekerheidsnemer moeilijk was om een onverdeeld aandeel in een goed op te eisen en te executeren. De regel lijkt daarentegen te zijn gebaseerd op de uitleg van wat partijen waren overeengekomen. In twee teksten van de Romeinse jurist Paulus wordt een vergelijking gemaakt tussen de werking van een boetebeding en de werking van het zekerheidsrecht. Volgens Paulus diende een boetebeding zo te worden geïnterpreteerd dat de volledige boete opeisbaar werd als niet de volledige bedongen prestatie was gepresteerd. Op dezelfde wijze kon het zekerheidsrecht op het volledige onderpand worden uitgeoefend zolang nog niet de volledige vordering was betaald tot zekerheid waarvan het zekerheidsrecht was gevestigd. Het boetebeding en het zakelijke zekerheidsrecht waren dus niet proportioneel. De vraag was eenvoudigweg of er wel of niet was gepresteerd. Een 'deelprestatie' gold met betrekking tot het vervallen van het boetebeding en de gerechtigdheid tot uitoefening van het zekerheidsrecht als 'geen prestatie'. In het geval van een zekerheidsrecht was deze regel niet zonder meer nadelig voor de zekerheidsgever. Hij kon immers het overschot (*superfluum*) opeisen van de executerende zekerheidsnemer. Op die manier verkreeg de zekerheidsnemer nooit meer dan waar hij recht op had, namelijk het bedrag van de verzekerde vordering.

De regel dat de gehele schuld moest zijn voldaan, voordat het zekerheidsrecht teniet ging leidde tot vragen wanneer de verzekerde verbintenis werd verdeeld. Een dergelijke verdeling van de verbintenis vond plaats wanneer de de zekerheidsgever of de zekerheidsnemer overleed met achterlating van verschillende erfgenamen. In die gevallen werden op grond van de Twaalftafelregel '*nomina ipso iure divisa sunt*' de vordering en de schuld verdeeld over de erfgenamen. Daarmee werd de oorspronkelijke verbintenis dus gesplitst in verschillende onafhankelijke verbintenissen. Wanneer bijvoorbeeld de zekerheidsgever overleed met achterlating van verschillende erfgenamen waren de laatsten ieder persoonlijk slechts aansprakelijk voor een *deel* van de schuld tot zekerheid waarvan het zekerheidsrecht was gevestigd. De schuldeiser kon

van iedere erfgenaam slechts betaling van zijn deel van de verzekerde schuld vorderen. Een vraag die in dit verband rees was of de erfgenaam die zijn schuld had betaald een deel van het onderpand kon opeisen van de schuldeiser; de erfgenaam had immers 'zijn schuld' volledig voldaan. Uit verschillende teksten blijkt echter dat de regel werd betrokken op betaling van de gehele schuld *tot zekerheid waarvan het zekerheidsrecht oorspronkelijk was gevestigd*. De schuldeiser was dus gerechtigd de gehele verbonden zaak op te eisen met de *actio Serviana*, wanneer nog niet zijn gehele vordering was voldaan. De erfgenaam die werd aangesproken met de *actio Serviana* kon dan ofwel de gehele schuld van de erflater betalen, ofwel het bezwaarde goed afstaan. In het geval waarin de erfgenaam de hele schuld had betaald kon hij regres nemen op zijn mede-erfgenamen door middel van de boedelscheidingsactie (*actio familiae erciscundae*) of door middel van een actie uit zaakwaarneming (*actio negotiorum gestorum*). De erfgenaam was immers niet draagplichtig voor de gehele schuld van de erflater.

In het tegenovergestelde geval waarin de zekerheidsnemer overleed met achterlating van verschillende erfgenamen bleef het zekerheidsrecht eveneens tot zekerheid dienen van de gehele oorspronkelijk vordering van de erflater, ook al was deze vordering inmiddels verdeeld in verschillende vorderingen. Net als voordien de tot zekerheid strekkende zaken bij de rechtsfiguur van de *fiducia cum creditore*, viel het beperkte zekerheidsrecht in de boedel van de overleden zekerheidsnemer. Het zekerheidsrecht kwam dus gemeenschappelijk toe aan de verschillende erfgenamen van de zekerheidsnemer. Uit C. 8,31(32),1 blijkt dat het zekerheidsrecht in zijn geheel diende tot zekerheid van iedere erfgenaam. Hieruit kan worden afgeleid dat iedere erfgenaam gerechtigd was de bezwaarde zaak met de *actio Serviana* in zijn geheel (*in solidum*) op te eisen. De erfgenamen waren echter slechts gezamenlijk gerechtigd het onderpand te verkopen en over te dragen. Dit blijkt bijvoorbeeld uit D. 13,7,11,4, waarin Ulpianus stelt dat de erfgenamen die nog niet zijn betaald door de schuldenaar het bezwaarde goed mogen executeren. De situatie dat het zekerheidsrecht gemeenschappelijk was kon op twee manieren via een boedelscheidingsprocedure (*iudicium familiae erciscundae*) worden beëindigd. Ten eerste kon de rechter het zekerheidsrecht toewijzen aan één van de erfgenamen (D. 10,2,29) en ten tweede kon de rechter de verzekerde vordering in zijn geheel aan één van de erfgenamen toedelen (D. 20,5,11). In het laatste geval was de erfgenaam aan wie de gehele vordering was toegewezen gerechtigd het gehele onderpand te executeren, zo bepaalde Scaevola in D. 20,5,11. Het feit dat deze vraag aan Scaevola werd gesteld bevestigt indirect opnieuw dat in alle andere gevallen het onderpand slechts *door de erfgenamen gezamenlijk* kon worden verkocht en overgedragen.

3 *Ius commune I:* de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht bij de glossatoren en commentatoren

3.1 INLEIDING

Voor de bestudering van de historische wortels van het probleem van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht dient ook het middeleeuwse recht te worden bestudeerd. In de secundaire literatuur is dit nog niet eerder gedaan.

> Enkele algemene en weinig nauwkeurige opmerkingen over de glossatoren zijn te vinden in Wackes artikel 'Ungeteilte Pfandhaftung'. Zo stelt Wacke op p. 457 dat sinds de glosse in aansluiting op D. 20,5,8 de vraag wordt gesteld of de zekerheidsnemer bij de uitwinning tot verhaal van een kleine schuld de duurste zaak mag executeren, als hij een keuze heeft uit verschillende bezwaarde zaken. Deze vraag werd echter al voor Accursius door Azo gesteld. Bovendien werd de vraag niet gesteld in aansluiting op D. 20,5,8, maar in aansluiting op C. 8,27,6. Tot slot is het de vraag of dit probleem eigenlijk wel samenhangt met dat van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht (zie § 3.3). Op p. 483 stelt Wacke verder: 'Desgleichen empfinden die Glossatoren die *indivisa pignoris causa* offenbar noch nicht als Rechtsregel, obschon sie mit ihrem Inhalt vertraut sind.' Wacke geeft geen argumenten voor deze stelling. Zij is, zo niet onjuist, dan toch op zijn minst misleidend; uit het vervolg van de hoofdtekst zal blijken dat bijvoorbeeld Odofredus de rechtsregel '*pignoris causa individua est*' kende.

Het belang van de bestudering van de middeleeuwse juristen is gelegen in het feit dat zij de omvang waarin, en de wijze waarop, het Romeinse recht in de Europese rechtstraditie werd gerecipieerd hebben bepaald. Dit laat zich als volgt verklaren. Na de herontdekking van de Digesten in de 11e eeuw werden de verschillende onderdelen van Justinianus' wetgeving door de middeleeuwse juristen voor het eerst systematisch en in onderlinge samenhang bestudeerd. Zij maakten het complexe en omvangrijke wetgevingsproject van keizer Justinianus door middel van hun onderwijs en hun geschreven commentaren geschikt voor de rechtspraktijk. Zij waren daarin dermate succesvol dat hun rechtsgeleerde commentaren op het Corpus Iuris, in plaats van de teksten van het Corpus Iuris zelf, gezag kregen in de praktijk en de rechtswetenschap.[1] Dit 'geleerde recht' verspreidde zich via het verschijnsel universiteit over heel

1 Koschaker, p. 103 *et passim*.

Europa en werd het 'gemene recht' (*'ius commune'*) van het Europese continent. Dat wil zeggen dat de op het Justiniaanse Corpus Iuris gebaseerde rechtsgeleerde *communis opinio* van voornamelijk Italiaanse juristen als een subsidiaire rechtsbron diende, indien het lokale gewoonte- en wettenrecht geen antwoord bood op een rechtsvraag.

Het onderwijs van de eerste middeleeuwse juristen vond zijn weerslag in 'glossen' (*glossae*), vandaar dat zij worden aangeduid als 'glossatoren'. Dergelijke 'glossen' waren – kort gezegd – aantekeningen bij de wetgeving van Justinianus en werden interlineair of in de marge van de tekst van Justinianus' wetgeving opgenomen.[2] Er zijn verschillende glossenapparaten overgeleverd. De belangrijkste van deze glossenapparaten is de glosse van de Bolognese hoogleraar Accursius (c. 1182-1263). Zijn glosse wordt de standaardglosse (*glossa ordinaria*, c. 1250) genoemd, omdat zij zowel in de praktijk als in het rechtsonderwijs al snel groot gezag genoot.[3] Voor de doorgaande lijn van de rechtsgeschiedenis is de standaardglosse van groot belang. In dit hoofdstuk wordt daarom onderzoek gedaan naar het probleem van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht bij Accursius. Hoewel Accursius grote invloed had, waren er in zijn tijd ook juristen die andere opvattingen huldigden, zoals bijvoorbeeld Odofredus (†1265). Odofredus was een concurrent van Accursius en eveneens hoogleraar in Bologna.[4] Samen met de werken van Accursius zijn de werken van Odofredus de meest omvangrijke van de werken van glossatoren die zijn overgeleverd.[5] Hoewel Odofredus' werk qua gezag en invloed is overtroffen door dat van zijn concurrent Accursius is het om verschillende redenen goed om naar het werk van Odofredus te kijken. Odofredus' *lecturae* zijn ten eerste vaak uitgebreider dan de glossen van Accursius. Zo schetst hij bij elke tekst vaak een casus, waardoor onmiddellijk duidelijk is welk geval hij voor ogen heeft als hij een bepaalde rechtsregel formuleert. Bovendien wijkt Odofredus' opvatting regelmatig af van die van Accursius.[6]

> Er is geen onderzoek gedaan naar de juristen die vóór Accursius (c. 1182–1263) werkzaam waren, de zogenoemde 'pre-accursische glossatoren'. Aanwijzingen voor belangrijke ontwikkelingen ten aanzien van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht bij de pre-accursische glossatoren zijn er niet. In Hänels *Dissensiones dominorum sive controversiae veterum juris Romani interpretum qui glossatores vocantur* kunnen in ieder geval geen aanwijzingen worden gevonden dat de zogenoemde '*quattuor doctores*' (Bulgarus, Martinus, Jacobus en Hugo) – die allen in de 12e eeuw in Bologna doceerden en wier onderwijs- en onderzoekstraditie uitliep op de

2 Lange, p. 119 en Schrage, p. 29.
3 Koschaker, p. 86 en Lange, p. 372 e.v.
4 Zie over Odofredus Lange, p. 323-334 en Schrage, p. 45-46.
5 Lange, p. 327.
6 Schrage, p. 38.

gezaghebbende *glossa ordinaria* van Accursius – over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht hebben geschreven.[7]

De verschijning van de *glossa ordinaria* was zowel de afsluiting van een periode als het begin van een nieuwe periode.[8] De juristen die na de totstandkoming van de standaardglosse werkzaam waren, reageerden namelijk in eerste instantie voornamelijk op de glosse. Vanaf het midden van de 13e eeuw noemt men de middeleeuwse juristen dan ook wel 'postglossatoren'. De werkwijze van de postglossatoren verschilde echter ook van die van de glossatoren in verschillende opzichten. Zo bestond hun werk niet enkel uit de exegese van het Corpus Iuris, maar maakten ze ook gebruik van andere rechtsbronnen zoals het canonieke recht en lokale wetgeving (statuten). Hun werk was dan ook meer op de rechtspraktijk gericht.[9] Bovendien ontwikkelden zij nieuwe literatuurtypen, zoals commentaren (*commentaria*), vandaar dat de postglossatoren tegenwoordig vaak commentatoren worden genoemd. Een verbindende schakel in deze ontwikkeling van de Europese rechtswetenschap was de rechtsschool van Orléans, waar vanaf de 13e eeuw het Romeinse recht werd bestudeerd.[10] Jacques de Revigny (c. 1230-1296) en Pierre de Belleperche (†1308) waren de belangrijkste vertegenwoordigers van deze school. Via Cynus de Pistoia (c. 1270-1336), die wellicht in Frankrijk heeft gestudeerd[11], heeft hun gedachtegoed invloed gehad op de 14e-eeuwse Italiaanse commentatoren.[12] Het werk van Revigny en Cynus zal daarom in dit hoofdstuk ook worden onderzocht. Het zwaartepunt van de Europese rechtswetenschap verschoof in de 14e eeuw vanuit Frankrijk weer naar Italië. De werken van Bartolus de Saxoferrato (1314-1357) en diens leerling Baldus de Ubaldis (1327-1400) genoten in de praktijk het meeste gezag.[13] Het werk van deze twee commentatoren zal daarom eveneens in dit hoofdstuk aan de orde komen. Tot slot zal ook aan Jacobus Butrigarius (1273-1348) aandacht worden besteed, omdat juist hij in verband met het probleem van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht regelmatig door Baldus wordt aangehaald.

---

7 G.F. Hänel, *Dissensiones dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum qui glossatores vocantur*, Aalen: Scientia 1964. Dit type literatuur waarin meningsverschillen tussen de glossatoren over bepaalde rechtsvragen ('*dissensiones dominorum*') waren opgenomen, werd al in de tijd van de vier doctoren zelf vervaardigd; zie hierover Lange, p. 146-149 en Schrage, p. 46.

8 Lange, p. 366-367; Schrage, p. 66.

9 Zowel Cynus, als zijn leerling Bartolus, als diens leerling Baldus is in de praktijk werkzaam geweest, zie Koschaker, p. 93 n. 22.

10 Koschaker, p. 74 en 87; Schrage, p. 66.

11 Koschaker, p. 74 n. 64.

12 Lange & Kriechbaum, p. 636-638.

13 Koschaker, p. 103-104.

3.2 Twee groepen glossatoren en commentatoren

In het Romeinse recht bestond, naar wij in het voorgaande konden vaststellen, geen probleem van de 'ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht'. Er waren enkel verschillende teksten die in verband kunnen worden gebracht met wat men later de 'ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht' is gaan noemen. Het *ius commune* is in deze ontwikkeling een belangrijke schakel geweest. Het is namelijk de verdienste van de glossatoren en commentatoren dat zij bepaalde teksten uit het Corpus Iuris voor het eerst met elkaar in leerstellig verband hebben gebracht. Dientengevolge hebben sommigen van hen deze regels onder een overkoepelend probleem van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht kunnen brengen. Wat dit laatste betreft kunnen er twee groepen glossatoren en commentatoren worden onderscheiden. Er is een groep, waartoe bijvoorbeeld Accursius dient te worden gerekend, die het begrip 'ondeelbaar' niet voor het pand- en hypotheekrecht gebruikt, terwijl de andere groep, waaronder bijvoorbeeld Odofredus zich bevond, het pand- en hypotheekrecht 'ondeelbaar' noemt. Van deze laatste groep juristen kan daarom worden gezegd dat zij inderdaad een probleem van de 'ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht' hebben gekend. De laatste groep zal als eerste worden behandeld, omdat de teksten die zij onder het probleem 'ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht' scharen vervolgens bij de andere groep kunnen worden onderzocht om te zien hoe de juristen van die groep deze teksten interpreteerden.

Tot de groep juristen die de term 'ondeelbaar' gebruiken in verband met het pand- en hypotheekrecht behoren Odofredus, Butrigarius en Baldus. Odofredus gebruikt in zijn glosse veelvuldig de term 'ondeelbaar' met betrekking tot het pand- en hypotheekrecht. De *sedes materiae* is C. 8,27,6.[14] In zijn commentaar hierop stelt Odofredus dat de 'pand*verbintenis* ondeelbaar is' ('*pignoris obligatio individua est*').[15] Hij voegt hieraan toe dat het onderpand bezwaard blijft tot

14 C. 8,27,6 'De schuldeiser verliest niet de mogelijkheid om de bezwaarde zaak te verkopen, zolang nog niet de gehele schuld aan hem is betaald, ook al heeft hij het grootste gedeelte van de schuld reeds verkregen.' (*Quamdiu non est integra pecunia creditori numerata, etiamsi pro parte maiore eam consecutus sit, distrahendi rem obligatam non amittit facultatem*).

15 Odofredus ad C. 8,27,6 'In deze wet wordt gezegd: u hebt een zaak voor mij bezwaard tot zekerheid van 100, en er was bedongen dat ik het onderpand mocht verkopen als u niet zou hebben betaald voor de vastgestelde dag: nadien hebt u aan mij 60 betaald, kan ik dan voor de overige 40 het onderpand verkopen? Zeker. Tekst 'hij verliest de mogelijkheid niet'. Want de pandverbintenis is ondeelbaar en voor één cent blijft het onderpand bezwaard zoals uit deze tekst blijkt en betrek hierbij D. 10,2,25,9.' (*In lege ista dicitur, tu obligasti mihi rem pro centum et fuit dictum quod si ad diem non solveres, quod possem vendere pignus: postea solvisti mihi lx numquid pro aliis xl potero vendere pignus. Certe sic. Tex. non amittit facultatem. Nam pignoris obligatio individua est et pro uno nummo remanet pignus obligatum ut hic et ad hoc facit ff. famil. erci. l. heredes § <ante>* [=an] *ea* [D. 10,2,25,9]). In zijn commentaar op D. 10,2,25,9 gaat Odofredus in op de wijze waarop ondeelbare stipulaties overgaan op

en met de laatste onbetaalde cent. Odofredus gebruikt daarnaast ook andere, vergelijkbare uitdrukkingen zoals 'het pandverband is ondeelbaar' ('*causa pignoris est individua*') en 'het pandrecht is ondeelbaar' ('*ius pignoris est individuum*').[16] Deze uitdrukkingen zijn bij Odofredus inwisselbaar. Telkens als hij een van deze uitdrukkingen gebruikt verwijst hij namelijk naar C. 8,27,6. Odofredus gebruikt bovendien weliswaar in al deze uitdrukkingen het woord '*pignus*', maar de uitdrukkingen hebben bij hem uiteraard evenzeer betrekking op *hypotheca*.[17] Odofredus is daarmee dus een van de eerste juristen, zo niet de eerste jurist, die de 'ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht' kende. De vraag rijst wat hij hieronder verstond.

Odofredus' omschrijving van de ondeelbaarheid is dat het onderpand bezwaard blijft, totdat de laatste cent is betaald. Deze regel gebruikt hij vervolgens om verschillende casus te verklaren. Zo kan het onderpand nog steeds worden verkocht door de zekerheidsnemer wanneer slechts een van de erfgenamen van de schuldenaar zijn deel van de schuld heeft betaald.[18] In het omgekeerde geval kunnen de erfgenamen van de hypotheekhouder het onderpand verkopen, zolang nog niet eenieder van hen door de schuldenaar is betaald.[19] Daarnaast betrekt hij het ook op de verhouding tussen de hypotheekhouder en de schuldenaar. Ook daar geldt natuurlijk dat de gehele schuld moet zijn betaald, voordat het zekerheidsrecht tenietgaat. Indien dat niet het geval is kan de hypotheekhouder het onderpand nog steeds verkopen.[20] Odofredus

---

de erfgenamen van de crediteur van de ondeelbare stipulatie. De erfgenamen hebben dan ieder een *actio in solidum* om de toegezegde prestatie op te eisen van de debiteur. In het omgekeerde geval, namelijk wanneer de schuldenaar van een ondeelbare stipulatie overlijdt met achterlating van verschillende erfgenamen, zijn de erfgenamen pas bevrijd indien de volledige schuld is betaald. Odofredus geeft als voorbeeld hiervan stipulaties waarbij een boete is bedongen of waarbij een pandrecht is gevestigd. Wanneer de erfgenamen niet de gehele prestatie voldoen, treedt het boetebeding in werking of kan het onderpand worden verkocht. Volgens Odofredus kunnen de erfgenamen die in een dergelijk geval de gehele schuld hebben betaald van de erfgenaam die niet heeft betaald verlangen dat hij zekerheid geeft dat hij hen schadeloos zal stellen en kunnen ze het bedrag dat die erfgenaam verschuldigd is eveneens opvorderen via een boedelscheidingsactie (*iudicium familiae erciscundae*). Odofredus heeft het in dit verband niet over de ondeelbaarheid van het pandrecht, maar blijkbaar ziet hij dit geval als een toepassing van de ondeelbaarheid van het pandrecht. Zie § 2.4 voor een bespreking van dezelfde tekst voor het Romeinse recht.

16 Bijv. in gl. '*perseq. non prohiberis*' ad C. 4,16,1.

17 Zie bijvoorbeeld gl. '*perseq. non prohiberis*' ad C. 4,16,1: 'bij het hypotheekrecht door voor het geheel te procederen: omdat de zekerheidsverhouding ondeelbaar is, zoals blijkt uit C. 8,27,6.' (*sub hypo. insolidum agendo: quia causa pignoris individua est ut infra de distrac. pig. l. quamdiu* [C. 8,27,6]).

18 Odofredus ad D. 13,7,8,2 en C. 8,27,16.

19 Odofredus ad D. 13,7,11,4.

20 Odofredus ad C. 8,27,6.

schaart echter het keuzerecht van de zekerheidsnemer niet onder de regel '*pignoris causa individua est*'.[21]

> De overige twee schrijvers die behoren tot de groep van juristen die verwijst naar een algemene regel van ondeelbaarheid zijn Butrigarius en Baldus. Zij leggen veel minder nadruk op het probleem van de ondeelbaarheid. Butrigarius (1273-1348) gebruikt weliswaar de term 'ondeelbaar', maar hij noemt nergens het pand- of hypotheekrecht zelf ondeelbaar. Hij stelt daarentegen dat de 'pandaflossing' ('*pignoris liberatio*') ondeelbaar is. Dit stelt hij bijvoorbeeld niet alleen bij C. 8,27,6, maar ook bij C. 8,27,16 en C. 8,30,1. Butrigarius beschrijft de regel het helderst in zijn commentaar op C. 8,27,16, waarin de casus is opgenomen waarin de schuldenaar is overleden met achterlating van verschillende erfgenamen. Butrigarius' uitgangspunt is dat de persoonlijke actie ('*actio personalis*') en de bevrijdende betaling ('*liberatio*') van die verbintenis in dat geval deelbaar ('*dividua*') zijn, maar dat de pandaflossing ('*liberatio pignoris*') daarentegen ondeelbaar is. Op deze casus zal hieronder in de hoofdtekst nader worden ingegaan. Ten slotte gebruikt ook Baldus de Ubaldis (1327-1400), een leerling van Bartolus, de 'ondeelbaarheidsterminologie', zij het niet zo vaak en niet zo consequent als Odofredus. Baldus spreekt op vier verschillende plaatsen over '*ius pignoris est individuum*', '*natura pignoris est individua*', '*pignoris obligatio est individua*' en '*liberatio pignoris est individua*'.[22] De teksten waarbij Baldus deze terminologie gebruikt hebben alle betrekking op het pandrecht (*pignus*). Het is opvallend dat Baldus de 'aard' ('*natura*') van het pandrecht ondeelbaar noemt. Baldus is de enige die in verband met de ondeelbaarheid over de *natura* van het hypotheekrecht spreekt. Deze term heeft hij wellicht van zijn leermeester Bartolus overgenomen, die op verschillende plaatsen spreekt van de *natura* van de *actio hypothecaria*.[23]

Tot de andere groep juristen behoren Accursius, Revigny, Cynus en Bartolus. Als voorbeeld van deze groep kan de *glossa ordinaria* ('de glosse') dienen. Accursius blijft in de glosse bij de teksten over ons onderwerp dicht bij de terminologie van de Romeinse juristen. Zo stelt hij bijvoorbeeld in de glosse '*conveniuntur*' bij C. 8,31(32),2 dat de erfgenamen van de schuldenaar door de hypotheekhouder '*in solidum*' met de *actio hypothecaria* kunnen worden aangesproken en legt hij uit dat dit wil zeggen dat ze niet naar verhouding

---

21 D. 20,1,19 en D. 20,5,8 hebben beide betrekking op het geval waarin verschillende zaken tot zekerheid van dezelfde schuld zijn bezwaard. De zekerheidsnemer was in het Romeinse recht niet verplicht een van de bezwaarde zaken uit het zekerheidsverband te ontslaan als hij een deelbetaling aannam (zie D. 20,1,19) en hij mocht bovendien kiezen welke zaak hij wilde uitwinnen (D. 20,5,8). Odofredus schaart deze teksten niet onder de regel '*pignoris causa individua est*'. Wel verwijst hij bij D. 20,1,19 naar C. 8,27,6 – de *sedes materiae* van de ondeelbaarheid. Zie § 3.3 over het keuzerecht van de zekerheidsnemer.

22 Respectievelijk in zijn commentaar ad C. 8,27,6; C. 8,27,16; C. 8,30,1 en D. 13,7,8,2. Bij de laatste tekst stelt hij – in een *antiqua lectura* – het indirect: 'De betaling door één erfgenaam van zijn deel, bewerkstelligt niets ten aanzien van rechtsverhoudingen die ondeelbaar zijn op grond van de wet, zoals de pandaflossing.' (*Impletio unius haeredis pro parte sua, nihil operatur in his, que sunt individua ex dispositione legali, ut in liberatione pignoris hoc dicit.*)

23 Zie bijv. Bartolus ad C. 6,43,1,5 en C. 8,31,2.

van hun erfdeel (‘*pro portione hereditaria*’) met deze zakelijke rechtsvordering worden aangesproken.[24] Accursius plaatst de constitutie dus niet in een groter verband. Als voorbeeld van de wijze waarop de juristen uit de andere groep deze constitutie interpreteerden kan in dit verband worden gewezen op Baldus. Hij merkt bij deze codextitel op: ‘*Pignus nec active nec passive recipit divisionem inter heredes hoc dicit totus titulus*’.[25] In veel gevallen is Accursius echter nog summierder dan in de zojuist aangehaalde glosse en wordt in de glosse bij teksten die voor de ondeelbaarheid relevant zijn slechts verwezen naar andere teksten uit het Corpus Iuris. Een voorbeeld hiervan is de glosse bij C. 8,27,6, een constitutie waarin het executierecht van de zekerheidsnemer voor elk deel van de schuld wordt bevestigd.[26] In de glosse wordt niet ingegaan op de casus van de constitutie, noch wordt er in dit verband gesproken over de ‘ondeelbaarheid’ van het hypotheekrecht.[27] Dit is opvallend, omdat juist deze constitutie voor Accursius’ tijdgenoot en collega Odofredus de *sedes materiae* is voor zijn regel ‘*pignoris obligatio individua est*’. In de glosse ‘*amittit facultatem*’ bij C. 8,27,6 wordt slechts verwezen naar C. 8,28(29),2,1 (Gordianus, a. 239); D. 10,2,25,14 (Paul.) en D. 13,7,11,4 (Ulp.).[28] De glossen bij deze teksten verwijzen op hun beurt door naar de genoemde teksten en twee andere teksten, te weten D. 10,2,18,4 (Ulp.) en D. 13,7,8,2 (Pomp.). Bij de twee laatste teksten

---

24 Gl. ‘*conveniuntur*’ ad C. 8,31(32),2: ‘Dat wil zeggen, niet voor het erfdeel, dat zij in afzonderlijke zaken hebben: maar voor het geheel, enz. zoals blijkt uit D. 10,2,25,9 en uit C. 4,16,2 en D. 13,7,8,2.’ (*Id est, non pro portione hereditaria, quam habent in singulis rebus: sed in solidum, etc. ut ff. famil. ercisc. l. heredes § an ea* [D. 10,2,25,9] *et supra de hered. actio l. ii* [C. 4,16,2] *et ff. de pign. actio l. si necessarias § si unus* [D. 13,7,8,2]).

25 Baldus ad C. 8,31,1. Men verwarre overigens niet het bovenschrift met dezelfde bewoordingen (‘*Pignus nec active, nec passive, etc.*’) dat in sommige edities van de *glossa ordinaria* is opgenomen met de opvatting van Accursius: deze bovenschriften zijn afkomstig van andere juristen, zoals *in casu* Baldus, en zijn pas later aan bepaalde edities van de glosse toegevoegd.

26 Zie n. 14 voor de tekst van deze constitutie.

27 Accursius, gl. ‘*amittit facultatem*’ ad C. 8,27,6: ‘Zoals ook blijkt uit het slot van C. 8,28(29),2 en uit D. 20,2,25,14 en D. 13,7,11,4. Een voogd verliest op dezelfde wijze het gehele legaat, ook al heeft hij zich voor een deel van de voogdij verontschuldigd: zoals blijkt uit D. 30,111. Maar wat [is rechtens] als er verschillende zaken voor u waren bezwaard, en u tot verhaal van een klein bedrag de duurste zaak hebt verkocht, hoewel u door een minder waardevolle zaak te verkopen uw vordering had kunnen verhalen? Ik antwoord dat er niet te goeder trouw schijnt te zijn gehandeld, met als argumenten D. 27,9,5,10 en D. 39,3,1,12 ook al zijn er de tegenargumenten D. 20,5,8 en D. 20,1,19.’ (*Ut et infra tit. i l. ii in fin.* [C. 8,28(29),2 in fine] *et ff. famil. ercis. l. heredes § idem observatur* [D. 10,2,25,14] *et ff. de pign. act. l. solutum § si creditori* [D. 13,7,11,4] *sic et tutor totum perdit legatum, licet a parte tutelae se excuset: ut ff. de leg. i l. etiam si partis* [D. 30,111]. *Sed quid si plura erant tibi obligata, et propter modicum pecuniam distraxit rem maximam, cum viliorem distrahendo poterat debitum consequi? Respondeo non videtur bona fide versari, arg. ff. de reb. eo l. magis § item praetor* [D. 27,9,5,10] *et ff. de aqua pluvia arc. l. i § denique* [D. 39,3,1,12] *licet sit ar. contra. ff. eo l. creditoris* [D. 20,5,8] *et ff. de pign. l. qui pignori* [D. 20,1,19].).

28 In de glosse ‘*amittit facultatem*’ ad C. 8,27,6 wordt daarnaast door Accursius een vraag besproken, die zijdelings betrekking heeft op de casus van C. 8,27,6. Deze vraag wordt ook besproken door andere juristen en heeft betrekking op een zelfstandig onderwerp, vandaar dat dit onderwerp op een andere plaats wordt behandeld. Zie § 3.3.

verwijst Accursius opnieuw slechts naar andere teksten, zonder enige nadere toelichting. De genoemde teksten hebben gemeen dat ze de regel bevestigen dat de gehele schuld moet zijn voldaan, voordat het zekerheidsrecht tenietgaat. Accursius stelt dit zelf echter niet expliciet vast; hij brengt de teksten slechts met elkaar in verband.

De behandeling van deze teksten in de glosse is exemplarisch voor verschillende andere glossatoren en commentatoren. Jacques de Revigny (Jacobus de Ravanis, c. 1230-1296) stelt in zijn *Lectura super codice* eveneens nergens dat het pand- en hypotheekrecht ondeelbaar is. Wel stelt hij dat 'onderpanden niet worden verdeeld' ('*pignora non dividuntur*').[29] De context van deze uitspraak betreft de casus waarbij de zekerheidsnemer overlijdt met achterlating van verschillende erfgenamen. De persoonlijke actie van de erflater wordt in dat geval verdeeld tussen de erfgenamen, maar 'de onderpanden worden niet verdeeld'. Er kan echter op grond daarvan niet worden gesteld dat Revigny een algemeen leerstuk omtrent de 'ondeelbaarheid van het pandrecht' kende. Revigny stelt namelijk niet dat het pandrecht als zodanig ondeelbaar is en bovendien blijft het bij deze enkele opmerking. Veel teksten die bijvoorbeeld door Odofredus in verband worden gebracht met de ondeelbaarheid worden door Revigny niet becommentarieerd. Hetzelfde geldt voor het Digesten- en Codexcommentaar van Cynus de Pistoia (1270-1336) en Bartolus de Saxoferrato (1313-1357). De term 'ondeelbaar' ('*individuus*' of afgeleiden daarvan) wordt weliswaar gebruikt door Accursius en Bartolus, maar niet in verband met het pand- of hypotheekrecht. Zij gebruiken de term ondeelbaar bijvoorbeeld in verband met de prestatie waartoe een verbintenis verplicht. Een voorbeeld biedt hun commentaar bij C. 4,16,2 waarin de aansprakelijkheid van de erfgenamen voor de schulden van de erflater door Accursius en Bartolus wordt uitgewerkt. Het uitgangspunt is dat iedere erfgenaam slechts aansprakelijk is voor zijn erfdeel. Accursius en Bartolus formuleren vervolgens een aantal uitzonderingen op dit uitgangspunt. Een uitzondering betreft bijvoorbeeld het geval waarin een ondeelbare prestatie door de erflater was verschuldigd.[30] Tot slot dient te worden gewezen op één glosse waarin Accursius de *actio hypothecaria* ondeelbaar ('*individua*') noemt. Het betreft de glosse '*obnoxiis*' bij C. 11,33,2,1a: '*Si enim esset hypothecaria individua insolidum esset*'. In de betreffende constitutie gaat het om derde-bezitters die voor andermans schuld worden aangesproken en door de schuldeiser slechts '*pro rata rerum quas possident*'

29 Revigny ad C. 8,31,1: 'U hebt uw zaak tot zekerheid van 10 voor mij bezwaard. Ik, de schuldeiser, overlijd met achterlating van verschillende erfgenamen. De persoonlijke verbintenis wordt verdeeld tussen mijn erfgenamen op grond van de wet van de twaalf tafelen, maar de panden worden niet verdeeld: zij zijn juist voor het geheel voor eenieder bezwaard.' (*Obligasti michi rem tuam pro x ego creditor decedo multis relictis heredibus obligatio personalis dividitur inter heredes per l. xii tab. sed pignora non dividuntur: imo obligata sunt cuilibet in solidum*).

30 Bartolus ad C. 4,16,2. Vgl. gl. '*placuit*' ad C. 4,16,2: 'Maar dit gaat niet op in de volgende gevallen: 1. Ten eerste wanneer er een ondeelbare prestatie is verschuldigd: in dat geval wordt eenieder voor de gehele schuld aansprakelijk gehouden zoals blijkt uit D. 45,1,85,2.' (*Sed hoc fallit in casibus 1. Primo quando individuum est in obligatione: quo casu quilibet tenetur in solidum ut ff. de verbo. obliga. l. in executione § ii*).

kunnen worden aangesproken.[31] De actie waarmee de schuldeiser de derde-bezitters moet aanspreken wordt niet genoemd in de constitutie. Sommige juristen meenden dat dit de *actio hypothecaria* was. Accursius bestrijdt deze opvatting met als argument: '*Si enim esset hypothecaria individua insolidum esset*'. 'Ondeelbaar' (*individua*) en 'voor het geheel' (*in solidum*) lijken door Accursius als synoniemen te worden gebruikt, terwijl beide uitdrukkingen in tegenstelling met 'naar verhouding' (*pro rata*) worden gebruikt.

Hoewel duidelijk een onderscheid valt te maken tussen degenen die wel en degenen die niet een leerstuk van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht kennen, zijn er materieelrechtelijk tussen beide groepen juristen geen grote verschillen. Accursius meent bijvoorbeeld evenals Odofredus dat het zekerheidsrecht pas tenietgaat als de gehele schuld is betaald. Er is wat dat betreft geen sprake van een scholenstrijd die tot verschillen in rechtsgevolgen leidt. Dat er uiteindelijk geen (groot) materieelrechtelijk verschil is tussen beide groepen juristen blijkt bijvoorbeeld ook uit het feit dat Negusantius (1465-1528), wiens *Tractatus de pignoribus et hypothecis* als het ware een afsluiting vormt van de traditie van de glossatoren en commentatoren, spreekt over het 'ongedeelde' ('*indivisa*') in plaats van 'ondeelbare' pand- en hypotheekrecht. Hij verwijst ter adstructie van dit ongedeelde pand- en hypotheekrecht naar glossatoren en commentatoren uit beide groepen. Negusantius gebruikt dus weer andere termen, maar omschrijft daarmee dezelfde rechtsregels als de glossatoren en commentatoren.

In de volgende paragrafen wordt meer specifiek ingegaan op de verschillende vormen van ondeelbaarheid en in hoeverre de glossatoren en commentatoren die vormen van ondeelbaarheid kenden. Eerst zal worden ingegaan op een vraag die in het bijzonder de juristen uit de lijn van Azo en Accursius heeft beziggehouden.

3.3 De uitoefening van het verkooprecht (*ius vendendi*) door de zekerheidsnemer bij verzekering van verschillende zaken voor één schuld

Accursius, Revigny, Cynus en Bartolus noemden het pand- en hypotheekrecht niet 'ondeelbaar'. In deze lijn van glossatoren en commentatoren is men wel gepreoccupeerd met een vraag die door Azo (†1220), de leermeester van Accursius, werd gesteld.[32] De vraag werd gesteld in aansluiting op C. 8,27,6, de

31 Zie § 3.6.

32 Mogelijk werd deze vraag al voor hem – bijvoorbeeld door zijn leermeester Joannes Bassianus (12e eeuw) – opgeworpen. Accursius heeft veel ideeën van zijn leermeester Azo overgenomen, die op zijn beurt veel ideeën van zijn leermeester Bassianus heeft overgenomen. Zie Schrage, p. 47. De herkomst van deze vraag wordt hier verder niet onderzocht.

constitutie die voor Odofredus de *sedes materiae* van de ondeelbaarheid was. Azo stelt in zijn *Lectura super codicem* bij C. 8,27,6 ten eerste dat deze constitutie slechts betrekking heeft op het geval waarin er één zaak in zekerheid is gegeven. Vervolgens vraagt hij zich af wat rechtens is als er verschillende zaken in zekerheid zijn gegeven voor één schuld:

> Glosse '*non amittit facultatem*' ad C. 8,27,6: 'Dit is juist als er één zaak is bezwaard. Wat [is rechtens] als er verschillende [zaken zijn bezwaard] en een klein gedeelte van de schuld nog moet worden betaald: kan de schuldeiser voor een geringe schuld de duurste zaak verkopen? Het schijnt dat de executoriale verkoop moet worden ontbonden, omdat er niet moet worden toegegeven aan de slechtheden van mensen, en bovendien behoren anderen daar niet van te profiteren, zoals blijkt uit D. 6,1,38 en betrek hierbij D. 39,3,1,12. Maar desalniettemin schijnt D. 20,5,8 het tegenovergestelde te zeggen en om die reden schijnt de koper toch niet door de schuldenaar te kunnen worden aangesproken.'[33]

Azo stelt zich een casus voor waarbij er verschillende zaken voor dezelfde schuld in zekerheid zijn gegeven. Een groot deel van die schuld is al afbetaald. Azo werpt de vraag op of de zekerheidsnemer tot verhaal van de resterende schuld de duurste van de bezwaarde zaken mag verkopen. Hij is van mening dat een dergelijke uitoefening van het verkooprecht door de zekerheidsnemer zou moeten leiden tot het ontbinden ('*retractari*') van de executoriale verkoop. Hij is zich er echter van bewust dat de wet in dit geval anders bepaalt. Azo verwijst namelijk zelf als tegenargument naar D. 20,5,8.[34] Azo's uiteindelijke opvatting is daarom dat de schuldenaar-zekerheidsgever de koper niet kan aanspreken, zodat de executoriale verkoop ook in dit geval als geldig wordt aangemerkt.

Dezelfde vraag wordt eveneens in aansluiting bij C. 8,27,6 – en in min of meer dezelfde bewoordingen – gesteld door Accursius.[35] Accursius meent dat de zekerheidsnemer zijn recht niet te goeder trouw uitoefent als hij voor een kleine schuld het duurste onderpand verkoopt. Hij is zich er echter van bewust dat er ook tegenargumenten zijn – hij verwijst naar D. 20,5,8 en

---

33 Azo, gl. '*non amittit facultatem*' ad C. 8,27,6: *Verum est quando una res est obligata. Quid si plures, et restabat modicum ad solvendum, poteritne pro modico rem maximi pretii vendere? Videtur quod debeat retractari venditio, quia malitiis hominum non est indulgendum, nec debent alicui prodesse, ut ff. de rei vindi. in fundo.* [D. 6,1,38] *et ad idem facit, ff. de aqua plu. ar. l. 1 § denique* [D. 39,3,1,12]. *sed tamen lex videtur dicere contra ff. eo. creditoris* [D. 20,5,8]. *et ideo non videtur conveniendus esse a debitore.* Zie n. 11 voor de tekst van C. 8,27,6.

34 D. 20,5,8 (Mod. libr. 4 regul.): 'Het is aan het oordeel van de schuldeiser overgelaten uit de panden die voor hem zijn bezwaard diegenen te verkopen die hij wil en tot zijn verhaal te komen.' (*Creditoris arbitrio permittitur ex pignoribus sibi obligatis quibus velit distractis ad suum commodum pervenire*).

35 Zie n. 27 voor de gl. '*amittit facultatem*' ad C. 8,27,6.

D. 20,1,19 – maar hij blijft bij zijn opvatting.[36] De opvatting dat uit de pandovereenkomst voortvloeit dat de zekerheidsnemer zijn zekerheidsrecht te goeder trouw moet uitoefenen wordt in navolging van de glosse door vele juristen verkondigd.

> Revigny hanteert echter een eigen standaard waaraan de zekerheidsnemer volgens hem moet voldoen bij het uitoefenen van zijn zekerheidsrecht. Volgens Revigny moet de schuldeiser zijn recht namelijk uitoefenen alsof hij zijn eigen *negotium* voert. Dit als premisse nemend, stelt Revigny vervolgens dat de schuldeiser slechts een deel van de zaak moet verkopen, of, als dat mogelijk is het verzekerde bedrag lenen (*mutuum*) en tot zekerheid van die lening de aan hem verpande zaak bezwaren.[37] Vooral het laatste is erg omslachtig voor de zekerheidsnemer. Revigny stond dan ook alleen met deze opvatting. Cynus, die de Orléanese juristen Pierre de Belleperche († 1308) en Jacques de Revigny veel citeert, haalt dit betoog van Revigny aan.[38] Hij stelt dat Pierre de Belleperche het niet met deze opvatting van Revigny eens was. Cynus laat echter in het midden wat hij er zelf van vindt.[39] In ieder geval kan deze opvatting van Revigny niet worden teruggevonden bij andere glossatoren en commentatoren.

Cynus bespreekt niet letterlijk de vraag van Azo en de glosse, maar hij neemt wel van de glosse over dat uit de pandovereenkomst voortvloeit dat de zekerheidsnemer zijn verkooprecht te goeder trouw moet uitoefenen en dat hij aansprakelijk is wanneer hij dit niet doet. De wijze van uitoefening van het verkooprecht door de zekerheidsnemer, indien er verschillende zaken zijn verpand, wordt ook besproken door de juristen die de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht aannamen. Zij kenden de glosse vanzelfsprekend ook en bespraken de vraag van de glosse in hun commentaren. Het duidelijkst is dit te zien bij Butrigarius. Butrigarius werpt bij C. 8,27,6 net als de glosse de vraag op of de zekerheidsnemer kan kiezen welk onderpand hij verkoopt. Butrigarius stelt dat men voor en tegen deze stelling kan argumenteren. Hij stelt dat de *lex* die in de glosse wordt aangehaald (namelijk D. 20,5,8) het aan

---

36 Bij D. 20,1,19 verwijst Accursius slechts naar C. 8,27,6 en D. 45,1,85,6. Er is geen glosse bij D. 20,5,8.

37 Revigny ad C. 8,27,6: 'Dit geldt als de schuldeiser een geldvordering heeft. Toch zeg ik dat de schuldeiser het belang van de schuldenaar moet behartigen zoals hij zijn eigen belang behartigt. Daarom kan een schuldeiser een deel van de zaak verkopen. Toch moet hij een deel verkopen of hij moet, als hij de geleende som door middel van een verbruiklening kan verkrijgen, de zaak van de schuldenaar liever bezwaren dan de zaak verkopen met als argument D. 46,3,1.' (*Sic ergo creditor pro nummo. Dico tamen quod creditor debet gerere negocium creditoris <debitoris> sicut suum. Unde creditor potest vendere partem rei. Debet tamen vendere partem vel si potest habere pecuniam illam mutuo debet rem potius debitoris obligare quam vendat ar. ff. de sol. l. i r. 2* [D. 46,3,1]).

38 Cynus ad C. 8,27,6.

39 Dezelfde handelswijze wordt gevolgd door Albericus de Rosate (1290-1360) die in zijn commentaar bij C. 8,27,6 de opvatting van Revigny aanhaalt en vervolgens zegt dat Belleperche het er niet mee eens is. Hij laat in het midden wat hij er zelf van vindt.

het oordeel (*arbitrium*) van de schuldeiser overlaat, maar dat dit *arbitrium* wel moet worden gereduceerd tot het 'oordeel van de goede man' (*arbitrium boni viri*). Volgens Butrigarius houdt dit laatste in dat de zekerheidsnemer ervoor moet kiezen om de minst waardevolle zaak te verkopen als hij daarmee zijn vordering kan verhalen.[40] Hij sluit zich dus duidelijk aan bij de opvatting van de glosse. Bartolus verwijst bij C. 8,27,6 eveneens naar de opvatting van de glosse. Odofredus doet dit echter niet.

Odofredus lijkt de enige te zijn geweest die het keuzerecht van de zekerheidsnemer niet onderwerpt aan het *arbitrium viri boni*. Bovendien stelt hij niet dat het verkooprecht te goeder trouw door de zekerheidsnemer moet worden uitgeoefend. In zijn *lectura* op de Digesten gaat Odofredus bij D. 20,5,8 wel in op de vraag wat rechtens is als verschillende zaken voor dezelfde schuld in zekerheid zijn gegeven. Volgens hem mag de zekerheidsnemer alle zaken verkopen, maar mag hij er ook voor kiezen een van de bezwaarde zaken te verkopen: wie het meerdere mag, mag ook het mindere.[41] Odofredus baseert dit recht van de zekerheidsnemer echter niet op de regel '*causa pignoris est individua*'. Butrigarius brengt het keuzerecht ook niet in verband met de regel '*pignoris liberatio est individua*'. Het keuzerecht van de zekerheidsnemer is dus volgens hen geen regel die noodzakelijkerwijze volgt uit de *ondeelbaarheid* van het pand- en hypotheekrecht.

Uit het voorgaande blijkt dat de heersende leer was dat uit de zekerheidsovereenkomst voortvloeide dat de zekerheidsnemer zijn zekerheidsrecht te goeder trouw moest uitoefenen. Dit hield concreet in dat de zekerheidsnemer bij de uitwinning zoveel mogelijk rekening moest houden met de verhouding tussen zijn vordering en de waarde van de zaak die hij wilde verkopen. De verkoop en overdracht van het onderpand was echter onaantastbaar, óók wanneer de zekerheidsnemer zijn verkooprecht níet te goeder trouw uitoefende. Goederen-

40 Butrigarius ad C. 8,27,6: 'De pandaflossing is ondeelbaar. Ik werp de vraag op of de schuldeiser mag kiezen welke zaak hij verkoopt: argumenteer voor en tegen deze stelling. En zeg dat, hoewel de wet '*creditoris*' [D. 20,5,8] die de glosse aanvoert het aan het oordeel van de schuldeiser overlaat, het oordeel van de schuldeiser toch moet worden gereduceerd tot het oordeel van een goede man zoals blijkt uit D. 18,1,7 en D. 46,7,18 en daarom moet hij niet de grootste zaak verkopen als hij de schuld kan voldoen met de opbrengst van de verkoop van een kleinere zaak, omdat de goede trouw in acht dient te worden genomen, zoals blijkt uit C. 8,27,4.' (*Pignoris liberatio est individua hoc dicit. Quero an debeat creditor vendere rem quam velit: et argue pro et contra. Et dic quod licet lex creditoris quam allegat glo. det arbitrium creditori: tamen eius arbitrium reducitur ad arbitrium boni viri ut l. hec venditio ff. de contrahend. emptio* [D. 18,1,7] *et l. vir bonus iudi. solvi.* [D. 46,7,18] *et ideo si ex venditione rei minoris potest eis satisfieri de debito non debet maiorem vendere cum debeat bona fides adesse. ut supra eo l. creditor* [C. 8,27,4]).

41 Odofredus, gl. '*pervenire*' ad D. 20,5,8: 'Ook als hij alle zaken wil verkopen: ofwel bepaalde zaken als dat aan hem zal zijn toegestaan. Want aan degene aan wie het meerdere is toegestaan, behoort ook dat wat minder is te zijn toegestaan, zoals blijkt uit D. 50,17,21.' (*sub et si velit omnia distrahere: vel quidam sibi licebit. Nam cui quod plus est licet debet ei quod minus est licere. ut infra quod reg. iu. l. cui quod plus* [D. 50,17,21]).

rechtelijk werd er door de aangehaalde juristen dus geen inbreuk gemaakt op het keuzerecht van de zekerheidsnemer. Belangrijker echter was dat het vereiste dat de zekerheidsnemer zijn recht te goeder trouw moest uitoefenen geen inbreuk maakte op de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Het onderpand bleef namelijk bezwaard zolang nog niet de gehele schuld was voldaan. Deze regel gold bovendien onverminderd wanneer de oorspronkelijke schuldeiser of schuldenaar was overleden, zoals uit de volgende twee paragrafen zal blijken.

3.4 De ondeelbaarheid van het hypotheekrecht ten aanzien van de erfgenamen-bezitters

Een van de gevallen waarin de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht in het Romeinse recht speelde was de casus waarin de schuldenaar overleed met achterlating van verschillende erfgenamen. De hypotheekhouder was gerechtigd de *actio hypothecaria* jegens eenieder van de erfgenamen van de schuldenaar 'voor het geheel' ('*in solidum*') in te stellen, dat wil zeggen alle bezwaarde zaken opeisen ter executie, in tegenstelling tot de persoonlijke actie die hij slechts tot de hoogte van het erfdeel kon instellen. Verschillende teksten uit het Corpus Iuris bevestigen dit recht van de hypotheekhouder op ondubbelzinnige wijze.[42] Op dit punt vielen er voor de glossatoren en commentatoren dan ook geen teksten te harmoniseren. De enige tekst die hen voor moeilijkheden stelde was een constitutie van keizer Justinianus waarin een *deelbaar* hypotheekrecht aan de legataris werd toegekend. Dit hypotheekrecht van de legataris werd echter – terecht – als een afwijkend geval beschouwd.[43] De glossatoren en commentatoren hebben dan ook geen wezenlijke veranderingen aangebracht ten opzichte van het Romeinse recht ten aanzien van deze vorm van ondeelbaarheid. Er kan hiervoor dus worden verwezen naar het hoofdstuk over het Romeinse recht. In deze paragraaf zullen de bewijsplaatsen voor deze stelling worden aangehaald en enkele ondersteunende argumenten van de middeleeuwse juristen, die nog niet ter sprake zijn gebracht.

Volgens Odofredus is het pand- en hypotheekrecht ondeelbaar, omdat deelbetalingen onmogelijk zijn, tenzij partijen iets anders zijn overeengekomen. Deze verklaring van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht werpt hij op in zijn commentaar op D. 13,7,8,2:

> 'In deze paragraaf wordt gezegd dat u een zaak aan mij in pand hebt gegeven tot zekerheid van 10 en dat er was overeengekomen dat ik het pand kan verkopen, indien u op de afgesproken dag niet hebt betaald. U bent vervolgens overleden met achterlating van verschillende erfgenamen en vervolgens betaalt één erfgenaam

42 Zie § 2.4.

43 Zie § 3.6 voor een bespreking van het hypotheekrecht van de legataris.

het deel dat hij op grond van het erfrecht verschuldigd is: kan ik in dat geval het pand toch nog verkopen? Zeker. 'Net als in het geval waarin de schuldenaar zelf een deel van de schuld heeft betaald.' Want de pandverbintenis is ondeelbaar en het onderpand wordt niet bevrijd zolang er nog iets moet worden betaald, zoals blijkt uit C. 8,27,6 en de rationale is dat een deelbetaling enz. zoals blijkt uit D. 22,1,41,1'.[44]

Odofredus betrekt de regel dat deelbetalingen door een schuldenaar niet mogelijk zijn ook op de regel dat een erfgenaam van de schuldenaar het onderpand niet bevrijdt van het zekerheidsrecht door zijn deel van de schuld te betalen.[45] Hij sluit hiermee aan bij de Romeinse jurist Pomponius die dit argument gebruikt in D. 13,7,8,2. Het perspectief van zowel Pomponius als Odofredus is de verhouding tussen de schuldenaar en de schuldeiser. In die verhouding kan de schuldenaar alleen zichzelf bevrijden van zijn schuld, indien hij de *gehele* schuld betaalt. De schuldeiser hoeft een deelbetaling niet aan te nemen: betaling van een deel van de schuld is geen betaling van de schuld. In het geval waarin de schuldenaar overlijdt met achterlating van verschillende erfgenamen wordt de verzekerde schuld echter verdeeld over diens erfgenamen. Een erfgenaam hoeft dus, indien er verschillende erfgenamen zijn, slechts een deel van de schuld van de erflater te betalen. Pomponius en Odofredus zien deze betaling echter vanuit het perspectief van de oorspronkelijke schuld. Vanuit dat perspectief bezien is een betaling door een erfgenaam van zijn deel in de schuld een *deel*betaling. Om die reden blijft in dat geval het zekerheidsrecht op het gehele onderpand rusten, net als in het geval waarin de schuldenaar zelf een deel van de schuld betaalt. Deze redenering is echter – bij de juristen die hier zijn onderzocht – door niemand gevolgd. Zij lijkt ook onjuist te zijn als rationale van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. De ondeelbaarheid werkt als correctie op het gegeven dat deelbetalingen, zoals bijvoorbeeld door de erfgenamen van de schuldenaar, mogelijk zijn. De ondeelbaarheid zou, nog weer anders gezegd, in de zienswijze van Odofredus niet anders zijn dan een andere verwoording van de regel dat deelbetalingen niet mogelijk zijn.

44 Odofredus ad D. 13,7,8,2: *In § isto dicitur obligasti mihi rem pignori pro x et fuit dictum quod si ad diem non solveres quod possem vendere decessisti pluribus heredibus relictis et postea unus solvit partem quam debebat iure hereditario: numquid nihilominus potero vendere pignus certe sic. quemadmodum si ipse debitor partem solvisset h.d. iste § l. solvisse. nam causa pignoris est individua et non liberatur pignus quamdiu aliquid debet solvi ut C. de distrac. pig. l. quamdiu* [C. 8,27,6] *et est ratio quia particularis solutio etc. ut infra de usur. l. titius* [=*tutor*] *§ lucius* [D. 22,1,41,1].

45 Odofredus noemt dit argument eveneens in zijn commentaar op D. 20,1,19. Hij noemt het argument dat deelbetalingen niet mogelijk zijn echter niet bij C. 8,27,6, de *sedes materiae* voor de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht.

Volgens Butrigarius is de pandaflossing ook ondeelbaar (‘*pignoris liberatio est individua*’) ten opzichte van de erfgenamen van de schuldenaar.[46] Butrigarius werpt vervolgens de vraag op wat een deelbetaling, bijvoorbeeld betaling van een deel van de schuld door een van de erfgenamen van de schuldenaar, bewerkstelligt.[47] Hij antwoordt dat het gehele onderpand voor het resterende gedeelte van de schuld volledig bezwaard blijft. Dit voorbeeld laat opnieuw zien dat er verschil was in opvatting tussen de glossatoren en commentatoren, maar dat dit materieelrechtelijk niet tot verschillen leidde. Zowel Odofredus als Butrigarius neemt immers aan dat het pandrecht voor de zekerheidsnemer blijft bestaan, zolang nog niet de gehele schuld van de schuldenaar-erflater is voldaan.

Baldus de Ubaldis wijdt daarentegen wel meer uitgebreide beschouwingen aan deze vorm van ondeelbaarheid en komt met nieuwe inzichten. Hij stelt in zijn Codexcommentaar dat de pandverkoop niet kan worden verhinderd door een erfgenaam van de schuldenaar, zelfs niet wanneer de erfgenaam zijn deel van de schuld al heeft betaald.[48] Dit staat letterlijk in C. 8,27,16, maar

---

46 Butrigarius ad C. 8,27,16: ‘Deze tekst zegt samen met C. 8,31,1 dat de pandaflossing ondeelbaar is, ook al zijn de persoonlijke vordering en de aflossing van die persoonlijke vordering wel deelbaar. U moet dus begrijpen dat het onderpand op geen enkele manier bevrijd wordt, ook al betaalt één van de erfgenamen zijn deel van de schuld: het blijft juist voor het geheel bezwaard: niet echter voor de gehele schuld: maar voor de resterende schuld die nog niet betaald is blijft het gehele onderpand bezwaard.’ (*Licet personalis actio sit dividua et eius liberatio tamen pignoris liberatio est individua h.d. cum ti. i si unus ex pluribus* [C. 8,31,1]. *Intellige ergo quod licet unus heredum solvat suam partem debiti non liberatur pignus in aliqua parte sui: immo remanet insolidum obligatum: non tamen pro toto: sed pro residuo quod non est solutum remanet totum pignus*).

47 Butrigarius ad C. 8,30,1: ‘Deze tekst zegt dat de pandaflossing ondeelbaar is. U kunt ook zeggen dat de aard van de verbintenis niet wordt veranderd door de personen van de erfgenamen. Wat bewerkstelligt de betaling van een deel van de schuld dan wel? Ik antwoord dat deze betaling het onderpand bevrijdt van een deel van de schuld: het bevrijdt echter niet een [fysiek] deel van het onderpand: het gehele onderpand blijft juist bezwaard: maar slechts voor het resterende gedeelte van de schuld.’ (*Pignoris liberatio est individua. hoc dicit. Aliter dic ex personis heredum conditio obligationis non mutatur. hoc dicit. quid ergo operatur solutio partis debiti. Respondeo quod liberat pignus a parte debiti: non tamen liberat parte pignoris: immo remanet totum obligatum pignus: sed pro residuo tantum debiti*).

48 Baldus ad C. 8,27,16: ‘Hoewel een van de erfgenamen van de schuldenaar zijn erfdeel in de schuld volledig heeft betaald, verhindert hij daarmee zelfs niet de verkoop van het onderpand tot verhaal van zijn erfdeel in de schuld. Let op dat velen het tegenovergestelde menen. De reden is dat de aard van het zekerheidsrecht ondeelbaar is, zoals blijkt uit C. 8,27,6 en dat door de persoon van de erfgenaam de aard van de verbintenis niet wordt veranderd, zoals blijkt uit D. 45,1,2,2 en D. 45,1,85. Over dit geval was meer verwarring dan over het geval waarin hij [betaling van zijn erfdeel] had aangeboden, omdat het scheen dat nadat hij zijn deel had betaald, het onderpand slechts voor een deel bezwaard bleef, en dat is juist: toch kan het geheel voor dat deel worden verkocht. Hij bevrijdt geen enkel deel [van de zaak van het pandrecht], omdat het geheel kan worden verkocht.’ (*Licet unus ex haeredibus debitoris totam partem suam ipsius debiti solvat, venditionem pignoris etiam pro parte sua non impedit h.d. No. quod multi crederent contrarium. Ratio est, quia natura pignoris est individua, supra eodem l. quamdiu* [C. 8,27,6] *et quia ex persona haeredis obligationis conditio non mutatur, l. ii § ex his, de ver. obl.* [D. 45,1,2,2] *et l. in executionibus eo. tit. ibi, solvendo. Ex hoc*

Baldus voegt hieraan toe dat de erfgenaam de verkoop van het onderpand niet kan verhinderen, zelfs niet voor het deel van de schuld dat al door de erfgenaam is betaald: '*venditionem pignoris etiam pro parte sua non impedit*'. Hij drukt het dus pregnanter uit dan de constitutie zelf. Hij lijkt te willen zeggen dat het onderpand in dat geval tot verhaal van de gehele oorspronkelijke schuld wordt verkocht. Baldus noemt als rationale van deze regel: 'omdat de aard van het pandrecht ondeelbaar is' ('*Ratio est, quia natura pignoris est individua*').[49] Op een andere plaats, namelijk in zijn commentaar op C. 8,30,1, noemt Baldus de '*obligatio pignoris*' 'ondeelbaar' ('*individua*'). In deze constitutie was bepaald dat de erfgenaam niet 'zijn deel van het pand kan terugkrijgen' ('*suam portionem ex pignoribus recipere non potest*'), voordat de gehele schuld is betaald.[50] De uitdrukking dat de erfgenaam 'zijn deel uit de panden niet kan terugkrijgen' is niet duidelijk. Baldus gaat hier echter niet op in en stelt eenvoudigweg: 'je kunt niet het onderpand terugkrijgen, tenzij je alles hebt betaald'.[51] Hij vereenvoudigt de constitutie op deze wijze tot een regel dat men het pand niet kan terugkrijgen, zolang nog niet de gehele schuld is betaald. Een ander argument dat Baldus aanhaalt is de 'aard van de *actio hypothecaria*'. De aard van het hypotheekrecht brengt mee dat het hypotheekrecht niet tenietgaat, tenzij de gehele schuld is betaald.[52] Dit gebruikt Baldus

erat maior dubitatio quam si obstulisset, quia videbatur quod soluta parte, non remaneret pignus obligatum nisi pro parte, et ita est verum: tamen pro illa parte potest totum vendi. Non adimit in aliquo, quia totum potest vendi).

49 Baldus ad C. 8,27,16. Baldus verwijst daarbij naar C. 8,27,6 en Butrigarius. De terminologie verschilt echter. Bij C. 8,27,6 stelt Baldus zelf dat '*ius pignoris individuum est*', terwijl Butrigarius bij C. 8,27,6 opmerkt: '*pignoris liberatio est individua*'.

50 C. 8,30,1 'Degene die voor een deel als erfgenaam opkomt, kan zijn deel van de onderpanden niet terugkrijgen, tenzij hij de gehele schuld betaalt.' (*Qui pro parte heres extitit, nisi totum debitum exsolvat, suam portionem ex pignoribus recipere non potest*).

51 Baldus ad C. 8,30(31),1: 'Het onderpand wordt niet herkregen, tenzij de schuld volledig wordt betaald. Ofwel: het pandrecht is ondeelbaar. Ofwel: door de erfgenamen wordt de aard van de verbintenis niet veranderd. Dit zegt deze wet volgens Butrigarius. Zie C. 8,27,16 en D. 45,1,2,2.' (*Nisi debitum integraliter solvatur, pignus non recuperatur. h.d. Vel sic. Pignoris obligatio est individua. Vel sic, in personis heredum obligationis conditio non mutatur. h.d. secundum But. supra de dist. pig. l. unus ex multis* [C. 8,27,16] *et de ver. ob. l. ii § 1* [D. 45,1,2,2]).

52 Baldus ad C. 4,16,1: 'In de tweede tegenwerping wordt hier gezegd, dat als een bezwaarde zaak zich bij een van de erfgenamen bevindt, dat hij voor het geheel wordt aangesproken. Een andere opvatting is dat het hypotheekrecht niet meer bestaat, behalve voor de delen van de mede-erfgenamen, omdat de hypotheekactie is uitgedoofd voor dat deel, waarvoor hij eigenaar is geworden van het onderpand, zoals blijkt uit D. 50,17,45*pr*. De oplossing ligt in de aard van de hypotheekactie, die namelijk niet wordt opgeheven tenzij de schuld wordt betaald, er wordt [dus] voor het geheel geprocedeerd. Maar wat betreft de eigendom staat er een verweer ter beschikking ten aanzien van dat deel, waarvan de eiser eigenaar is. Zo interpreteert de glosse het. Over de aard van de eerdergenoemde hypotheekactie kunt u D. 44,2,30,1 aanvoeren.' (*Secundo opp. dicitur hic, quod si res obligata penes unum cohaeredem reperiatur, insolidum conveniatur. Contra, quia hypothecaria est exstincta in ea parte, in qua est factus dominus pignoris, ut l. neque pignus, de reg. iur.* [D. 50,17,45 *pr*.] *ergo non durat hypotheca, nisi pro partibus cohaeredum. Sol. attenta natura hypothecariae, quae non tollitur nisi debitum solvatur, insolidum agatur. Sed attento dominio obstat exceptio in ea parte, pro qua agens*

als argument voor het feit dat de hypotheekhouder nog steeds een hypotheekrecht heeft wanneer een deel van de verzekerde schuld teniet is gegaan. Materieelrechtelijk staat Baldus dus dezelfde regel voor bij het hypotheekrecht als bij het pandrecht, al gebruikt hij in dit verband niet de term 'ondeelbaar'.

Accursius sluit in de glosse aan bij de terminologie van de constituties en stelt dat de *actio hypothecaria* '*in solidum*' kan worden ingesteld tegen de erfgenamen van de schuldenaar die in het bezit zijn van bezwaarde zaken, in tegenstelling tot de *actio personalis* die slechts *pro parte hereditaria* kan worden uitgeoefend.[53] Dit betekent dat van iedere erfgenaam van de schuldenaar de gehele bezwaarde zaak kan worden opgeëist, zolang nog niet de gehele schuld van de erflater is voldaan. Bovendien kon het onderpand worden verkocht, zolang nog niet de gehele schuld van de erflater was voldaan.[54] Dit was tot zover al voldoende duidelijk voor het Romeinse recht. In de glosse wordt echter, naast de pand- en hypotheekteksten die in het hoofdstuk over het Romeinse recht zijn behandeld, ter ondersteuning van deze stelling een nieuw argument aangevoerd. Volgens de glosse kan de *actio hypothecaria in solidum* worden ingesteld, omdat de '*condicio obligationis*', een uitdrukking die kan worden vertaald als de 'aard van de verbintenis' niet verandert door het opkomen van erfgenamen.[55] De gedachtegang van de glosse lijkt als volgt te zijn geweest. De hypotheekhouder was jegens de schuldenaar zelf gerechtigd voor het kleinste gedeelte van de schuld zijn hypotheekrecht uit te oefenen. Dit recht nu van de hypotheekhouder wordt niet gewijzigd door de opkomst van erfgenamen. Het verweer van een erfgenaam van de schuldenaar dat hij zijn deel van de schuld al had betaald kon niet verhinderen dat het onderpand door de zekerheidsnemer werd opgeëist ter executie. Dit argument van de glosse wordt nadien door vele andere glossatoren en commentatoren aangehaald.[56]

Van de juristen die in deze paragraaf worden besproken besteedt Bartolus het minst aandacht aan deze vorm van ondeelbaarheid. Slechts bij C. 4,16,1 merkt hij op dat de erfgenamen van de schuldenaar met de *actio hypothecaria in solidum* kunnen worden aangesproken.

---

est dominus. Ita intelligit glo. De natura autem hypothecariae praedictae habes ff. de except. rei iu. l. ex sextante, § Latinus Largus [D. 44,2,30,1]).

53 Gl. '*unus ex multis*' ad C. 8,27(28),16 en glosse '*conveniuntur*' ad C. 8,31(32),2.

54 Gl. '*non prohiberis*' ad C. 4,16,1; gl. '*unus ex multis*' ad C. 8,27(28),16; gl. '*non potest*' ad C. 8,30(31),1; gl. '*in solidum*' ad C. 8,31(32),1 en gl. '*conveniuntur*' ad C. 8,31(32),2.

55 Gl. '*non potest*' ad C. 8,30(31),1. Het argument '*non enim ex persona heredum condicio obligationis immutatur*' is afkomstig uit D. 45,1,2,2 (Paulus).

56 Bijv. door Baldus (ad C. 8,27,16) en Butrigarius (ad C. 8,30,1).

3.5 De ondeelbaarheid van het hypotheekrecht ten behoeve van de erfgenamen van de schuldeiser

Het hierboven beschreven onderscheid in terminologie en overeenkomst in materieelrechtelijke regels, doet zich in de middeleeuwse bronnen ook voor in het spiegelbeeldige geval, namelijk wanneer de schuldeiser-zekerheidsnemer overlijdt met achterlating van verschillende erfgenamen. In twee teksten uit het Corpus Iuris, te weten D. 13,7,11,4 en C. 8,31(32),1, wordt deze casus behandeld.[57] Zolang nog niet de gehele vordering van de erflater-schuldeiser teniet was gegaan, bleef het zekerheidsrecht bestaan tot zekerheid van de vorderingen van de erfgenamen van de schuldeiser. Dit gold in het Romeinse recht en dit is ook de *communis opinio* van de glossatoren en commentatoren. Er zijn slechts twee juristen die deze regel in verband brengen met de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht, namelijk Odofredus en Baldus.[58] Zij begrijpen hieronder dat het gehele onderpand bezwaard blijft totdat alle vorderingen van de erfgenamen zijn voldaan. Hier geldt echter opnieuw dat hun opvatting *materieelrechtelijk* niet afwijkt van die van juristen die niet de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht aannemen, zoals Accursius en Bartolus.

Accursius' glossen bij de twee genoemde teksten bevatten slechts verwijzingen naar andere teksten. Zo verwijst Accursius in de glosse '*in solidum*' bij C. 8,31,1 naar D. 13,7,11,4 en C. 8,27,16.[59] De laatste tekst bevat echter het spiegelbeeldige geval, namelijk het geval waarin de schuldenaar is overleden met achterlating van verschillende erfgenamen. Blijkbaar zag Accursius een overeenkomst tussen beide gevallen, maar nam hij niet de moeite om die overeenkomst te expliciteren. Hetzelfde geldt voor de glosse bij D. 13,7,11,4; daarin wordt verwezen naar D. 13,7,8,2.[60] In die tekst wordt opnieuw het

---

57 D. 13,7,11,4 'Wanneer een schuldeiser overlijdt met achterlating van verschillende erfgenamen en aan één van hen zijn erfdeel wordt betaald, dan moeten de andere erfgenamen daardoor geen nadeel ondervinden. Zij kunnen dus het gehele landgoed verkopen, nadat ze het bedrag aan de schuldenaar hebben aangeboden dat hij aan hun mede-erfgenaam had betaald: deze beslissing is redelijk.' (*Si creditori plures heredes exstiterint et uni ex his pars eius solvatur, non debent ceteri heredes creditoris iniuria adfici, sed possunt totum fundum vendere oblato debitori eo, quod coheredi eorum solvit: quae sententia non est sine ratione*).
C. 8,31,1 'Het is vaststaand en onbetwist recht dat wanneer de schuldeiser is overleden met achterlating van verschillende erfgenamen, de persoonlijke vordering tussen hen wordt verdeeld op grond van de wet van de twaalf tafelen, maar dat het pandrecht aan ieder voor het geheel toekomt.' (*Manifesti et indubitati iuris est defuncto creditore multis relictis heredibus actionem quidem personalem inter eos ex lege duodecim tabularum dividi, pignus vero in solidum unicuique teneri*).

58 Odofredus ad D. 13,7,11,4 en Baldus ad C. 8,31.

59 Gl. '*In solidum*' ad C. 8,31,1: 'Zoals blijkt uit D. 13,7,11,4 en betrek hierbij C. 8,27,16.' (*ut ff. de pig. act. l. solutum § si creditor.* [D. 13,7,11,4] *et facit ad l. istam supra de distractio pignor. l. unus* [C. 8,27,16]).

60 Gl. '*sine ratione*' ad D. 13,7,11,4: 'Zoals ook blijkt uit D. 13,7,8,2.' (*Ut et supra l. si neccesarias § si unus* [D. 13,7,8,2]).

tegenovergestelde geval behandeld, namelijk het overlijden van de schuldenaar met achterlating van verschillende erfgenamen. Bartolus verwoordt wel een regel die hij afleidt uit D. 13,7,11,4: '*Nisi omnibus heredibus satisfiat, poterit pignus vendi hoc dicit*'.[61] Dit is het enige wat Bartolus over deze casus zegt, want op C. 8,31,1 heeft hij geen commentaar geschreven.

De heersende leer onder de glossatoren en commentatoren kan worden weergegeven als de regel dat het zekerheidsrecht pas tenietgaat, indien alle vorderingen van de erfgenamen van de hypotheekhouder zijn voldaan. Odofredus en Baldus waren de enige juristen die dit als een consequentie van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht beschouwden.

> Wat opvalt is dat de glossatoren en commentatoren D. 13,7,11,4 geen problematische tekst vinden, terwijl de tekst door moderne romanisten sinds Dernburgs monografie over het pandrecht wel als problematisch wordt beschouwd.[62] Het probleem is volgens de laatstgenoemden dat de niet-betaalde erfgenamen van de hypotheekhouder volgens Ulpianus eerst het bedrag moeten betalen aan de schuldenaar, dat de laatste al heeft betaald aan een van de erfgenamen, voordat de niet-betaalde erfgenamen mogen overgaan tot executie van het gehele onderpand. Dit lijkt een voorwaarde voor de uitoefening van het verkooprecht door de erfgenamen van de hypotheekhouder. De erfgenamen lijken met andere woorden niet zonder meer in alle gevallen tot executie van het onderpand te mogen overgaan. De voorwaarde die Ulpianus stelt aan de uitoefening van het verkooprecht door de erfgenamen van de hypotheekhouder wordt echter door geen enkele glossator of commentator besproken. Zij interpreteren D. 13,7,11,4 eenvoudigweg als een bevestiging van de regel dat de gehele vordering van de schuldeiser-erflater moet zijn voldaan, voordat het zekerheidsrecht tenietgaat. De moeilijkheden van de tekst worden feitelijk genegeerd. Dit werpt overigens een belangrijk licht op de werkwijze van de glossatoren en commentatoren. Die is vaak omschreven als het harmoniseren van tegenstrijdigheden in het Corpus Iuris. Men hoeft echter pas te harmoniseren als men eerst een tegenspraak heeft vastgesteld. De glossatoren en commentatoren zagen in D. 13,7,11,4 echter geen tegenspraak met andere teksten. Een ander probleem dat vaak in samenhang met D. 13,7,11,4 wordt besproken betreft de vraag of de erfgenamen van de zekerheidsnemer ieder afzonderlijk het verkooprecht (*ius vendendi*) dat is verbonden aan het zekerheidsrecht mogen uitoefenen. Het is een vraag die in de moderne romanistische literatuur wordt besproken, maar die weinig aandacht van de glossatoren en commentatoren heeft gekregen. Wacke en Out leiden uit D. 13,7,11,4 af dat de erfgenamen van de hypotheekhouder slechts gezamenlijk het verkooprecht konden uitoefenen.[63] De glossatoren en commentatoren bespreken deze vraag echter nauwelijks. Odofredus fingeert bij D. 13,7,11,4 een casus waarbij aan één van de erfgenamen van de hypotheekhouder is betaald

61 Bartolus ad D. 13,7,11,4.

62 Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 41; Schulz, p. 98; Sirks, p. 315 en Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', p. 475-478.

63 Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', p. 475 e.v. en Out, p. 137.

en waarbij de andere, niet-betaalde erfgenamen het onderpand mogen verkopen. Hij stelt dus weliswaar dat de erfgenamen (meervoud) het onderpand mogen verkopen, maar het is de vraag of hij hiermee een standpunt in dit debat heeft willen innemen. Hij lijkt slechts aan te sluiten bij de tekst van D. 13,7,11,4 waarin het gaat over verschillende erfgenamen.[64] Baldus is in dit verband de enige die wel ingaat op het probleem van de uitoefening van het verkoopprecht door de erfgenamen van de hypotheekhouder. Zo merkt Baldus bij C. 8,31,1 op dat een erfgenaam van de hypotheekhouder gerechtigd is het gehele onderpand tot verhaal van zijn vordering te verkopen, ook al is hij zelf maar voor een deel erfgenaam.[65] Diezelfde opvatting komt ook naar voren in zijn commentaar op D. 13,7,11,4, waar Baldus zelfs – in een *antiqua lectura* – uitdrukkelijk stelt dat het verkoopprecht (*ius vendendi*) *in solidum* overgaat op iedere erfgenaam van de schuldeiser.[66] Het verkoopprecht was, met andere woorden, volgens Baldus niet een recht dat gemeenschappelijk aan de erfgenamen van de hypotheekhouder toekwam, maar een recht dat iedere erfgenaam afzonderlijk toekwam. Overigens baseert Baldus dit niet op de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. De ondeelbaarheid houdt bij Baldus, net als bij Odofredus en Butrigarius, slechts in dat het onderpand in zijn geheel bezwaard blijft zolang nog niet de gehele verzekerde schuld is voldaan.

3.6 Het hypotheekrecht van de legataris en de fideï-commissaire verwachter

In de voorgaande paragrafen is gebleken dat er onder de glossatoren en commentatoren een *communis opinio* bestond dat het pand- en hypotheekrecht niet tenietging, zolang niet de gehele vordering was voldaan tot zekerheid waarvan het pand- en hypotheekrecht was gevestigd. Het hypotheekrecht van de legataris en de fideï-commissaire verwachter leek de enige afwijking te zijn van deze algemene regel voor het pand- en hypotheekrecht. Sinds de uitvaardiging door keizer Justinianus in 529 van C. 6,43,1 had de legataris niet alleen een persoonlijke vordering jegens de bezwaarde erfgenamen, maar tevens een wettelijke hypotheek tot zekerheid van die vordering.[67] Dit wettelijke hypo-

64 Zie n. 57 voor de tekst van D. 13,7,11,4.

65 Baldus ad C. 8,31,1 'Let op dat het gehele onderpand door een erfgenaam kan worden verkocht tot verhaal van slechts zijn erfdeel, omdat het gehele onderpand voor hem bezwaard is, ook al is hij slechts erfgenaam voor een deel.' (*Not. totum pignus posse vendi per haeredem ratione partis suae tantum, quia totum sibi obligatum est, licet non sit haeres nisi pro parte*).

66 Baldus ad D. 13,7,11,4 'Het onderpand kan worden verkocht, tenzij aan alle erfgenamen van de schuldeiser volledig wordt betaald. Uit een oude editie: Het recht om het onderpand te verkopen gaat in zijn geheel over op iedere erfgenaam.' (*Nisi omnibus haeredibus creditoris integre solvatur, pignus potest vendi h.d. Ex lectura antiqua. Ius vendendi pignus transit ad quemlibet haeredem insolidum. hoc dicit*).

67 De fideï-commissaire verwachter had ook een hypotheekrecht, aangezien Justinianus de positie van de legataris en de fideï-commissaire verwachter had gelijkgesteld. Wij zullen hier voor het gemak de positie van de legataris als voorbeeld nemen.

theekrecht was door Justinianus in dezelfde constitutie echter aan twee beperkingen onderworpen. De legataris had ten eerste slechts een hypotheekrecht op de goederen in het vermogen van de erflater, en niet op de goederen van de erfgenamen die belast waren met de uitkering van het legaat. Bovendien kwam de legataris slechts een hypotheekrecht toe 'tot de hoogte van zijn persoonlijke vordering op de erfgenaam die hij aansprak met de *actio hypothecaria*'.[68] Dit laatste wilde zeggen dat de erfgenaam afgifte van het bezwaarde goed kon voorkomen door zijn persoonlijke schuld te betalen en dat de erfgenaam het bedrag van de executieopbrengst dat uitsteeg boven zijn persoonlijke schuld kon opeisen van de zekerheidsnemer, wanneer de zekerheidsnemer tot executie was overgegaan. Het is deze beperking van de *actio hypothecaria* van de legataris tot de hoogte van zijn vordering op de erfgenaam die in de middeleeuwen tot vragen aanleiding gaf. Men zocht naar een verklaring voor het feit dat de legataris zijn hypotheekrecht slechts geldend kon maken tot de hoogte van de persoonlijke vordering die de legataris jegens de erfgenaam had, terwijl een hypotheekhouder in andere gevallen zijn hypotheekrecht voor de volledige schuld van de erflater kon uitoefenen. Zoals reeds impliciet uit het voorgaande is gebleken was de regel van C. 6,43,1,5 slechts relevant wanneer er verschillende erfgenamen waren, zoals uit het volgende voorbeeld moge blijken.[69]

Stel dat een erflater een geldsom van € 1.000 legateert aan A. De erflater overlijdt met achterlating van twee erfgenamen B en C die voor gelijke delen erfgenaam zijn. Legataris A heeft dan een persoonlijke vordering op B voor € 500 en een persoonlijke vordering op C voor € 500.[70] A heeft daarnaast tot zekerheid van zijn legaat een hypotheek op alle boedelgoederen. Legataris A kan dit hypotheekrecht echter niet onverdeeld uitoefenen, maar kan slechts een hypotheekrecht tegen een erfgenaam die in het bezit is van boedelgoederen instellen tot de hoogte van de persoonlijke schuld van die erfgenaam. A heeft

68 Zie voor beide beperkingen C. 6,43,1,5 'In al deze gevallen willen wij echter zowel dat eenieder slechts in die mate met de hypotheekactie kan worden aangesproken, als waarin de persoonlijke rechtsvordering tegen hem kan worden ingesteld, als dat slechts de goederen zijn verhypothekeerd die van de erflater op hem zijn overgegaan, en niet de goederen van de erfgenaam zelf of de goederen van een andere persoon die met de uitkering van zaken is belast.' (*In omnibus autem huiusmodi casibus in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit, et hypothecam esse non ipsius heredis vel alterius personae quae gravata est fideicommisso rerum, sed tantummodo earum, quae a testatore ad eum pervenerint*).

69 Wanneer er slechts een erfgenaam van de testator was, dan had de legataris slechts één vordering die hij op die erfgenaam kon verhalen en jegens wie hij ook zijn hypotheekrecht voor het volledige bedrag kon uitoefenen.

70 Zie D. 31,33*pr*. 'Hij antwoordt: de opeising van het legaat komt jegens erfgenamen slechts naar verhouding van hun erfdelen toe en de mede-erfgenamen dienen niet te worden belast voor degenen die niet in staat zijn om te betalen.' (*Respondit: legatorum petitio adversus heredes pro partibus hereditariis competit nec pro his qui solvendo non sunt onerari coheredes oportet*).

dus met andere woorden *twee* hypotheekrechten, ieder voor het verhaal van € 500. Dit betekende dat de constitutie van Justinianus voor het hypotheekrecht van de legataris bewerkstelligde dat de legataris niet zijn volledige vordering tot uitkering van het legaat kon verhalen op een van de bezwaarde boedelgoederen. In het gekozen voorbeeld kan legataris A dus niet zijn hypotheekrecht uitoefenen jegens een van de erfgenamen voor het bedrag van € 1.000. De erfgenaam die werd aangesproken met de *actio hypothecaria* kon derhalve afgifte van boedelgoederen voorkomen door zijn deel van de schuld te betalen, in casu door betaling van € 500. Dit nu vonden de glossatoren en commentatoren problematisch.[71] Normaal gesproken kon de hypotheekhouder namelijk wel de bezwaarde goederen onder de erfgenaam uitwinnen voor de gehele schuld van de erflater, ook al was de erfgenaam zelf slechts voor een deel van die schuld persoonlijk aansprakelijk. Het hypotheekrecht van de legataris correspondeerde wat dat betreft dus niet met het hypotheekrecht van andere crediteuren. De oplossing die sinds de glosse wordt aangedragen is dat het hypotheekrecht van de legataris een 'speciaal geval' betreft.[72] Normaliter kon de hypotheekhouder volgens de glosse namelijk eenieder van de erfgenamen van de schuldenaar *in solidum* met de *actio hypothecaria* aanspreken (C. 8,31,2), terwijl in C. 6,43,1,5 de erfgenamen *pro rata* worden aangesproken met de *actio hypothecaria*.

De vraag rijst wat de glosse bedoelt met het *pro rata* instellen van de *actio hypothecaria*. De glosse verwijst in dit verband naar C. 11,33,2, een constitutie van keizer Constantijn over (fiscale) schuldenaren van steden ('*De debitoribus civitatum*'). De keizer bespreekt in deze constitutie de verhaalsmogelijkheden van steden, in het geval waarin de schuldenaar zelf niet solvent is en de schuldenaar bovendien aan derden verschillende vermogensbestanddelen heeft vervreemd, die hij op het moment van het aangaan van de schuld in zijn vermogen had. De keizer staat toe dat in dat geval de steden ook de derde-bezitters kunnen aanspreken, zij het slechts 'naar verhouding van de zaken die zij bezitten' (*pro rata rerum quas possident*). De keizer geeft niet aan met welke actie de steden in een dergelijk geval de derde-bezitters kunnen aanspre-

71 Deze *actio hypothecaria pro parte hereditaria* doet eveneens de vraag rijzen wat rechtens is als boedelgoederen aan derden zijn vervreemd. Deze vraag wordt noch in de constitutie noch bij de glossatoren en commentatoren aan de orde gesteld. Zij is enigszins theoretisch, want de legataris zal vooraleerst de erfgenamen aanspreken. Desalniettemin heeft de toekenning van een *actio hypothecaria* aan de legataris tot gevolg dat er een zakelijk recht op de boedelgoederen rust. Het is onduidelijk of een derde aan een veroordeling tot afgifte kon ontkomen door slechts een deel van het legaat, te weten het deel dat zijn onmiddellijke rechtsvoorganger was verschuldigd, aan de legataris te betalen.

72 Gl. '*in omnibus*' ad C. 6,43,1,5 'Let op dat legatarissen met de hypotheekactie tegen de erfgenamen van de erflater procederen naar verhouding, niet voor het geheel: dit is een speciaal geval: evenals C. 11,33,2. Normaal is daarentegen C. 8,31,2.' (*Nota legatarium agere hypothecaria contra heredes legantis pro rata, non in solidum: quod est speciale: ut not. infra de debit. civit. l. fin. lib. xi* [C. 11,33,2] *regulariter contra infra si unus ex pluri. here. l. ii* [C. 8,31,2]). Zie ook Bartolus ad C. 6,43,1,5; Baldus ad C. 6,43,1,5, nr. 17 en Cynus ad C. 6,43,1,5.

ken. Uit de glosse blijkt dat sommige juristen meenden dat het een *actio hypothecaria* betrof. De glosse bestrijdt deze opvatting echter met kracht. Volgens de glosse gaat het om een *condictio ex lege*, namelijk op grond van deze constitutie.[73] Als argument voert de glosse aan dat het niet om een *actio hypothecaria* kán gaan, omdat de actie in dat geval 'ongedeeld voor het geheel' (*individua insolidum*) zou moeten zijn.[74] De glosse noemt vervolgens echter drie gevallen waarin de *actio hypothecaria* wél *pro rata* wordt ingesteld tegen een bezitter. Ten eerste wanneer zij wordt ingesteld tegen de erfgenamen van de legator (de casus van C. 6,43,1,5), ten tweede wanneer één zaak aan twee schuldeisers tegelijkertijd in zekerheid is gegeven (de casus van D. 20,1,16,8) en ten derde wanneer twee personen tegelijkertijd vanwege dreigende schade *missio in possessionem* van dezelfde zaak verkrijgen (de casus van D. 39,2,15,18). De glosse legt echter niet uit waarom in het geval van C. 11,33,2 desondanks geen sprake kan zijn van een *actio hypothecaria* die *pro rata* tegen de derden wordt ingesteld.

Bartolus gaat hier wel nader op in. Hij onderscheidt namelijk de aansprakelijkheid van de derden in de casus van C. 11,33,2 van de gevallen die door de glosse als voorbeeld van de *actio hypothecaria pro rata* worden genoemd. Bartolus wijst op het feit dat de derden uit C. 11,33,2 naar verhouding van het bezit (*pro rata possessionis*) aansprakelijk zijn, terwijl in de gevallen die de glosse noemt, de bezitters naar verhouding van de schuld (*pro rata debiti*) aansprakelijk zijn.[75] Dit laatste geldt volgens Bartolus dus ook voor de erfgenamen van de testator die door de legataris met de *actio hypothecaria* worden aangesproken. Bartolus beschouwt het geval van C. 6,43,1,5 (de hypotheek van de legataris) en het geval van C. 11,33,2 (de *condictio ex lege* van steden tegen derde-bezitters) dan ook niet als gelijke gevallen. De vraag rijst echter wat het verschil is tussen aansprakelijkheid *pro rata possessionis* en aansprakelijkheid *pro rata debiti*. Bartolus stelt in ieder geval dat in de casus van C. 6,43,1,5 van de bezittende erfgenaam de *gehele* zaak wordt opgeëist, zij het dat de zaak slechts wordt opgeëist tot verhaal van de persoonlijke schuld van de erfgenaam.[76] Blijkbaar vormt het instellen van een *actio hypothecaria pro*

---

73 Gl. '*conveniantur*' ad C. 11,33,2; Bartolus ad C. 11,33,2, nr. 2. Bartolus voegt eraan toe: 'het is een speciaal geval ten behoeve van de stad' (*est specialis casus favore civitatis*).

74 Gl. '*obnoxiis*' ad C. 11,33,2: 'Als het een hypotheekactie zou zijn geweest, dan zou [de vordering] immers ondeelbaar en voor het geheel zijn.' (*Si enim esset hypothecaria individua insolidum esset*).

75 Bartolus ad C. 11,33,2, nr. 3.

76 Bartolus ad C. 11,33,2, nr. 3: 'Ik werp de vraag op of er andere gevallen zijn waarin bezitters naar verhouding worden aangesproken. De glosse noemt enkele gevallen. Het eerste geval betreft C. 6,43,1,5. Maar in dat geval worden zij niet aangesproken naar verhouding van dat wat het [goed dat ze bezitten] waard is, maar worden zij voor het geheel aangesproken, tot verhaal van het erfdeel waarvoor ze aansprakelijk zijn als erfgenaam van degene van wie de zaken waren. (*Quaero, utrum sint alii casus in quibus possessores conveniantur pro rata. Gl. ponit aliquos. Primus est supra communia de le. l. i in fi.* [C. 6,43,1,5]. *Sed certe ibi, non*

rata debiti geen belemmering om de gehele zaak op te eisen. De oorzaak dat het hypotheekrecht desondanks als een speciaal geval wordt beschouwd is waarschijnlijk het feit dat de legataris het hypotheekrecht niet ongedeeld, dat wil zeggen *voor het volledige legaat*, kon uitoefenen.

Bartolus en de glosse laten echter in het midden *waarom* de legataris slechts tot de hoogte van de persoonlijke schuld van de erfgenaam zijn hypotheekrecht kan instellen. Baldus bespreekt deze vraag – indirect – wel.[77] Ook op dit punt heeft Baldus weer vernieuwende gedachten. Hij stelt eerst dat het hypotheekrecht gewoonlijk ('*regulariter*') voor het kleinste gedeelte van de schuld blijft bestaan.[78] Dit komt in die gevallen echter, zo legt hij uit, vanwege het feit dat het hypotheekrecht is gevestigd door één schuldenaar ('*ex persona unius promissoris*'), terwijl dat niet het geval is bij het hypotheekrecht van de legataris. In dit geval ontstaat het hypotheekrecht '*in sensu diviso*'. Baldus lijkt daarmee te zeggen dat het hypotheekrecht van de legataris gedeeld tot stand komt, omdat het niet ontstaat als *accessorium* van één vordering, maar van verschillende vorderingen. Er is, nog weer anders gezegd, niet één vordering van de legataris tot zekerheid waarvan de legataris één hypotheekrecht heeft. Het legaat wordt namelijk pas van kracht na het overlijden van de erflater. De vordering van de legataris ontstaat dus gedeeld, indien er verschillende erfgenamen zijn die zijn bezwaard met de uitkering van het legaat.[79] Er zijn dan dus verschillende vorderingen die door verschillende hypotheekrechten zijn verzekerd.[80] Wanneer een erflater dus een som van € 1.000 legateert en vervolgens overlijdt met achterlating van twee erfgenamen A en B, dan heeft de legataris een vordering van € 500 op A en een vordering van € 500 op B. Beide vorderingen zijn verzekerd door een hypotheekrecht op de goederen van de erflater. Paulus de Castro (c. 1360-1441) interpreteert de bepaling van C. 6,43,1 ook op deze manier, al verwijst hij niet naar Baldus.[81] De interpretatie van C. 6,43,1,5 van Baldus en Paulus de Castro maakt duidelijk dat het hypotheekrecht van de legataris geen inbreuk maakt op de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht. De meeste glossatoren en commentatoren beschouwden het hypotheekrecht van de legataris echter als een afwijkend geval. Sindsdien is het hypotheekrecht van de legataris tot aan de codificaties als een *casus specialis* beschouwd en werd het dienovereenkomstig altijd afzonderlijk besproken.[82] De *communis opinio* van de glossatoren en commentatoren was dat een

---

tenebantur pro rata eius, quod valet, sed tenentur in totum, pro portione haereditaria, qua tenebatur haeres, cuius res fuerunt).

77 Baldus ad C. 6,43,1,5, nr. 17.

78 Hij verwijst daarbij naar C. 8,27,5 en D. 45,1,85,4.

79 Vgl. D. 31,33 *pr.* Zie n. 70.

80 Dit is de reden waarom bijvoorbeeld Dernburg de bepaling van C. 6,43,1,5 niet in strijd acht met de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht.

81 Paulus de Castro ad C. 6,43,1,5.

82 Hier zij, in plaats van anderen, verwezen naar Negusantius (nr. 51, p. 810) en Dernburg (*Pfandrecht I*, p. 332).

hypotheekhouder in alle andere gevallen van iedere bezitter-erfgenaam tot verhaal van de gehele schuld van de erflater bezwaarde goederen kon opvorderen.

3.7 Conclusie

Het leerstuk van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is pas ontwikkeld na het herstel van het onderwijs in het Romeinse recht in de 11e eeuw en de daarmee gepaard gaande receptie van het Romeinse recht in Europa. In het Romeinse recht sprak de jurist Papinianus weliswaar over '*causa pignoris indivisa*' (D. 21,2,65), maar dat betrof een enkele uitspraak. Bovendien werd door Papinianus niet gesproken over het 'ondeelbare', maar het 'ongedeelde' pandrecht. Odofredus (†1265) was waarschijnlijk een van de eerste glossatoren, zo niet de eerste, die veelvuldig en consequent de regel 'het pandrecht is ondeelbaar' ('*pignoris obligatio individua est*') en vergelijkbare uitdrukkingen gebruikte. Deze regel betekent bij Odofredus dat het onderpand in zijn geheel bezwaard blijft zolang nog niet de gehele schuld is voldaan tot zekerheid waarvan het zekerheidsrecht is gevestigd. Deze regel is van toepassing in de verhouding tussen schuldenaar en hypotheekhouder, maar ook in de verhouding tussen de erfgenamen van de schuldenaar en de hypotheekhouder en in de verhouding tussen de erfgenamen van de hypotheekhouder en de schuldenaar.

Butrigarius (1274-1348) en Baldus de Ubaldis (1327-1400) gebruiken ook 'ondeelbaarheidsterminologie' met betrekking tot het pandrecht. Butrigarius heeft de meest precieze omschrijving van dit probleem gegeven. Hij heeft het in zijn Codexcommentaar namelijk consequent over 'de ondeelbaarheid van de pand*aflossing*' (*pignoris* liberatio *individua est*). Dit probleem van de ondeelbare pandaflossing behelst dat het zekerheidsrecht op het volledige onderpand blijft rusten, zolang niet de volledige vordering is voldaan tot zekerheid waarvan het zekerheidsrecht is gevestigd. Baldus is daarentegen niet consequent en gebruikt vier verschillende uitdrukkingswijzen. Ondanks verschillen in uitdrukkingswijzen kunnen er tussen deze juristen geen materieelrechtelijke verschillen worden aangewezen. Net zomin als er materieelrechtelijke verschillen bestaan tussen de glossatoren en commentatoren die het pand- en hypotheekrecht wel ondeelbaar noemen en de glossatoren en commentatoren die het pand- en hypotheekrecht niet ondeelbaar noemen. Tot de laatste groep behoren Azo, Accursius, Revigny, Cynus en Bartolus. In dit hoofdstuk is gebleken dat zij materieelrechtelijk dezelfde regels kenden als de 'ondeelbaarheidsjuristen'. De groep van Accursius was echter wel van mening dat de zekerheidsnemer bij de uitwinning geen onbeperkt keuzerecht had ten aanzien van de bezwaarde goederen. De *communis opinio* onder deze groep was dat de zekerheidsnemer zijn verkooprecht te goeder trouw moest uitoefenen. Dit hield concreet in dat de zekerheidsnemer, als er verschillende goederen tot

zekerheid van dezelfde schuld waren bezwaard, een onderpand moest verkopen dat in waarde in verhouding stond tot de hoogte van de verzekerde vordering; voor een restschuld mocht hij dus niet het duurste onderpand verkopen, als hij zijn vordering ook zou kunnen verhalen op de opbrengst van een minder dure zaak. De verkoop en overdracht van een bezwaard goed was echter *in goederenrechtelijke zin* onaantastbaar, ook als de zekerheidsnemer niet te goeder trouw had geëxecuteerd. De inperking van het keuzerecht bracht dus geen goederenrechtelijke beperkingen mee. De 'ondeelbaarheidsjuristen' waren eveneens van mening dat de zekerheidsnemer zijn verkooprecht te goeder trouw moest uitoefenen. Odofredus was echter een uitzondering. Hij nam niet een dergelijke inperking van het keuzerecht van de zekerheidsnemer aan. Dit keuzerecht van de zekerheidsnemer zag hij echter niet als een uitvloeisel van de regel '*pignoris obligatio individua est*'.

Het werk van de glossatoren en commentatoren wordt vaak gekarakteriseerd door te wijzen op hun visie op het Corpus Iuris als een in zichzelf coherent wetboek en de daaruit voortvloeiende noodzaak schijnbaar tegenstrijdige bepalingen in dit wetboek met elkaar te harmoniseren. De harmonisatie van teksten is echter pas noodzakelijk, indien men een tegenstrijdigheid heeft vastgesteld. De vaststelling van een tegenstrijdigheid is met andere woorden een kwestie van interpretatie. Voor de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht nu geldt dat de in dit hoofdstuk behandelde glossatoren en commentatoren de teksten uit het Corpus Iuris die ook in het hoofdstuk over het Romeinse recht zijn besproken niet met elkaar in tegenspraak achtten. Dit heeft niet alleen te maken met het feit dat veel teksten ondubbelzinnig de rechtsregels (lijken) aan (te) geven, maar ook met het feit dat de middeleeuwse juristen elke tekst herinterpreteerden als een bepaalde casus. In een aantal gevallen hebben zij de moeilijkheden van de teksten daarbij – in de ogen van moderne romanisten – genegeerd. In een aantal gevallen waarin de moderne romanistische literatuur een tegenstrijdigheid vermoedt, wordt bijvoorbeeld door de glossatoren en commentatoren – opvallend genoeg – geen tegenspraak aanwezig geacht. Een voorbeeld hiervan biedt D. 13,7,11,4, waarin Ulpianus volgens moderne romanisten de uitoefening van de executiebevoegdheid door de erfgenamen van de hypotheekhouder aan een voorwaarde verbindt (zie § 3.5). De middeleeuwse juristen lazen echter geen voorwaarde in de tekst en lazen de tekst eenvoudigweg als een bevestiging van de regel dat alle erfgenamen van de hypotheekhouder moeten zijn betaald, voordat het zekerheidsrecht tenietgaat. De enige horde die de glossatoren en commentatoren wel namen, was het harmoniseren van C. 6,43,1,5 (een deelbaar hypotheekrecht) met C. 8,31,2 (een ondeelbaar hypotheekrecht). Dit deed men door het hypotheekrecht van de legataris van C. 6,43,1,5 als een uitzonderingsgeval te beschouwen (zie § 3.6). Deze oplossing lag voor de hand, gezien de hoeveelheid teksten in de Digesten en Codex die de ondeelbaarheid van het zekerheidsrecht in alle andere gevallen bevestigen.

Tot slot kan worden geconcludeerd dat vragen die men tegenwoordig aan de teksten uit het Corpus Iuris stelt, niet altijd ook door de middeleeuwse juristen werden gesteld. In dit verband kan bijvoorbeeld worden gewezen op de vraag of de erfgenamen van de hypotheekhouder ieder voor zich gerechtigd zijn het onderpand te verkopen. Deze vraag wordt in de moderne romanistische literatuur in verband met de ondeelbaarheid besproken, maar deze vraag wordt door de middeleeuwse juristen – op Baldus na – niet besproken. Baldus stelde met zoveel woorden dat het verkooprecht (*ius vendendi*) overging op iedere erfgenaam van de hypotheekhouder. Deze regel baseerde hij echter niet op de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Waar de glossatoren en commentatoren het hebben over de ondeelbaarheid van het pandrecht doelen zij, om kort te gaan, enkel op de regel dat het gehele onderpand bezwaard blijft, zolang nog niet de gehele vordering tot zekerheid waarvan het pand- of hypotheekrecht is gevestigd, is voldaan.

4 *Ius commune II*: Charles Dumoulin (1500-1566) – *Extricatio labyrinthi dividui et individui*

4.1 INLEIDING

Het leerstuk van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is, zoals in hoofdstuk 3 is aangetoond, ontwikkeld door de middeleeuwse glossatoren en commentatoren. Zij schaarden verschillende teksten uit het Corpus Iuris onder de rechtsspreuk '*pignoris causa individua est*'. Hiermee doelden zij op het feit dat het zekerheidsrecht pas teniet ging als de gehele vordering was voldaan tot zekerheid waarvan het zekerheidsrecht was gevestigd. In het omvangrijke corpus aan glossen en commentaren van de middeleeuwse juristen waren nog verschillende andere leerstukken van ondeelbaarheid ontwikkeld. Zo kenden de glossatoren en commentatoren bijvoorbeeld ook een uitgebreid leerstuk van deelbare en ondeelbare verbintenissen. De 16e-eeuwse Franse jurist Charles Dumoulin (Carolus Molinaeus, 1500-1566) heeft orde proberen te scheppen in deze materie in een omvangrijk werk over deelbaarheid en ondeelbaarheid.[1] De titel van het werk is programmatisch en luidt in vertaling 'Ontwarring van het doolhof van deelbaarheid en ondeelbaarheid' (*Extricatio labyrinthi dividui et individui*). Dumoulins ambitie was om alle vormen van deelbaarheid en ondeelbaarheid in het civiele recht te beschrijven en daarbij de in de loop der tijd ontstane misvattingen uit de weg te ruimen.[2]

Dumoulins werk over de deelbaarheid en ondeelbaarheid heeft via het werk van Pothier grote invloed gehad op de Code civil van 1804. De regeling van deelbare en ondeelbare verbintenissen in de artikelen 1217 tot en met 1225 Code civil (oud) is bijvoorbeeld – op enkele details na – volledig overgenomen uit dit werk van Dumoulin.[3] Voor het leerstuk van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht werd door de commentatoren op de Code civil eveneens algemeen aangenomen dat de *formulering* van de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht in artikel 2114 Cc (oud) was overgenomen van Dumou-

---

1 Zie over Charles Dumoulins leven en werk: M. Gebauer, 'Charles Dumoulin zum 450. Todestag', *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2016 (4), p. 928-949.

2 Naar het gevoelen van sommigen is hij daar niet in geslaagd en heeft hij de verwarring slechts doen toenemen: 'Il éleva sur cette matière la théorie la plus abstruse et la moins intelligible', zie Charles-Bonaventure Marie Toullier (1752-1835), *Le droit civil français, suivant le ordre du code*, tome VI, Brussel 1821 (3e ed.), nr. 749.

3 Zie hierover het omvangrijke artikel van Thireau: J. L. Thireau, 'Aux origines des articles 1217 à 1225 du code civil: l'extricatio labyrinthi dividui et individui de Charles du Moulin', *TvR* 1983/51, p. 51-109.

lin.[4] De betreffende zinsnede in artikel 2114 Cc (oud) luidde: 'Elle [het hypotheekrecht, JvK] subsiste en entier sur tous les immeubles affectées, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles'. Dezelfde zinsnede was opgenomen in de tweede zin van artikel 1209 OBW, luidende: 'Dat recht is … gevestigd op alle de verbondene onroerende goederen in hun geheel, op elk van die goederen en op ieder gedeelte van dezelve'. Deze uitdrukkingen gaan terug op een leerstelling van Dumoulin in de *Extricatio*: *'hypotheca est tota in toto et tota in qualibet parte'*. In het Nederlandse recht werd en wordt bij een bespreking van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht regelmatig verwezen naar deze uitdrukking.[5] De leerstelling wordt vaak zelfs leidend geacht voor de betekenis van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht.

Het werk over deelbaarheid en ondeelbaarheid van Dumoulin vormt dus de verbindende schakel tussen het middeleeuwse *ius commune*, waarin het leerstuk van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht was ontwikkeld, en de codificaties van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in de Code civil van 1804 en het Oud Burgerlijk Wetboek. Dit rechtvaardigt een afzonderlijke behandeling van Dumoulins theorie over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. In dit hoofdstuk wordt daarom onderzocht wat Dumoulin bedoelde met de uitdrukking '*hypotheca est tota in toto et tota in qualibet parte*' (§ 4.3). Het leerstuk van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht zelf bespreekt hij op een andere plaats in de *Extricatio* en zal in § 4.4 worden besproken. Voordat we echter ingaan op Dumoulins theorie over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht volgt in § 4.2 eerst een korte beschrijving van de context van het werk en de opzet van het werk.

4.2 De *Extricatio labyrinthi dividui et individui*

De *Extricatio labyrinthi dividui et individui* is voor het eerst in 1561 uitgegeven. Het werk kan worden beschouwd als een trakataat of monografie, omdat Dumoulin in dit werk het *gehele* leerstuk van ondeelbaarheid behandelt.[6] Het

4 Aynès/Crocq 2014, nr. 680; Baudry-Lacantinerie/De Loynes, nr. 892; Cabrillac/Mouly/Cabrillac/Pétel 2007, nr. 871; Laurent, nr. 176; Marcadé/Pont, nr. 325; Mestre/Putman/Billiau 1996, nr. 449; Planiol/Ripert/Becqué, nr. 339 en Troplong I, nr. 386.

5 Zie voor het Nederlandse recht onder vigeur van het Oud Burgerlijk Wetboek bijvoorbeeld Asser/Scholten 1945, p. 461. Zie voor het huidige Nederlandse recht: Snijders/Rank-Berenschot 2017, nr. 522 en Stein, GS Aantekeningen vermogensrecht, aant. A4 bij art. 3:230 BW.

6 Er is voor dit hoofdstuk gebruik gemaakt van de Parijse editie uit 1624 van Dumoulins *Opera Omnia*, deel II, waarin de *Extricatio labyrinthi dividui et individui* is opgenomen op p. 161 (abusievelijk genummerd als p. 261) tot en met p. 546. Verwijzingen naar de *Extricatio* zijn naar deze uitgave. Het deel wordt aangegeven door een Romeins cijfer en de paragraaf door een Arabisch cijfer.

werk wijkt in die zin af van de Digestencommentaren van bijvoorbeeld Bartolus (1314-1357) en andere middeleeuwse juristen, waarin de ondeelbaarheid verspreid in het Digestencommentaar werd behandeld.[7] Dumoulins traktaat had ten doel de uiteenlopende theorieën van ondeelbaarheid te vervangen door een nieuwe, algemene theorie van 'ondeelbaarheid'. De titel geeft aan dat Dumoulin een uitweg wilde vinden uit het 'labyrint' dat zijn voorgangers hadden achtergelaten. Het werk heeft dan ook een sterk polemisch karakter. Dumoulin zet zich voortdurend af tegen de opvattingen in de '*glossae*' en opvattingen van juristen die hij slechts collectief aanduidt als '*doctores*'.

Het traktaat is waarschijnlijk tussen 1554 en 1556 aanvankelijk ontstaan als lesmateriaal, toen Dumoulin in Tübingen en Dôle les gaf. Het traktaat heeft namelijk ook kenmerken van een 'collegedictaat' (*lectura*). Het werk bestaat uit drie ongelijke delen die worden voorafgegaan door een inleiding. De afzonderlijke delen zijn op hun beurt opgebouwd uit verschillende vraagstukken (*quaestiones*). In de inleiding wordt uitgeweid over de moeilijkheden van het onderwerp en worden enkele inleidende opmerkingen gemaakt over het onderscheid tussen verbintenissen (*obligationes*) om te geven (*dare*) en te doen (*facere*). In het eerste deel worden de teksten uit het Corpus Iuris besproken die de basis vormen van het onderzoek naar de ondeelbaarheid van verbintenissen. In het tweede deel wordt vervolgens dieper ingegaan op de problematische kanten van deze teksten en hoe andere juristen die problemen hebben opgelost. In het derde en laatste deel ontwikkelt Dumoulin ten slotte zijn eigen, algemene theorie van ondeelbaarheid. De methode die Dumoulin in de *Extricatio* hanteert om tot een nieuwe theorie te komen is niet nieuw. Zijn methode is wel 'Bartolistisch' genoemd. Dumoulins uitgangspunt wordt net als voor de middeleeuwse juristen gevormd door de teksten van het Corpus Iuris. Deze teksten probeert hij met elkaar te harmoniseren; elke (schijnbare) tegenspraak moet worden opgelost. Daarbij is Molinaeus niet geïnteresseerd in de historische context van deze teksten; het gaat hem op de praktische bruikbaarheid. Hij wil een algemene theorie over ondeelbaarheid formuleren, aan de hand waarvan alle praktijkvragen met betrekking tot deelbaarheid en ondeelbaarheid kunnen worden opgelost. In de volgende paragrafen staan zijn opvattingen over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht centraal.

4.3 De leerstelling '*Hypotheca est tota in toto et in qualibet parte*'

De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht komt verspreid aan bod in het traktaat van Dumoulin. De relevante passages staan in deel II (nrs. 91 en 205-207) en deel III (nrs. 25-31). In deel II wordt de leerstelling '*hypotheca est tota in toto et in qualibet parte*' in paragraaf 91 geformuleerd. Voor de context

7 Deze paragraaf is grotendeels gebaseerd op de observaties van Thireau, zie Thireau, p. 60-61.

van deze leerstelling worden ook de paragrafen ervoor besproken. In paragraaf 83 behandelt Dumoulin de aansprakelijkheid van erfgenamen voor schulden van de erflater. Hij spreekt over het geval waarin een erflater een verbintenis tot levering van een specieszaak (*rem tradere*) of de verbintenis om een specieszaak te geven (*rem dare*) is aangegaan. Dit soort verbintenissen wordt, wanneer de schuldenaar overlijdt, van rechtswege verdeeld over de erfgenamen van de schuldenaar.[8] Dit betekent dat de schuldeiser niet van iedere erfgenaam de levering van de specieszaak kan vorderen. Iedere erfgenaam is immers slechts schuldenaar voor zijn erfdeel. De schuld blijft bovendien verdeeld, ook al heeft bijvoorbeeld één erfgenaam de betreffende specieszaak die het onderwerp is van de verbintenis na de boedelscheiding in zijn vermogen verkregen. Dit laatste incident kan volgens Dumoulin namelijk niet de aansprakelijkheid van de erfgenaam doen toenemen. De schuldeiser kan dan nog steeds tegen die erfgenaam slechts een persoonlijke vordering tot de hoogte van diens erfdeel instellen. De verbintenis tot levering van een specieszaak is met andere woorden een recht jegens een persoon dat wordt verdeeld over de erfgenamen en ook verdeeld blijft, ongeacht de vraag of de aangesproken erfgenaam in het bezit is van de specieszaak.

Dumoulin stelt hiertegenover de rechten die op een zaak kunnen worden uitgeoefend. Molinaeus stelt dat de schuldeiser van iedere erfgenaam van de zekerheidsgever met de *actio hypothecaria* het gehele bezwaarde goed kan opeisen en zich op de gehele opbrengst kan verhalen, ook al is die erfgenaam *persoonlijk* slechts gehouden tot betaling van een deel van de verzekerde schuld. De *actio hypothecaria* ziet namelijk, net als bijvoorbeeld de revindicatie, *op de zaak* en niet op degene die – min of meer – toevallig in het bezit is van de bezwaarde zaak. In paragraaf 89 van deel II herhaalt Molinaeus dat hypotheekhouders voor het geheel (*in solidum*) kunnen procederen tegen iedereen die de bezwaarde zaak in zijn bezit heeft. Molinaeus voegt hieraan toe dat dit zowel geldt voor speciale pand- en hypotheekrechten als voor generale zekerheidsrechten. De beroemde leerstelling wordt vervolgens in paragraaf 91 geformuleerd: '*Omnis hypotheca sive legis sive hominis est tota in toto, et in qualibet parte*'. In deze paragraaf zet Dumoulin zich af tegen de opvatting van Franciscus Aretinus (Francesco Accolti, 1418-1486). Deze beweerde volgens Dumoulin dat niet alleen de persoonlijke schuld werd verdeeld over de erfgenamen van de schuldenaar, maar dat ook het hypotheekrecht ten opzichte van hen werd verdeeld. Waarschijnlijk dient dit zo te worden opgevat dat Aretinus meende dat de erfgenamen slechts tot de hoogte van hun persoonlijke schuld konden worden aangesproken, zelfs wanneer de schuldeiser een erfgenaam aansprak op grond van zijn hypotheekrecht.

8 Dumoulin beschouwde dit soort verbintenissen als deelbaar, omdat de erfgenamen altijd slechts *pro parte hereditaria* werden veroordeeld. De *condemnatio* was met andere woorden deelbaar.

> Enigszins anticiperend op het hoofdstuk over het oud-Franse recht kan over deze opvatting het volgende gezegd worden. De opvatting dat het hypotheekrecht ten opzichte van de erfgenamen van de schuldenaar behoorde te worden verdeeld komt men ook tegen in het oud-Franse recht. Uit het vroegste arrest van het Parlement van Parijs dat betrekking heeft op de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht blijkt dat de advocaat Johannes Nully pleitte voor een *deelbaar* hypotheekrecht. De president van het Parlement, Arnold de Corbie, verwierp deze opvatting. Dat in het oud-Franse recht de gedachte kon rijzen dat het hypotheekrecht wel deelbaar was hing samen met de bijzondere aard van het oud-Franse hypotheekrecht. De hypotheekhouder vorderde met de 'action hypothécaire' namelijk *betaling* van degene die in het bezit was van een bezwaard goed. De opvatting dat het hypotheekrecht deelbaar was en dat men slechts betaling van een deel van de schuld van één van de erfgenamen van de schuldenaar kon vorderen met de 'action hypothécaire' was in die context dus niet zo vreemd. Zeker wanneer men bedenkt dat dezelfde hypotheekhouder in het oud-Franse recht met een *persoonlijke vordering* slechts betaling van een deel van de schuld kon vorderen van één van de erfgenamen van de schuldenaar. De ondeelbaarheid van het hypotheekrecht – die in ieder geval sinds het hierboven aangehaalde arrest ook in het oud-Franse recht gold – leidde derhalve tot de curieuze situatie dat de hypotheekhouder met zijn persoonlijke vordering slechts betaling van een deel van de schuld kon vorderen, terwijl hij met zijn hypothecaire actie betaling van de gehele schuld kon vorderen. Zie hoofdstuk 5.

De opvatting van Aretinus is volgens Dumoulin volkomen onjuist (*falsissimum*). Hierop laat hij als argument de hierboven aangehaalde leerstelling volgen.[9] De leerstelling is zonder context vrij cryptisch. Zij betekent letterlijk 'Elke hypotheek, hetzij legaal hetzij conventioneel, rust in haar geheel op het geheel, en in haar geheel op elk gedeelte'. Dit moet waarschijnlijk, gelezen in de context die hierboven is weergegeven, zo worden opgevat dat de hypotheekhouder zijn hypotheekrecht altijd tot verhaal van zijn vordering op het gehele bezwaarde goed en op elk gedeelte van het bezwaarde goed kan uitoefenen. Er vindt met andere woorden geen verdeling van de hypothecaire last plaats over het bezwaarde goed, noch over de verschillende bezwaarde goederen als er verschillende goederen tot zekerheid van dezelfde schuld zijn bezwaard. Dit zijn de relevante passages uit deel II van het traktaat.[10] In deze paragrafen wordt nog niks gezegd over de deelbaarheid of ondeelbaarheid van de rechten van pand en hypotheek. Dumoulin bespreekt dit onderwerp in deel III van zijn traktaat.

---

9 Daarbij verwijst Dumoulin naar C. 8,27,6. Deze tekst was voor de glossatoren en commentatoren de *sedes materiae* van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Zie hoofdstuk 3.

10 In deel II, § 205-207 wordt door Dumoulin de (on)deelbaarheid van het *quasi pignus* van de koper en de verkoper behandeld. De uitwerking daarvan is niet anders dan bij andere pandrechten. Deze paragrafen worden hier daarom niet afzonderlijk besproken. Zie ook noot 21.

De vraag rijst waar Dumoulin zijn cryptische uitspraak over het karakter van het hypotheekrecht vandaan heeft. Deze uitdrukkingswijze heeft immers, zoals ook uit de volgende hoofdstukken zal blijken, veel invloed gehad op het leerstuk van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. De uitdrukking in artikel 1209 OBW dat het hypotheekrecht is gevestigd 'op alle de verbondene onroerende goederen in hun geheel, op elk van die goederen en op ieder gedeelte van dezelve' is immers een vertaling van de uitdrukking '*hypotheca est tota in toto, et tota in qualibet parte*'. Deze uitdrukkingswijze is waarschijnlijk door Dumoulin overgenomen uit de theologische literatuur, waarin zij werd gebruikt om de verhouding tussen de ziel en het lichaam aan te duiden. Zo werd bijvoorbeeld door Thomas van Aquino (1225-1274) over de ziel (*anima*) gezegd dat zij 'in haar geheel op heel het lichaam en in haar geheel op elk deel van het lichaam rust': '*tota* [*est anima*, JvK] *in toto corpore et tota in qualibet parte corporis*'.[11] Thomas van Aquino, 'de christelijke Aristoteles', heeft de gedachte dat de ziel geheel en ondeelbaar op het gehele lichaam rust, en in haar geheel op elk deel van het lichaam, waarschijnlijk ontleend aan een traktaat over de ziel van de Griekse wijsgeer Aristoteles (384-322 v. Chr.). Charles Loyseau (1564-1627) verwees voor de herkomst van deze uitdrukking dan ook al naar Aristoteles.[12]

4.4 De (on)deelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht

De vraag of het pand- en hypotheekrecht deelbaar of ondeelbaar is behandelt Dumoulin in de paragrafen 25 tot en met 31 van deel III van de *Extricatio*. Het uitgangspunt van Dumoulin is dat de *glossae* en de *doctores* ten onrechte hebben gesteld dat het hypotheekrecht *ondeelbaar* (*individua*) is. Dumoulin vermeldt niet welke *doctores* die mening waren toegedaan, noch in welke glossen wordt gesteld dat het hypotheekrecht ondeelbaar is.[13] Dumoulin stelt slechts dat zij dit dogma zelf hebben verzonnen: in het gehele Corpus Iuris is er geen enkele tekst te vinden waarop de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht kan worden gebaseerd. Deze misvatting van de glossen en de *doctores* is klein begonnen en langzaam uitgegroeid tot een wijdverbreid misverstand. Dit misverstand wil Dumoulin corrigeren.

Volgens Dumoulin is het hypotheekrecht (*hypotheca*) wel deelbaar. De vraag is natuurlijk wat hij hiermee bedoelt: wil hij hiermee zeggen dat het zekerheidsrecht gedeeltelijk teniet gaat wanneer de schuldenaar een deel van de schuld betaalt en dat de hypotheekhouder vervolgens nog slechts een deel van de oorspronkelijk bezwaarde zaak kan executeren? Dat is niet het geval. In paragraaf 25 en 26 van deel III stelt hij dat noch een schuldenaar, noch zijn

11 Zie bijvoorbeeld Th. van Aquino, *Summa Theologiae*, *pars* I, *quaestio* 76, *articulus* 8.

12 C. Loyseau, *Traité du deguerpissement et délaissement par hypotheque*, Parijs 1615, boek 2, hoofdstuk 11, nr. 8. Zie nader over (de invloed van) dit traktaat van Aristoteles S. W. de Boer, *The science of the soul: the commentary tradition on Aristotle's* De Anima, *c. 1260-c.1360*, Leiden: Leiden University Press 2013.

13 Zie hoofdstuk 3 over de glossatoren en commentatoren.

erfgenaam het onderpand kan aflossen (*luere*) door een deel van het verschuldigde bedrag te betalen, of ter betaling aan te bieden.[14] Volgens Dumoulin is de rationale van deze regel níet de ondeelbaarheid van de verbintenis. De verbintenis is juist in elk opzicht, zelfs wat de betaling betreft, deelbaar. De schuldeiser raakt namelijk in schuldeisersverzuim wanneer hij de betaling van een deel van de verzekerde schuld door een van de erfgenamen van de schuldenaar niet wil aannemen.[15] Het is ook niet zo dat het volledige goed bezwaard blijft, omdat het bezwaarde goed ondeelbaar is. Het kan immers het geval zijn dat het bezwaarde goed deelbaar is. Desondanks blijft ook in dat geval de regel gelden dat het gehele onderpand bezwaard blijft zolang nog niet de gehele schuld is betaald.

De reden is ook niet dat de aflossing van het pand (*luitio pignoris*) ondeelbaar is. Dumoulin stelt dat zowel de *vestiging* van een hypotheekrecht als de *aflossing* van een hypotheekrecht *deelbaar* is. Ten aanzien van de vestiging bedoelt hij hiermee dat een pand- of hypotheekrecht zowel tot zekerheid van een deel van de schuld kan worden gevestigd, als op een verdeeld aandeel (*pars divisa*) of een onverdeeld aandeel (*pars indivisa*) in een bepaald goed kan worden gevestigd.[16] Ten aanzien van de aflossing, ofwel het tenietgaan van het zekerheidsrecht, doelt hij op het feit dat het zekerheidsrecht op allerlei wijzen, bijvoorbeeld door middel van een overeenkomst of door vermenging gedeeltelijk teniet kan gaan. Dumoulin heeft bij het gedeeltelijk tenietgaan van het zekerheidsrecht twee uiteenlopende gevallen op het oog. Ten eerste is het volgens hem mogelijk dat de *verzekerde vordering* gedeeltelijk teniet gaat, waarbij het zekerheidsrecht op het gehele onderpand blijft rusten. Ten tweede kan het zekerheidsrecht gedeeltelijk tenietgaan in de zin dat het *bezwaarde goed* of de bezwaarde goederen gedeeltelijk worden bevrijd van het zekerheidsrecht.[17] In het eerste geval blijft het gehele bezwaarde goed verbonden voor de resterende schuld (het *residuum*). In het tweede geval geldt dat de rest van het onderpand tot verhaal van de gehele schuld verbonden blijft, tenzij door partijen uitdrukkelijk anders is overeengekomen, voorzover partijen hierover kunnen beschikken.[18] De conclusie van Dumoulin is dat een pand- en hypotheekrecht en de aflossing van die rechten net zo deelbaar is als de schuld tot zekerheid waarvan deze rechten zijn gevestigd (*principale debitum*).

---

14 Dumoulin verwijst naar D. 10,2,25,14 en C. 8,30,1. Zie hoofdstuk 2 voor een bespreking van deze teksten.

15 Dumoulin verwijst naar D. 46,3,9,1.

16 Zie D. 20,6,7,4.

17 Zie D. 20,6,7,3.

18 Met dat laatste lijkt Dumoulin te doelen op het feit dat een erfgenaam van de schuldeiser wiens vordering door de schuldenaar wordt betaald, niet ten nadele van zijn mede-erfgenaam met de schuldenaar kan overeenkomen dat het onderpand wordt bevrijd van het zekerheidsrecht. Dumoulin verwijst hierbij naar D. 21,2,65. Zie ook het vervolg van de hoofdtekst.

Dumoulin lijkt met zijn stelling dat de *aflossing* van het pand- en hypotheekrecht *deelbaar* is zich af te zetten tegen de opvatting van Butrigarius (1273-1348). Butrigarius was de enige middeleeuwse jurist die de aflossing/bevrijding van het pand- en hypotheekrecht ondeelbaar noemde ('*pignoris liberatio individua est*').[19] Dumoulin noemt Butrigarius echter niet.

Dumoulin resumeert zijn opvatting in paragraaf 28 van deel III door te stellen dat het correct en precies is om te zeggen dat een hypotheekrecht strikt genomen *deelbaar* is, zowel van de kant van de schuldeiser (de actieve zijde) als van de kant van de schuldenaar (de passieve zijde). Maar, zo vervolgt hij, en hier maakt hij een subtiel onderscheid, het hypotheekrecht wordt niet *gedeeld*. De Wet van de Twaalf Tafelen verdeelt namelijk wel van rechtswege zowel aan de actieve als de passieve zijde verbintenissen over de erfgenamen, maar voorwaarden (*conditiones*) worden bijvoorbeeld niet verdeeld.[20] Op dezelfde wijze worden het pand- (*pignus*) en hypotheekrecht (*hypotheca*) ook niet verdeeld, noch de aflossing hiervan. Deze zekerheidsrechten blijven zowel aan de actieve als de passieve zijde *ongedeeld*. Het subtiele onderscheid bestaat dus hierin dat deze zekerheidsrechten wel *deelbaar* zijn, maar dat ze *ongedeeld* worden gelaten. Dit past in Dumoulins algemene theorie van ondeelbaarheid, inhoudende dat een recht ten principale wel *deelbaar* kan zijn, maar dat dit nog niet wil zeggen dat het recht ook daadwerkelijk wordt *gedeeld*.[21] Dit laatste geldt volgens hem voor het pand- en hypotheekrecht: in principe zijn deze rechten in alle opzichten deelbaar (potentie), maar worden zij niet gedeeld (act). Volgens Dumoulin moet dus eigenlijk worden gesproken van de 'ongedeeldheid' van het pand- en hypotheekrecht. Hij laat zien hoe dit 'ongedeeld zijn' uitwerkt aan de actieve en passieve zijde van de rechtsverhouding.

Voor de passieve zijde blijkt de ongedeeldheid van het zekerheidsrecht uit D. 10,2,25,14 en C. 8,30,1. Als er twee erfgenamen zijn van een schuldenaar of er zijn van begin af aan twee schuldenaren en één biedt betaling aan van zijn deel of betaalt zijn deel, dan kan die schuldenaar desondanks niet de helft van het onderpand terugkrijgen. Deze regel gaat ook op als het een eenvoudig, bijvoorbeeld naar aantal, deelbaar onderpand betreft, zoals wanneer er twee identieke vazen zijn verpand. De schuldeiser kan beide vazen onder zich houden totdat de gehele schuld is betaald. Bovendien is hij gerechtigd beide vazen te verkopen wanneer niet de gehele schuld is betaald. Voor de actieve zijde blijkt uit D. 13,7,11,4 dat het pand- en hypotheekrecht ongedeeld blijft. Wanneer een schuldeiser drie erfgenamen heeft en de schuldenaar heeft aan één erfgenaam een derde van de verzekerde schuld betaald, dan kunnen de andere twee schuldeisers het gehele verhypothekeerde landgoed (*fundus*) verkopen. Het is dus niet zo dat zij nog slechts een deel van het landgoed

19 Zie hoofdstuk 3.
20 Zie D. 35,1,56.
21 Vgl. Thireau 1983, p. 62-64.

kunnen verkopen. Het gehele landgoed kan wel slechts tot verhaal van de resterende vordering (*residuum*) worden verkocht.[22] Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* wanneer drie schuldeisers een lening verstrekken en tot zekerheid daarvan één hypotheekrecht verkrijgen.

Vervolgens bespreekt Dumoulin in paragraaf 29 van deel III enkele vragen die samenhangen met de ongedeeldheid van het pand- en hypotheekrecht. Zo bespreekt hij de vraag wat rechtens is als de schuldenaar één van de erfgenamen van de schuldeiser betaalt en vervolgens met die erfgenaam overeenkomt dat het onderpand gedeeltelijk van het zekerheidsrecht wordt bevrijd.[23] Deze overeenkomst heeft volgens Dumoulin geen effect (*quia non valet conventio*). Hij beroept zich op D. 13,7,11,4 en meer precies op de woorden '*non debent caeteri haeredes creditoris iniuria affici, sed possunt totum, etc*'.[24] Het onderpand blijft geheel voor de resterende schuld bezwaard. Dumoulin gaat verder met te stellen dat het zekerheidsrecht niet door de wet wordt verdeeld tussen de erfgenamen van de schuldeiser. Hiermee doelt hij op de Wet van de Twaalf Tafelen. Hij stelt dat een verdeling bovendien niet voordelig (*utile*) is voor de erfgenamen, maar nadelig. Een erfgenaam van de schuldeiser kan het zekerheidsrecht dus ook niet verdelen, omdat hij niet de positie van de andere erfgenamen slechter kan maken.

Vervolgens bespreekt Dumoulin in paragraaf 30 van deel III de rationale van de ongedeelde staat van het pand- en hypotheekrecht. De ratio is volgens hem evident. Men moet het volgens hem zo zien dat de partijen bij het vestigen van een pand- of hypotheekrecht *overeenkomen*, dat het zekerheidsrecht noch voor het geheel noch voor een deel teniet gaat, tenzij de gehele schuld wordt betaald. Zolang nog niet de gehele schuld is betaald tot zekerheid waarvan het pand- of hypotheekrecht is gevestigd, kan het gehele bezwaarde goed worden achtergehouden (*retineri*).[25] Bovendien kan het gehele bezwaarde goed worden verkocht (*distrahi*) tot verhaal van de resterende schuld, wanneer

---

22 Dumoulin verwijst hierbij naar D. 21,2,65. Hij wijst erop dat in deze tekst niet staat '*propter* individuam *pignoris causam*', maar '*propter* indivisam *pignoris causam*'. Dumoulin gebruikt D. 21,2,65 enkel om zijn standpunt kracht bij te zetten dat het pand- en hypotheekrecht niet 'ondeelbaar' is. Het gaat hem met andere woorden enkel om de term 'ongedeeld' (*indivisam*) in D. 21,2,65. De casus van D. 21,2,65 bespreekt Dumoulin niet.

23 In de editie van 1624 staat '*Amplio etiam si debitor uni haeredum solvendo partem suam cum eo egerit, ut pignus pro ea parte sit hypotheca exemplum?*'. In deze zin moet '*exemptum*' worden gelezen in plaats van '*exemplum*'.

24 Het lijkt correcter om te zeggen dat de overeenkomst wel geldig is, maar dat zij niet het door partijen beoogde rechtsgevolg heeft. Wellicht moet Dumoulins uitdrukking '*non valet conventio*' ook op die manier worden gelezen.

25 In deel III, § 30 blijkt heel duidelijk dat Dumoulin niet alleen het hypotheekrecht (in de zin van een bezitloos zekerheidsrecht) op het oog heeft, maar ook het vuistpandrecht. Hij spreekt namelijk over 'in vuistpand geven' (*tradendo pignus*) en het 'achterhouden' (*retineri*) van het bezwaarde goed. De stelling dat Dumoulin alleen de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht kende (zie Souhami 2008, nr. 2) is dus onzin. Het is derhalve, in tegenstelling tot wat Souhami suggereert, ook niet vreemd dat de 'gage' (een vuistpandrecht) in de Code civil van 1804 ondeelbaar is. Zie hoofdstuk 6.

de verzekerde schuld is verdeeld, ofwel voor het grootste gedeelte is betaald, ofwel op een andere wijze teniet is gegaan.[26]

Bovendien, zo gaat Dumoulin verder, is het in het *gemeenschappelijk* belang (*utilitas communis*) van de partijen bij de zekerheidsovereenkomst dat het zekerheidsrecht ongedeeld blijft. Men kent immers de waarde van de bezwaarde goederen vaak niet en zelfs als men die op het moment van vestiging wel kent, dan nog kan die waarde later variëren. Op het moment van uitwinning kan het dus gebeuren dat de bezwaarde goederen veel minder waard zijn dan de verzekerde schuld. Om die reden is het van belang dat de bezwaarde goederen volledig bezwaard blijven en kunnen worden achtergehouden (*retineri possint*) en geëxecuteerd (*executi possint*) voor elk deel van de verzekerde schuld (*pro qualibet parte debiti*). Hetzelfde geldt voor het stilzwijgende pandrecht en het quasi-pandrecht.[27] Het feit dat het pand- en hypotheekrecht *ongedeeld* blijven is dus gebaseerd op de wil van de partijen bij de zekerheidsovereenkomst, of, beter gezegd, op een vermoeden van wat partijen zijn overeengekomen. Om die reden is het pand- en hypotheekrecht volgens Dumoulin niet uit zijn aard *ondeelbaar*. Partijen kunnen namelijk ook anders overeenkomen. Volgens hem worden de rechten van pand en hypotheek dus slechts in oneigenlijke zin ondeelbaar genoemd.

4.5 Conclusie

Dumoulin bestrijdt in zijn traktaat *Extricatio labyrinthi dividui et individui* de opvatting van de middeleeuwse glossatoren en commentatoren dat de rechten van pand en hypotheek naar hun aard *ondeelbaar* zijn. Volgens Dumoulin is het pand- en hypotheekrecht strikt genomen wel deelbaar, zowel met betrekking tot de *vestiging* als de *aflossing*. Dit betekent echter niet dat er een materieelrechtelijk verschil is tussen de leer van de glossatoren en commentatoren en de leer van Dumoulin. Volgens beide blijft het pand- en hypotheekrecht op de gehele bezwaarde zaak rusten, zolang nog niet de gehele vordering is betaald tot zekerheid waarvan het zekerheidsrecht was gevestigd. Dumoulins benadering van het leerstuk van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is desalniettemin verhelderend, omdat hij inzichtelijk maakt waar de ondeelbaarheid – of 'ongedeeldheid' in zijn terminologie – op ziet. Dumoulin geeft ten eerste aan dat de ongedeeldheid van het pand- en hyotheekrecht is gebaseerd op de partijwil. De regel dat het het gehele onderpand bezwaard blijft tot zekerheid van elk deel van de verzekerde vordering is met andere woorden niet dwingendrechtelijk. Dumoulin beschouwt deze ongedeeldheid

26 D. 10,2,25,14 en C. 8,27,6.

27 Zie bijvoorbeeld D. 19,1,13,8: de verkoper kan de gehele verkochte zaak onder zich houden, zolang nog niet de gehele koopprijs is betaald. Dit is het zogeheten *quasi pignus* van de verkoper. Zie over dergelijke gevallen *Extricatio*, deel II, § 205-207.

ten tweede als een regel die in het *gemeenschappelijk belang* van de schuldeiser en de schuldenaar is. De vraag rijst in hoeverre het karakter van de ondeelbaarheid in het Franse recht onder vigeur van de Code civil van 1804 overeenkomt met de leer van Dumoulin.

5 De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het oud-Franse recht

5.1 INLEIDING

In het vorige hoofdstuk is onderzoek gedaan naar de betekenis en het karakter van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht bij Charles Dumoulin. In dit hoofdstuk wordt een geheel andere, niet-Romeinsrechtelijke invloedslijn op de regeling van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in de Code civil onderzocht, te weten het Franse gewoonterecht onder het Ancien Régime. In het hoofdstuk over het Romeinse recht is al gerefereerd aan het feit dat de historische wortels van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht voornamelijk door romanisten zijn onderzocht. Zij bestuderen enkel de Romeinsrechtelijke wortels van de nationale codificaties van het privaatrecht en besteden niet of nauwelijks aandacht aan de tussenliggende fasen van de rechtsgeschiedenis. Het Romeinse recht is echter niet in een vacuüm gerecipieerd. De Code civil is daarom ook niet slechts gebaseerd op het Romeinse recht, maar ook op het oud-Franse recht.[1] In de handboeken over het oud-Franse recht wordt de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht een enkele keer genoemd, maar wordt het onderwerp slechts summier behandeld.[2] Daarnaast wordt er in enkele (19e-eeuwse) commentaren op de Code civil verwezen naar het oud-Franse recht.[3] Deze secundaire literatuur is als uitgangspunt genomen voor het onderzoek naar het oud-Franse recht.[4]

Met het oud-Franse recht ('ancien droit français') wordt hier gedoeld op de verschillende gewoonterechten die voor de revolutie in Frankrijk van kracht waren. In het zuiden van Frankrijk was dit in overwegende mate het Romeinse

---

1 Vgl. Lokin & Zwalve, *Codificatiegeschiedenis*, p. 172 waar de 'costumiere' (gewoonterechtelijke) invloed op de Code civil vooral wordt toegeschreven aan François Bourjon (†1751), als één van de schrijvers die de samenstellers van de Code civil heeft beïnvloed.

2 Lévy & Castaldo, *Histoire*, nr. 1011 spreken over de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht. Lepointe gebruikt niet de term 'ondeelbaarheid', maar hij stelt wel dat de hypotheekhouder de gehele schuld kan opvorderen van iedere erfgenaam van de schuldenaar die in het bezit is van een bezwaard goed, zie Lepointe, *Droit Romain et ancien droit français*, nr. 857.

3 Baudry-Lacantinerie/De Loynes, VI-2, nr. 897 en Troplong, II, nr. 386 refereren aan de maxime 'Hypothèque ne se divise pas' van Antoine Loisel (1536-1617).

4 De twee standaardwerken over de totstandkoming van de Code civil van 1804, te weten dat van Locré (*Legislation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complement des codes français*, dl. VIII, Brussel 1836) en dat van Fenet (*Receuil complet des traveaux préparatoires du Code civil*, dl. II, Parijs 1836) bevatten geen aanwijzingen voor de herkomst van de artikelen 2083 en 2114 Cc (oud).

recht dat uit kracht van gewoonte van toepassing was. Deze gebieden werden vanwege de optekening van het Romeinse recht in onder andere het Corpus Iuris de 'pays de droit écrit' genoemd. Voor het recht in die gebieden kan worden verwezen naar hoofdstuk 2 over het Romeinse recht. In het noorden van Frankrijk ontstonden echter ongeveer 600 verschillende gewoonterechten.[5] Deze gebieden worden daarom de 'pays de droit coutumier' genoemd. Deze gewoonterechten ('costumen') verschilden van elkaar, maar er waren ook veel overeenkomsten tussen deze gewoonterechten. In dit hoofdstuk zal het 'droit commun', het 'gemene recht', ten aanzien van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht worden onderzocht. De meeste aandacht zal worden besteed aan de 'Coutume de Paris', aangezien dat gewoonterecht zich langzamerhand ontwikkelde tot het 'gemene recht' (droit commun) van de 'pays de droit coutumier'. Het Parijse gewoonterecht verkreeg in deze gebieden subsidiaire gelding. Het Parijse gewoonterecht werd toegepast wanneer een lokaal gewoonterecht zelf geen oplossing voor een bepaalde rechtsvraag bood.[6]

Voordat aan een bespreking van het gewoonterecht wordt toegekomen dient echter eerst de invloed van de grondrente op het hypotheekrecht te worden besproken. Veel gewoonterechtelijke rechtsfiguren werden namelijk geïnterpreteerd in Romeinsrechtelijke termen (*interpretatio passiva*) en dit leidde tot een vermenging van gewoonterechtelijke en Romeinsrechtelijke rechtsfiguren. Voor ons onderwerp is het in dit verband noodzakelijk de aandacht te vestigen op de *interpretatio passiva* van de gewoonterechtelijke grondrente als een Romeinsrechtelijk hypotheekrecht. Deze invloed van de grondrente op het hypotheekrecht wordt in § 5.2 besproken. In § 5.3 wordt vervolgens de rechtspositie van de erfgenamen van de schuldenaar besproken, aangezien de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht slechts een rol speelde in de verhouding tussen de schuldeiser en de erfgenamen van de schuldenaar. In § 5.4 wordt de rechtspositie van de erfgenamen van de schuldenaar vergeleken met de rechtspositie van derde-bezitters, om zo beter de aansprakelijkheid van de erfgenamen van de schuldenaar te kunnen karakteriseren. In § 5.5 wordt ingegaan op de pogingen van enkele schrijvers om de gewoonterechtelijke 'hypothecaire aansprakelijkheid' van de erfgenamen van de schuldenaar meer Romeinsrechtelijk te interpreteren. In § 5.6 worden tot slot enkele conclusies getrokken.

5 Lokin & Zwalve, *Codificatiegeschiedenis*, p. 167.
6 Lokin & Zwalve, *Codificatiegeschiedenis*, p. 172.

5.2 De invloed van de inheemsrechtelijke grondrente op het hypotheekrecht

Bij het onderzoek naar de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht in het oud-Franse recht dient men te beseffen dat daarin twee rechtsfiguren door elkaar lopen, namelijk de gewoonterechtelijke grondrente ('rente foncière') en het Romeinsrechtelijke hypotheekrecht. De grondrente diende als een financieringsinstrument in economieën waarin kapitaalschaarste heerste en waarin het Romeinse recht nog niet was gerecipieerd.[7] De eigenaar bezwaarde zijn grond met een rentelast en verkreeg daarvoor als tegenprestatie een geldsom ineens.[8] De *grond zelf* was dan het subject van de verbintenis tot betaling van een geldschuld (*obligatio rei*).[9] De schuldeiser moest dus strikt genomen betaling vorderen van de grond. Nu was dat vanzelfsprekend onmogelijk. De schuldeiser vorderde derhalve altijd betaling van de *bezitter* van de grond. De schuldeiser kon dus betaling vorderen van *iedere* bezitter van de grond waarop de rentelast drukte, ongeacht of de bezitter de schuld zelf was aangegaan.[10] De verschenen termijnen konden van de bezitter worden opgeëist met een persoonlijke actie, maar ook met een zakelijke actie. Met de zakelijke actie eiste men eveneens betaling van de schuld, maar deze zakelijke actie had als voordeel dat ook de termijnen konden worden opgeëist die opeisbaar waren geworden voordat de gedaagde bezitter was geworden van het bezwaarde goed:

> 'Par le moyen de l'action hypothequaire le detempteur et proprietiare est tenu de payer, non seulement les arrerages escheus de son temps, mais aussi ceux escheus avant sa detention et iouyssance, lesquelles arrerages precedens ne peuvent pas estre demandez par l'action personelle.'[11]

De grondrente was dus géén Romeinsrechtelijke rechtsfiguur, want in het Romeinse recht kon slechts een persoon het subject van een verbintenis tot betaling van een geldschuld zijn.[12]

---

7 Zie over de grondrente Zwalve, *Contemporaine ongelijktijdigheid*, p. 9-11 en meer specifiek over de grondrente in het oud-Franse recht, de 'rente foncière', Bart, *Histoire du droit privé*, p. 214-216.

8 Dit betreft de zogenoemde 'gevestigde rente' (*census constitutivus*) die in het oud-Franse recht de 'rente constituée' werd genoemd. Daarnaast kon men bijvoorbeeld ook de aankoop van een onroerend goed financieren door de koper weliswaar eigenaar te maken van het goed, maar als verkoper een rente voor te behouden. Dit was de zogenoemde 'voorbehouden rente' (*census reservativus*). Zie Zwalve, *Contemporaine ongelijktijdigheid*, p. 9-10.

9 Egger, *Vermögenshaftung*, p. 194 en Herman, *Karakter*, p. 25.

10 Egger, *Vermögenshaftung*, p. 192: 'Realobligation im Sinne eines an den Besitz geknüpften, abgeleiteten, aus der dette réelle des Grundstücks sich ergebenden Sollens.'

11 Brodeau, *Commentaire*, p. 163; Egger, *Vermögenshaftung*, p. 196. Vgl. ook de tekst van artikel 101 van de Coutume de Paris in § 5.3.3.

12 Zwalve, *Contemporaine ongelijktijdigheid*, p. 10.

In de 'pays de droit coutumier', grofweg de noordelijke gebieden van Frankrijk, kende men de Romeinsrechtelijke hypotheek niet. De Romeinsrechtelijk geschoolde juristen begonnen de grondrente echter als een Romeinsrechtelijke hypotheek te interpreteren.[13] Zo interpreteerde Dumoulin bijvoorbeeld de 'rente constituée' als een persoonlijke schuld van de renteverstrekker, waarbij hij de aanwijzing ('assignation') van een onroerend goed waarop de rentelast zou drukken interpreteerde als de vestiging van een recht van hypotheek tot zekerheid van de rente.[14] Enkele eigenschappen van de grondrente zijn daardoor overgeplaatst op het hypotheekrecht, zodat het hypotheekrecht van het oud-Franse recht om die reden níet het hypotheekrecht uit het Romeinse recht is. In het vervolg van dit hoofdstuk zal bijvoorbeeld blijken dat men met de 'action hypothécaire' – die vanaf nu zo wordt aangeduid om haar scherp te onderscheiden van de Romeinsrechtelijke *actio hypothecaria – betaling* vorderde van degene die in het bezit was van een bezwaard goed. In het Romeinse recht vorderde men nooit betaling met de *actio hypothecaria*, maar afgifte van de zaak ter executie. De 'action hypothécaire' van het oud-Franse recht is dan ook slechts te begrijpen tegen de achtergrond van de *interpretatio passiva* van de grondrente.

5.3 De rechtspositie van de erfgenamen van de zekerheidsgever

5.3.1 Inleiding

In het *ius commune* speelde de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht – onder andere – in het geval waarin een schuldenaar overleed met achterlating van verschillende erfgenamen. In dat geval werden de schulden van rechtswege op grond van de Wet van de Twaalf Tafelen verdeeld over de erfgenamen van de schuldenaar. Deze erfgenamen waren dus van rechtswege persoonlijk slechts voor hun erfdeel aansprakelijk jegens de schuldeiser. Deze 'persoonlijke aansprakelijkheid' hield in dat de erfgenamen *verbintenisrechtelijk* aansprakelijk waren jegens de schuldeiser. De erfgenamen van de schuldenaar konden – weer anders gezegd – ieder met een persoonlijke vordering (*actio in personam*) tot de hoogte van hun erfdeel door de schuldeiser worden aangesproken. Voor die persoonlijke schuld stonden zij met hun gehele vermogen in; al de goederen van de erfgenaam vormden het verhaalsobject van de schuldeiser. Wanneer de schuldenaar een zekerheidsrecht had gevestigd, rees de vraag op welke wijze de schuldeiser zijn zekerheidsrecht kon uitoefenen tegen de erfgenamen van de schuldenaar. Deze vraag rees alleen wanneer een erfgenaam bezwaarde goederen in zijn bezit had. Indien een erfgenaam een *bezwaard* goed in zijn bezit had, kon hij namelijk door de hypothecaire schuldeiser niet alleen met

13 Herman, *Karakter*, p. 23 en Zwalve, *Contemporaine ongelijktijdigheid*, p. 17.
14 Lévy & Castaldo, *Histoire*, nr. 1009.

een persoonlijke actie, maar ook met een zakelijke actie (de *actio Serviana* of *actio hypothecaria*) worden aangesproken. Met deze zakelijke actie eiste de schuldeiser afgifte ter executie van het bezwaarde goed. De erfgenaam kon echter aan een veroordeling tot afgifte ontkomen door de *gehele schuld* tot zekerheid waarvan het goed door de erflater was bezwaard, te betalen aan de hypothecaire schuldeiser. Hier dient te worden benadrukt dat betaling van de gehele schuld *geen verplichting* van de erfgenaam was, maar een mogelijkheid die hem werd geboden om aan een veroordeling tot afgifte van het bezwaarde goed te ontkomen. Wanneer de erfgenaam echter slechts zijn deel van de schuld had betaald, kon de schuldeiser nog steeds het gehele bezwaarde goed onder hem opeisen en executeren. Dit werd in het *ius commune* de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht genoemd.

In de handboeken over het oud-Franse recht nu wordt de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht enkel besproken in het kader van de aansprakelijkheid van de erfgenamen van de schuldenaar. Er wordt daarbij een onderscheid gemaakt tussen de 'obligation aux dettes' (aansprakelijkheid) en de 'contribution aux dettes' (draagplicht). Het eerste begrip heeft betrekking op de vraag op welke wijze de schuldeiser zijn vordering kon verhalen op de erfgenamen, terwijl het tweede begrip betrekking heeft op de vraag in hoeverre de erfgenaam zelf de schuld moest dragen. Zo waren bijvoorbeeld de erfgenamen van de schuldenaar in Normandië en Amiens hoofdelijke schuldenaren ('obligation aux dettes'). Indien echter één van de erfgenamen de schuldeiser had betaald, kon hij regres nemen op zijn mede-erfgenamen ('contribution aux dettes').[15] De meeste costumen kenden echter de Romeinsrechtelijke verdeling van de schulden over de erfgenamen, waarbij de erfgenamen dus slechts door de schuldeiser konden worden aangesproken tot betaling van hun erfdeel in de schuld en waarbij de erfgenamen bovendien ook slechts draagplichtig waren voor hun erfdeel in de schuld. Deze regeling van aansprakelijkheid van de erfgenamen voor de schulden van de erflater vormde grofweg vanaf de 16e tot en met de 18e eeuw het gemene recht in Frankrijk.

In het handboek van Lévy en Castaldo wordt gesteld dat de ondeelbaarheid van de 'action hypothécaire' een uitzondering vormde op de aansprakelijkheid naar verhouding van de erfdelen van de erfgenamen van de schuldenaar:

> 'La plupart des coutumes, au contraire, acceptaient, comme à Rome, la *division* de plein droit et immédiate des dettes héréditaires entre les co-héritiers. Mais ce principe supportait deux exceptions: l'une de droit, l'autre de fait. L'exception *de droit* concernait *l'action hypothécaire*. On considère, en effet, que l'hypothèque est

15 Lévy & Castaldo, *Histoire*, nr. 1011.

> indivisible car elle porte sur le bien lui-même, suivant l'adage bien connu *Tota est in toto, tota in qualibet parte*.'[16]

De strekking van dit betoog is dat in de meeste costumen de schulden van de erflater van rechtswege over de erfgenamen werden verdeeld. De ondeelbaarheid van het hypotheekrecht zou hierop een uitzondering hebben gevormd. Dit zou dus betekenen dat de verzekerde *schuld* ongedeeld was bij de 'action hypothécaire'; iedere erfgenaam was met andere woorden aansprakelijk voor de gehele verzekerde schuld. Indien dit inderdaad het geval is geweest, dan zou het oud-Franse recht in belangrijke mate hebben afgeweken van het Romeinse recht; in het Romeinse recht werd de schuld namelijk niet ondeelbaar door het gegeven dat hij werd verzekerd door een hypotheekrecht. Lepointe betrekt de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht eveneens op de verhaalsmogelijkheden ('poursuite') van de schuldeisers. Volgens Lepointe konden de schuldeisers de erfgenamen van de schuldenaar slechts voor hun erfdeel aanspreken, behalve wanneer zij hypothecaire schuldeisers waren. Deze laatsten konden binnen de vereisten van artikel 333 van de Coutume de Paris iedere erfgenaam voor het geheel aanspreken.[17] In de volgende paragraaf wordt onderzocht wat deze 'hypothecaire aansprakelijkheid' inhield in de Coutume de Paris, het gewoonterecht van Parijs en tevens het belangrijkste gewoonterecht van Frankrijk ten tijde van het Ancien Régime.[18]

> De maxime 'hypotheque ne se divise point' die door Baudry-Lacantinerie en Troplong in hun commentaar op artikel 2114 Cc (oud) werd aangehaald, werd onder het Ancien Régime ook betrokken op de aansprakelijkheid van de erfgenamen van de hypotheekhouder. In de maximeverzameling van Davot wordt bij 'hypotheque ne se divise point' verwezen naar artikel 333 van de Coutume de Paris.[19]

5.3.2 De hypothecaire aansprakelijkheid van de erfgenamen van de schuldenaar

De aansprakelijkheid van de erfgenamen van een schuldenaar was in de artikelen 332 en 333 van de Coutume de Paris geregeld. Op grond van artikel

16 Lévy & Castaldo, *Histoire*, nr. 1011.

17 Lepointe, *Droit Romain et ancien droit français*, nr. 857.

18 Lepointe verwijst naar artikel 333 van de Coutume de Paris, waarin zou zijn neergelegd dat 'le créancier hypothécaire pouvant aux termes de l'article 333 agir pour le tout contre un des héritiers'. Zie Lepointe, *Droit Romain et ancien droit français*, nr. 857.

19 G. Davot, *Traités sur diverses matieres de droit François a l'usage de duché de Bourgogne, et des autres pays qui ressortissent au Parlement de Dijon*, 2e ed. met de noten van Jean Bannelier, deel IV, Dijon 1789, traité V, chap. IV, nr. XIX, p. 397.

332 van de Coutume de Paris werd de schuld van de erflater naar verhouding van de erfdelen verdeeld over zijn erfgenamen:

> 'Les heritiers d'un défunt en pareil degré, tant au meubles que immeubles, sont tenus personellement de payer & acquitter les debtes de la succession chacun pour telle part & portion qu'ils sont heritiers d'iceluy défunt, quand ils succedent également.'[20]
>
> Vertaling: 'De erfgenamen van dezelfde graad van een overledene, zowel van de roerende als de onroerende goederen, zijn persoonlijk gehouden de schulden van de nalatenschap te betalen en te voldoen, een ieder voor zijn erfdeel, wanneer zij in dezelfde graad erfopvolger zijn.'

A priori zou men dus verwachten dat de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht bij een dergelijke aansprakelijkheid van de erfgenamen voor de schulden van de erflater van belang zou kunnen zijn. In artikel 333 van de Coutume de Paris was de aansprakelijkheid geregeld van erfgenamen die in het bezit waren van bezwaarde goederen. Artikel 333 van de Coutume de Paris luidde als volgt:

> 'Toutesfois s'ils sont detempteurs d'heritages qui ayent appertenu au défunt, lesquels ayent esté obligez & hypothequez à la debte par ledit défunt, chacun des heritiers est tenu payer le tout, sauf son recours contre ses coheritiers.'
>
> Vertaling: 'Desondanks wanneer zij bezitters zijn van goederen die hebben toebehoord aan de overledene, [goederen] die zijn verbonden en verhypothekeerd voor de schuld door de overledene, is iedere erfgenaam gehouden alles te betalen, afgezien van zijn verhaal op zijn mede-erfgenamen.'

Uit dit artikel blijkt dat iedere erfgenaam die in het bezit was van goederen die door de erflater tot zekerheid van diens schulden waren bezwaard, was gehouden *de gehele schuld* te betalen. Indien deze erfgenaam de gehele schuld betaalde, kon hij wel regres nemen op zijn mede-erfgenamen. Dit regresrecht stemt overeen met de regeling van artikel 332 van de Coutume de Paris, op grond waarvan de erfgenamen slechts tot de hoogte van hun erfdeel draagplichtig waren. Artikel 333 van de Coutume de Paris had betrekking op de situatie dat de erfgenaam in het bezit was van bezwaarde goederen en daarmee voldeed aan de passieve legitimatie van de *actio hypothecaria*. Dit lijkt te gaan om de situatie dat de erfgenaam door de hypotheekhouder met de hypothecaire actie werd aangesproken, hoewel dit niet uitdrukkelijk in artikel 333 van de Coutume de Paris wordt genoemd. De bijzonderheid van artikel 333 van de Coutume de Paris is dat er wordt aangeknoopt bij het bezit van bezwaarde

20 Dit betreft artikel 332 Nouvelle Coutume de Paris. Het was artikel 150 Ancienne Coutume de Paris.

goederen, maar dat de erfgenamen persoonlijk aansprakelijk lijken te zijn. Dit artikel laat zien dat de persoonlijke en zakelijke aansprakelijkheid in het oud-Franse recht door elkaar liepen. In de volgende paragraaf wordt nader onderzocht wat de 'hypothecaire aansprakelijkheid' van de erfgenamen van de schuldenaar precies inhield.

5.3.3 De maxime 'chacun des heritiers est tenu payer le tout'

Het meest opvallend aan de regeling van artikel 333 van de Coutume de Paris was – zoals gezegd – dat iedere erfgenaam die in het bezit was van bezwaarde goederen is 'gehouden de gehele schuld te betalen' ('est tenu payer le tout'). Dit staat in scherp contrast tot het Romeinse recht. In het Romeinse recht kon een erfgenaam die in het bezit was van bezwaarde goederen immers slechts met een zakelijke actie (de *actio hypothecaria*) tot afgifte ter executie van het bezwaarde goed worden aangesproken. Hij kon weliswaar aan die veroordeling ontkomen door de gehele schuld tot zekerheid waarvan het goed was bezwaard te betalen, maar de gedaagde bezitter kon *nooit* tot betaling van de schuld worden veroordeeld. Dit laatste lijkt wel het geval te zijn geweest in de Coutume de Paris. De vraag is dus of de erfgenaam die in het bezit was van bezwaarde goederen inderdaad persoonlijk aansprakelijk was en zo ja, of artikel 333 van de Coutume de Paris in dat geval wel betrekking had op het hypotheekrecht.

Een eerste aanwijzing dat artikel 333 van de Coutume de Paris handelde over het geval waarin de erfgenaam door de schuldeiser *met de hypothecaire actie* werd aangesproken, ligt in de passieve legitimatie voor de aansprakelijkheid van de erfgenamen voor de gehele schuld: het betrof slechts erfgenamen die bezitters ('detempteurs') waren van goederen die door de erflater waren verbonden en verhypothekeerd ('obligez & hypothequez à la debte par ledit défunt'). Een aanwijzing dat het hier níet een hypothecaire actie – in de betekenis van een zakelijke actie die strekt tot afgifte van het bezwaarde goed – betreft, ligt echter in het feit dat elke erfgenaam is *gehouden de gehele schuld te betalen*. Dit duidt op een *persoonlijke* aansprakelijkheid van de erfgenamen. De zakelijke en persoonlijke aansprakelijkheid lijken hier dus door elkaar te lopen: het aanknopingspunt is het feit dat de erfgenaam in het *bezit* is van bezwaarde goederen, maar dit leidt tot een *persoonlijke* aansprakelijkheid van de erfgenaam.[21] De twee stellingen lijken onverenigbaar, wanneer men het artikel leest door een Romeinsrechtelijke bril. Ondanks de vermenging van de persoonlijke en zakelijke aansprakelijkheid is er in artikel 333 van de

21 Vergelijk Eggers algemene opmerking over het oud-Franse recht dat de persoonlijke en zakelijke aansprakelijkheid in het oud-Franse recht niet scherp werden onderscheiden. Zie Egger, *Vermögenshaftung*, p. ix.

Coutume de Paris sprake van een hypotheekrecht. In dit verband is het nuttig de omschrijving van de hypothecaire actie van de Coutume de Paris aan te halen. De hypothecaire actie was opgenomen in artikel 101 van de Coutume de Paris:

> 'Les detempteurs & proprietaires d'aucuns heritages obligez ou hypothequez à aucunes rentes ou autres charges réelles ou annuelles, sont tenus hypothecairement icelles payer avec les arrerages qui en sont deuz, à tout le moins sont tenus iceux heritages delaisser pour estre saisis & adjugez par decret au plus offrant & dernier encherisseur à faute de payement des arrerages qui en sont deuz, sans qu'il soit besoing de discussion, & si la rente est fonciere, doit estre l'heritage adjugé à la charge de la rente.'
>
> Vertaling: 'De bezitters en eigenaren van verbonden en verhypothekeerde goederen tot zekerheid van bepaalde rentes of andere zakelijke lasten of jaarlijkse lasten, zijn op grond van het hypotheekrecht gehouden die te betalen inclusief de achterstallige termijnen, zij zijn tenminste gehouden deze goederen af te staan om te worden beslagen en te worden toegewezen bij decreet aan de laatste en hoogste bieder wanneer zij niet de achterstallige termijnen betalen, zonder dat eerdere uitwinning nodig is, en als het een grondrente betreft, behoort het goed te worden toegewezen onder het voorbehoud van de rente.'

Dat artikel 101 van de Coutume de Paris inderdaad de hypothecaire actie betrof, wordt bevestigd door Loyseau (1564-1627):[22] 'lesquels mots contiennent precisément la conclusion dont nous usons en France en l'action hypothecaire'.[23] In het oud-Franse recht strekte de 'action hypothecaire' dus tot het vorderen van betaling en pas in tweede instantie, namelijk indien de gedaagde niet betaalde, tot afgifte. De vordering was kort gezegd 'payer ou délaisser': 'betalen of afgeven'.[24] Loyseau merkt op dat deze hypothecaire actie vreemd moet overkomen op een 'legiste', dat wil zeggen een jurist die geverseerd is in het Romeinse recht. Loyseau vraagt zich af hoe het kan dat iemand wordt veroordeeld te betalen, terwijl diegene zelf op geen enkele manier persoonlijk een verplichting is aangegaan of heeft geërfd: 'Car comment peut-on condamner à payer celuy qui n'a rien promis, qui n'a point contracté, et qui n'est point obligé, ny heritier de l'obligé?'.[25] Uit dit citaat valt af te leiden dat Loyseau er inderdaad vanuit ging dat van een derde die niet persoonlijk aansprakelijk was, betaling van de verzekerde schuld werd gevorderd. Vanuit het oogpunt van het Romeinse recht is het inderdaad vreemd dat een derde die in het bezit is van een bezwaard goed zelf aansprakelijk is voor de verzekerde schuld.

---

22 De biografische gegevens van de juristen die in dit hoofdstuk worden genoemd zijn ontleend aan P. Arabeyre, J.-L. Halpérin en J. Krynen (ed.), *Dictionnaire historique des juristes français XII^e – XX^e siècle*, Parijs: Presses Universitaires de France 2007.

23 Loyseau, *Traité du deguerpissement*, III,4,1. Vgl. ook Basnage, *Traité des hypotheques,* p. 418.

24 Vgl. Egger, *Vermögenshaftung,* p. 191.

25 Loyseau, *Traité du deguerpissement*, III,4,1.

De conclusie kan dan ook niet anders luiden dan dat de 'action hypothecaire' uit het oud-Franse recht *níet* de Romeinsrechtelijke *actio hypothecaria* was.[26] Zij valt – zoals in § 5.2 uiteen is gezet – slechts te begrijpen vanuit de rechtsfiguur van de inheemsrechtelijke grondrente.

> In de literatuur probeerde men wel een verband te leggen tussen de Romeinse *actio hypothecaria* en de oud-Franse 'action hypothecaire'. Zo stelde Basnage de Frenquesney (1615-1695) dat de volgorde van de Romeinse *actio hypothecaria* als het ware was omgedraaid bij de 'action hypothécaire': 'Mais en France l'on renverse ordinairement cet ordre, et l'on conclut que les détenteurs soient tenus hipotécairement de païer, ou en tout cas de délaisser l'héritage pour être vendu par decret; ou bien pour faire déclarer l'heritage afecté ou hipotéqué au créancier, de quelque nature que puisse être la dette, soit une redevance fonciere ou une rente, ou un simple dette;'[27] Egger wijst er terecht op dat deze verklaring niet kán kloppen. In het Romeinse recht vorderde men met de *actio hypothecaria* namelijk *nooit* betaling van de verzekerde schuld.[28] Deze poging om de 'action hypothecaire' te interpreteren als de Romeinsrechtelijke *actio hypothecaria* is dus niet geslaagd te noemen. De Ferrière (1639-1715) meende dat de 'action hypothécaire' een gemengde actie was: voor zover zij zag op betaling was de actie persoonlijk en voor zover zij zag op afgifte was zij zakelijk.[29] Loyseau probeert eveneens een verklaring te vinden voor de 'action hypothecaire'. Hij stelt beeldend dat men het paard achter de wagen heeft gespannen door de *facultas* van de bezitter, namelijk betaling van de verzekerde schuld, vooraf te laten gaan aan wat de bezitter daadwerkelijk is verschuldigd: 'Mettant comme l'on dite, la charruë devant les boeufs […] preposant ce qui est en la simple faculté, à ce qui est nuëment en l'obligation.'[30] Ook in de secundaire literatuur zijn er verklaringen voor deze bijzondere hypothecaire actie aangedragen. Zo moet volgens Egger de verklaring worden gezocht in de grondrente ('rente foncière'). De hypothecaire actie van artikel 101 van de Coutume de Paris was gemodelleerd naar de vordering uit de grondrente.[31]

5.4 Het voorrecht van afgifte en het voorrecht van uitwinning

Het karakter van de hypothecaire aansprakelijkheid van de erfgenamen van de schuldenaar wordt duidelijker wanneer de positie van de erfgenamen wordt vergeleken met die van derde-bezitters. De hypotheekhouder kon eveneens van derden die in het bezit waren van bezwaarde goederen *betaling* vorderen. Hieruit blijkt dat het bezwaarde goed – pregnant uitgedrukt – niet moet

26 Vgl. Egger, *Vermögenshaftung*, p. 190.
27 Basnage, *Traité des hypotheques*, p. 416.
28 Egger, *Vermögenshaftung*, p. 191.
29 De Ferrière, *Nouveau commentaire*, p. 206.
30 Loyseau, *Traité du deguerpissement*, III,4,7. Loyseau wijst t.a.p. op het feit dat er verschillende costumen waren waarin met de 'action hypothecaire' enkel betaling werd geëist en waar men niet de mogelijkheid van 'délaissement' door de bezitter kende.
31 Egger, *Vermögenshaftung*, p. 192 e.v.

worden gezien als een *onderpand*, maar als een goed dat *zelf* was belast met een schuld, als het subject van de verbintenis.[32] De invloed van de grondrente, waarbij eveneens betaling van de bezitter van de bezwaarde grond werd gevorderd, komt hierin duidelijk naar voren. Er was echter een verschil tussen de hypothecaire aansprakelijkheid van de erfgenamen van de schuldenaar en van de hypothecaire aansprakelijkheid van derden. De derde-bezitters die werden aangesproken door de hypotheekhouder hadden namelijk twee rechtsmiddelen tot hun beschikking waarover de erfgenamen van de schuldenaar niet beschikten.

Ten eerste had de derde-bezitter, zoals blijkt uit de woorden van artikel 101 van de Coutume de Paris, de mogelijkheid het bezwaarde goed af te staan ('délaisser'). De derde was van elke verbintenis jegens de hypotheekhouder bevrijd, indien hij tot afgifte overging. De mogelijkheid tot 'délaissement' had de erfgenaam van de schuldenaar blijkens artikel 333 van de Coutume de Paris niet. Het feit dat een erfgenaam geen recht had op 'délaissement' moet waarschijnlijk worden verklaard vanuit de oude opvatting van de 'délaissement' als een wijze van bevrijdende betaling. De afgifte van het goed ('délaissement') was geen *verplichting* van de bezitter die werd aangesproken met de hypothecaire actie, maar een *recht*.[33] De 'délaissement' was namelijk ook gemodelleerd naar een instituut dat bij de rechtsfiguur van de grondrente hoorde, te weten de 'déguerpissement'. Bij een 'déguerpissement' deed de bezitter afstand van het bezwaarde goed om zo aan zijn aansprakelijkheid te ontkomen. Het doel van een 'délaissement' was aanvankelijk hetzelfde: de 'délaissement' van een bezwaarde zaak door een derde was géén afgifte ter executie, maar een wijze van bevrijdende betaling. De 'délaissement' in de eis van de 'action hypothécaire' ('payer ou délaisser') was volgens Loyseau ten onrechte 'délaissement' genoemd:

> 'Car le délaissement que l'on demande en la conclusion de l'action hypothecaire, auparavant que l'obligation personelle soit née, n'est pas un vray delaissement, ains seulement une souffrance et permission de saisir et decreter l'heritage: toutesfois comme ceste matiere n'est pas bien claire ny distincte, on appelle aussi cela delaissement par hypotheque, et on confond l'un avec l'autre.'[34]

In artikel 101 van de Coutume de Paris werd de 'délaissement' dus geïnterpreteerd als een afgifte ter executie.[35] Desondanks had de erfgenaam geen 'voorrecht van afgifte'. De *aansprakelijkheid* van de erfgenamen van een schuldenaar ging dus blijkbaar verder dan enkel (de waarde van) het bezwaarde goed. De Coutume de Paris legde met andere woorden meer nadruk op het feit dat

32 Egger, *Vermögenshaftung*, p. 194.
33 Egger, *Vermögenshaftung*, p. 195.
34 Loyseau, *Traité du deguerpissement*, III, 5,16.
35 Egger, *Vermögenshaftung*, p. 190 n. 3. Vgl. bijv. Basnage, *Traité des hypotheques*, p. 416.

de erfgenaam *schuldenaar* was, dan op het feit dat hij als *bezitter* van een bezwaard goed werd aangesproken. De erfgenaam kon immers niet aan zijn aansprakelijkheid ontkomen door het bezwaarde goed af te staan. Het is dan ook niet verwonderlijk dat zelfs de vraag kon rijzen of er nog steeds betaling van de gehele schuld kon worden gevorderd wanneer de erfgenaam niet meer in het bezit was van een bezwaard goed. Volgens verschillende schrijvers was dit inderdaad het geval.[36] De laatste vraag is uiteindelijk echter ontkennend beantwoord door het Parlement van Parijs: de erfgenaam was niet (meer) aansprakelijk voor betaling van de gehele schuld indien hij geen bezwaarde goederen (meer) in zijn bezit had, maar slechts nog voor zijn persoonlijk erfdeel.[37]

Ten tweede had de derde-bezitter in bepaalde gevallen het voorrecht van uitwinning. Hij kon de hypotheekhouder verzoeken eerst betaling te vorderen van de schuldenaar zelf. Het voorrecht van uitwinning kwam niet toe aan de erfgenamen van de schuldenaar. Opnieuw blijkt hieruit de aansprakelijkheid van de erfgenaam *als schuldenaar*. Het voorrecht van uitwinning bewerkstelligde dat het hypotheekrecht, indien de derde dit voorrecht kon inroepen, deelbaar was. De hypotheekhouder moest immers eerst betaling van de schuldenaar vorderen en kon pas vervolgens de derde-bezitter aanspreken. Dit betekende dus dat het oorspronkelijke hypotheekrecht was gedeeld in twee hypotheekrechten. Deze conclusie is ook uitdrukkelijk getrokken in enkele costumen. Zo was in artikel 217 van de Coutume de Touraine bepaald dat slechts de speciale hypotheek ondeelbaar was.[38] Slechts bij een *speciale hypotheek* kon de hypotheekhouder immers iedere derde-bezitter van het speciaal verhypothekeerde goed aanspreken tot betaling van de gehele schuld; in andere gevallen, bijvoorbeeld in het geval van een generale hypotheek, was er sprake van een voorrecht van uitwinning en dus van een deelbaar hypotheekrecht.[39] Bodreau

36 Zie nader over deze discussie § 5.5.

37 Parlement van Parijs van 23 augustus 1601. Zie Georges Louet (ca. 1540-1608), *Receuil*, letter H, nr. XIX: 'Jugé neanmoins au contraire, que l'heritier ne pouvoit estre convenu que pour telle part et portion qu'il estoit heritier, idque en qualité d'heritier: mais comme bien tenant des heritages obligez à la rente, pouvoit estre convenu hypothecairement pour le tout, par la loy pro haereditariis partibus, de haered. act. C.'

38 Artikel 217 van de Coutume de Touraine: 'Hypotheque speciale ne se divise; et est au choix du creancier, s'adresser contre le detenteur de la chose specialement hypothequée, ou contre l'obligé ou son heritier, sans faire discution: et ou il y auroit plusieurs consorts, ledit creancier se peut adresser contre un seul pour le tout, qui seroit detenteur du tout, ou de partie de la chose hypothequeé. Zie over deze costume Estienne Pallu, *Coustumes du duche et bailliage de Touraine*, Tours 1661.

39 Ten aanzien van de generale hypotheek was in artikel 218 van de Coutume de Touraine nog uitdrukkelijk bepaald dat deze deelbaar was: 'Et quant à l'hypotheque generale, elle se divise fors contre l'obligé ou sondit heritier: et neantmoins le creancier doit premierement discuter l'hypotheque speciale, ou l'obligé ou son heritier, auparavant que s'adresser au detenteur de la chose generalement hypothequée: et peut ledit detenteur deguerpir et renoncer à ladite chose generalement hypothequée, sinon qu'il fust obligé, ou que l'heritage luy fust baillé à ladite charge.'

(1599-1662) stelt in zijn commentaar op de Coutume van Maine dat het ontbreken van een voorrecht van uitwinning en een voorrecht van verdeling het hypotheekrecht ondeelbaar maakt.[40] De *ondeelbaarheid* van het hypotheekrecht gold met andere woorden slechts ten aanzien van de erfgenamen van de schuldenaar.

5.5 De voortgaande receptie van het Romeinse recht

Loyseau was een van de eerste schrijvers die liet zien dat de 'action hypothecaire' uit het oud-Franse recht niet was te begrijpen vanuit een Romeinsrechtelijk oogpunt. Latere schrijvers merkten ook op dat het vanuit dat oogpunt niet juist is dat de erfgenaam *aansprakelijk* is voor de gehele schuld. Men ging het hypotheekrecht namelijk steeds Romeinsrechtelijker interpreteren. Een goed voorbeeld in dit verband is een traktaat over het erfrecht van Denis Le Brun (1640-1708). Le Brun stelt in zijn *Traité des successions* dat de hypothecaire actie niet wordt verdeeld, waarbij hij verwijst naar C. 8,31,2 waarin dit volgens hem 'duidelijk is uitgelegd'.[41] De hypothecaire schuldeiser kan, zo legt hij uit, twee acties instellen tegen de erfgenaam van de schuldenaar die in het bezit is van goederen die door de erfgenaam zijn bezwaard: een persoonlijke actie en een hypothecaire actie. Met de persoonlijke actie kan hij tegen de erfgenaam slechts tot de hoogte van diens erfdeel een vordering instellen en heeft de schuldeiser ook slechts tot de hoogte van dat bedrag een hypotheek op de goederen van de erfgenaam. Volgens Le Brun kan hij met deze persoonlijke actie de gedaagde erfgenaam 'doen veroordelen voor zijn erfdeel' ('car en vertu de son action personelle il le peut faire condamner pour sa part et portion'). Met de hypothecaire actie kan hij de erfgenaam dwingen het goed af te staan, tenzij de erfgenaam liever de gehele schuld wil betalen: 'et en vertu de son action hypotequaire, il peut l'obliger de deguerpir; si mieux il n'aime payer le tout.' De schuldeiser kan de bezwaarde goederen uit de nalatenschap vervolgens doen verkopen tot verhaal van de gehele schuld, wanneer de erfgenaam ervoor kiest de goederen af te staan. Le Brun's beschrijving van de positie van de erfgenamen en de schuldeiser komt overeen met die in het Romeinse recht. Er is echter nog steeds één belangrijk verschil, namelijk het feit dat de hypotheekhouder bij Le Brun geen recht heeft op parate executie.

Dat deze zienswijze van Le Brun niet vanzelfsprekend was onder het oud-Franse recht wordt bevestigd door zijn uitweiding over de hypothecaire actie. Le Brun ziet zelf namelijk ook in dat zijn zienswijze niet overal en altijd werd

40 Bodreau, *Les coustumes du païs et comté du Maine*, Parijs 1645, commentaar bij artikel 471 Coutume du Maine bij de woorden 'hypotheque ne se divise point'.

41 Le Brun, *Traité des successions*, IV, 2, 1, 32 e.v. Zie hoofdstuk 2 en hoofdstuk 3 waarin deze constitutie besproken wordt.

gevolgd in Frankrijk.[42] Hij blijft er echter op wijzen dat het volgens de regels der kunst (het Romeinse recht) anders zit dan zoals de praktijk in Frankrijk het wil. Le Brun zet het dan ook nog eens helder uiteen in de volgende passage:

> 'et lorsque le creancier le [l'heritier, jvk] poursuit hypotequairement à parler dans l'exactitude des regles, il ne doit directement que le desistement, c'est à dire, le delaissement par hypotheque, et il est seulement en sa faculté de payer pour éviter ce desistement; mais l'action du creancier devant estre dirigée pour le delaissement seulement, et n'estant pas même necessaire qu'il ajoûte, *si mieux n'aime payer*: parce que c'est une faculté qu'a le detempteur, dont il se doit servir, si bon luy semble.'[43]

Le Brun benadrukt ook hier weer dat de erfgenaam niet verplicht is te betalen, maar dat hij slechts verplicht is het goed af te staan. Hij verwijst – naast de aangehaalde Codextekst – ter ondersteuning van zijn opvatting naar Loyseau, die, zoals gezegd, al eerder hierop had gewezen.[44]

Dat in het oud-Franse recht nog niet volledig de Romeinsrechtelijke zienswijze was doorgedrongen blijkt bijvoorbeeld ook uit de bespreking door Le Brun van een vraag die in het Romeinse recht nooit zou zijn gesteld. Het betreft de vraag of een erfgenaam die eenmaal in het bezit is geweest van bezwaarde goederen maar die de goederen heeft verkocht en overgedragen aan een derde, nog steeds met de hypothecaire actie voor de gehele schuld van de erflater kan worden aangesproken.[45] Over deze vraag was er debat in Frankrijk. Vanuit Romeinsrechtelijk oogpunt is de vraag eenvoudig: de passieve legitimatie voor het instellen van een hypothecaire actie is het bezit van bezwaarde goederen; met deze actie wordt immers afgifte van het bezwaarde goed gevorderd. De erfgenaam die de goederen heeft verkocht en geleverd is geen bezitter meer en dus kan de hypothecaire actie niet tegen hem worden ingesteld. Sommige Franse juristen meenden echter dat de erfgenaam desondanks kon worden aangesproken tot betaling van de gehele schuld, of in ieder geval tenminste tot de hoogte van de verkoopopbrengst.[46] Dit standpunt werd onder andere gebaseerd op de maxime 'quiconque a une fois esté heritier, demeure toujours tel'. Le Brun stelt zich in deze discussie opnieuw op het zuiver Romeinsrechtelijke standpunt:

---

42 Vgl. Le Brun, *Traité des successions*, IV, 2, 1, 34: 'Car au surplus, il faut convenir que l'usage est contraire, et qu'il a changé l'ordre de l'action hypotequaire, dont les conclusions ordinaires sont à ce que le detempteur soit tenu de payer; si mieux n'aime deguerpir, et qu'enfin par l'usage du Châtelet de Paris tout heritier detempteur d'immeubles, est tenu même sur ses propres biens de payer tout.'

43 Le Brun, *Traité des successions*, IV, 2, 1, 33.

44 Zie § 5.3.3.

45 Le Brun, *Traité des successions,* IV, 2, 1, 37 e.v.

46 Le Brun, *Traité des successions*, IV, 2, 1, 37.

> 'Si l'on juge de cela par les principes du Droit, il est constant qu'il n'y avoit qu'une même action hypotequaire, soit contre le tiers detempteur; soit contre l'heritier qui possedoit des biens affectez et hypotequez aux dettes, qui s'appelloit *quasi Serviana* ou *utilis Serviana*, et que par consequent l'heritier qui cessoit, de quelque maniere que ce fût, d'estre possesseur des biens affectez à la dette, cessoit aussi d'estre tenu hypotequairement, comme tout autre, lequel auroit cesse d'estre en possession de ces mêmes biens.'[47]

Er is slechts één hypothecaire actie die altijd hetzelfde werkt, ongeacht tegen wie zij wordt ingesteld. Onder verwijzing naar C. 8,31,2 benadrukt Le Brun dat enkel het bezit van een bezwaard goed de passieve legitimatie vormt voor het instellen van een hypothecaire actie en dat daar *a contrario* uit volgt dat degene die niet – of niet meer – in het bezit is van bezwaarde goederen ook niet kan worden aangesproken met een hypothecaire actie.[48] Hieruit volgt dat de erfgenaam die bezwaarde goederen heeft verkocht ook niet meer met de hypothecaire actie kan worden aangesproken. Deze laatste gedachte lijkt vanaf de 17e eeuw meer algemeen geaccepteerd te zijn geraakt. Dit blijkt bijvoorbeeld uit een commentaar van Jacques De Lalande (1622-1703) op de Coutume d'Orléans (1673). Hij neemt niet een zo zuiver Romeinsrechtelijke positie in als Le Brun. De Lalande meent bijvoorbeeld nog steeds dat de hypothecaire schuldeiser de erfgenaam-bezitter kan aanspreken tot *betaling* van de gehele schuld.[49] Hij neemt in zijn commentaar echter wel stelling tegen de opvatting dat de hypothecaire aansprakelijkheid van de erfgenaam zich ook uitstrekt over de eigen goederen van de erfgenaam. De schuldeiser kan zich volgens Lalande met andere woorden, nadat de erfgenaam is veroordeeld tot betaling van de gehele schuld, voor die vordering slechts verhalen op de boedelgoederen die door de erflater waren bezwaard en die in het bezit zijn van de aangesproken erfgenaam.[50] Bovendien bestrijdt De Lalande ook de opvatting dat de erfgenaam niet van zijn aansprakelijkheid voor de gehele schuld kan afkomen door het bezwaarde goed ter executie af te staan ('délaissement'). Weliswaar, zo stelt De Lalande, was dit laatste *oorspronkelijk* de bedoeling van artikel 358 van de Coutume d'Orléans[51], maar was dit gebaseerd op een onjuiste opvatting van praktijkjuristen.[52]

Tot slot bespreken we hier het commentaar van Robert-Joseph Pothier (1699-1772) op de Coutume d'Orleáns en zijn *Traité de l'hypothèque*, omdat deze werken als het ware een laatste samenvatting bieden van het 'droit commun français'. In zijn commentaar op artikel 358 van de Coutume d'Orléans stelt

47 Le Brun, *Traité des successions*, IV, 2, 1, 38.
48 Le Brun, *Traité des successions*, IV, 2, 1, 38.
49 De Lalande, tit. XVII, art. ccclx, nr. 36.
50 De Lalande, tit. XVII, art. ccclx, nr. 40.
51 De redactie van artikel 358 van de Coutume d'Orléans was exact dezelfde als die van artikel 333 van de Coutume de Paris, zie voor het laatste artikel § 5.3.2.
52 De Lalande, tit. XVII, art. ccclx, nr. 31.

Pothier dat de erfgenaam die bezwaarde goederen van de erflater bezit door de schuldeiser met de hypothecaire actie kan worden aangesproken en dat de erfgenaam is gehouden de gehele schuld te betalen:

> 'C'est en vertu de cette action qu'il est tenu payer le tout; parce que, quelque petite que soit la partie des immeubles de la succession qu'il possède, cette partie est hypothéquée au total de la dette du créancier hypothécaire, l'hypothèque étant un droit indivisible qui *est totum in toto, et totum in qualibet parte*'.[53]

Twee zaken dienen hier te worden opgemerkt. Ten eerst houdt Pothier nog steeds vast aan de regel dat de erfgenaam is 'gehouden alles te betalen' en ten tweede is de erfgenaam daartoe gehouden ook al bezit hij slechts een klein deel van de bezwaarde goederen. Dit laatste volgt volgens Pothier uit de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht. De bezwaring van elk deel van het onderpand voor de gehele verzekerde schuld bespreekt Pothier ook in zijn *Traite de l'hypothèque*:

> 'L'effet de l'hypothèque est d'affecter au total de la dette, la chose hypothéquée et chacune de ses parties, d' ou il suit que, si mon débiteur aliène une partie de l'héritage qu'il m'a hypothéquée, j'ai hypothèque pour le total de ma dette sur la partie qu'il a aliénée, comme je l'ai pour le total sur la partie qu'il a conservée.'[54]

Hetzelfde geldt, zo gaat Pothier verder, wanneer de schuldenaar overlijdt met achterlating van verschillende erfgenamen, waarbij het verhypothekeerde goed onder de erfgenamen wordt verdeeld: het hypotheekrecht kan dan voor het geheel op elk deel worden uitgeoefend. Dit is volgens Pothier de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht.[55] Hoe deze ondeelbaarheid uitwerkt blijkt wanneer Pothier de positie van de derde-bezitters en van de erfgenamen-bezitters bespreekt. De hypothecaire actie 'proprement dite' stelt de schuldeiser in tegen de bezitter die geen schuldenaar is (de derde-bezitter). De hypotheekhouder vordert daarmee dat wordt vastgesteld dat de zaak aan hem is verhypothekeerd en dat de bezitter derhalve het goed moet afstaan, zodat de zaak executoriaal kan worden verkocht. De bezitter kan er echter voor kiezen om de schuld te betalen. In dat geval wordt de zaak niet verkocht. Het hypotheekrecht geeft dus geen recht op parate executie. Pothier benadrukt op verschillende plaatsen dat *het hypotheekrecht zelf* geen executierecht geeft aan de hypotheekhouder. Het hypotheekrecht geeft de hypotheekhouder zelfs niet het recht de zaak te beslaan onder de schuldenaar zelf.[56] Het hypotheekrecht is geen 'voie d'exécution', maar een 'voie d'action'.

---

53 Pothier, *Coutumes des duché, bailliage et prévoté d'Orléans*, tit. XVII, art. 358, p. 712, n. 5.
54 Pothier, *Traité de l'hypothèque*, ch. 2.
55 Pothier, *Traité de l'hypothèque*, ch. 2.
56 Pothier, *Coutumes d'Orléans*, Introduction au titre XX, nr. 29.

De 'persoonlijke hypothecaire actie' kan daarentegen slechts worden ingesteld tegen degenen die persoonlijk aansprakelijk zijn voor de schuld – zelfs al zijn ze maar voor een deel van de schuld persoonlijk aansprakelijk – en die tegelijkertijd in het bezit zijn van bezwaarde goederen. Deze gemengde actie wordt dus ingesteld tegen de schuldenaar zelf en tegen de erfgenamen van de schuldenaar. Met deze actie vordert men geen afgifte van de bezwaarde zaak, maar de schuldeiser 'conclut directement au paiement de la créance pour le total'.[57] Pothier maakt met andere woorden een onderscheid tussen verschillende hypothecaire acties, al naar gelang de persoon tegen wie de actie wordt ingesteld. Een dergelijk onderscheid werd, zoals we in de vorige paragraaf hebben gezien, door Le Brun met kracht en op basis van Romeinsrechtelijke argumenten bestreden. Pothier blijft het onderscheid echter handhaven en houdt bovendien vast aan de gewoonterechtelijke regel dat de schuldeiser betaling van de gehele schuld kan vorderen van de erfgenamen van de schuldenaar. Hij meent wel evenals De Lalande dat de erfgenaam niet is gehouden de gehele schuld te betalen wanneer hij – om welke reden dan ook – niet meer in het bezit is van de bezwaarde goederen. In dat geval is de erfgenaam slechts nog aansprakelijk voor zijn erfdeel in de schuld. Bij Pothier blijft echter onduidelijk of de schuldeiser, indien de erfgenaam jegens hem is veroordeeld tot betaling van de gehele schuld, die schuld kan verhalen op alle goederen van de erfgenaam of slechts op de bezwaarde goederen die afkomstig waren van de erflater. Zoals gezegd was dit in het oud-Franse recht echter een vraag van het *executierecht* en niet van het hypotheekrecht. Het instellen van een van de acties uit het hypotheekrecht leidde met andere woorden slechts tot een veroordeling ('condemnation') van de gedaagde om hetzij het goed af te staan (bij de hypothecaire actie 'proprement dite'), hetzij de gehele schuld te betalen (bij de 'persoonlijke hypothecaire actie'). De erfgenamen moesten dus – nog weer anders gezegd – eerst *zelf* tot schuldenaar worden gemaakt, voordat zij konden worden uitgewonnen.[58]

5.6 Conclusie

De maxime 'hypotheque ne se divise pas' had betrekking op de *aansprakelijkheid* van de erfgenamen van de schuldenaar. In de costume van Parijs was iedere erfgenaam van de schuldenaar gehouden de *gehele schuld van de erflater te betalen* ('tenu payer le tout'), indien hij in het bezit was van bezwaarde goederen. Deze 'hypothecaire aansprakelijkheid' van de erfgenaam hield eveneens

57 Behalve in het geval van een hypotheek tot zekerheid van *rente*, want in dat geval wordt met deze 'persoonlijke hypothecaire actie' de vestiging van een nieuwe titel en betaling van de opeisbaar geworden termijnen gevorderd. Zie Pothier, *Coutumes d'Orléans*, Introduction au titre XX, nr. 52.

58 Vgl. Guyot, *Répertoire*, s.v. 'hypotheque'.

in dat het gehele vermogen van de erfgenaam voor die schuld instond. De aansprakelijkheid was bovendien aanvankelijk niet beperkt tot erfgenamen die in het bezit waren van bezwaarde goederen: zelfs wanneer een erfgenaam het bezit niet meer had, kon van hem betaling van de gehele schuld worden gevorderd. Volgens de bewoordingen van artikel 333 van de Coutume de Paris had de erfgenaam bovendien niet het recht om een veroordeling tot betaling van de gehele schuld te voorkomen door het goed af te staan ter executie ('délaisser'). In de loop van de 17e eeuw kwam er kritiek op deze regeling. Het hypotheekrecht en de aansprakelijkheid van de erfgenamen werd steeds Romeinsrechtelijker geïnterpreteerd. Het standpunt dat de erfgenaam-bezitter niet aan een veroordeling tot betaling van de gehele schuld kon ontkomen door het bezwaarde goed af te staan ('délaissement') werd losgelaten. Bovendien werd in alle gevallen waarin de erfgenaam geen bezitter meer was, aangenomen dat hij niet meer kon worden veroordeeld tot betaling van de gehele schuld. De erfgenamen waren in dat geval slechts nog aansprakelijk voor hun erfdeel in de schuld. De bevoegdheid van de schuldeiser om met de hypothecaire actie betaling van de erfgenaam-bezitter te vorderen is onder het oud-Franse recht echter nooit verdwenen. Zelfs Pothier was nog van mening dat de schuldeiser met de 'persoonlijke hypothecaire actie' – vanuit Romeinsrechtelijk oogpunt een *contradictio in terminis* – van zowel de schuldenaar zelf als van iedere erfgenaam-bezitter betaling van de gehele verzekerde schuld kon vorderen. Zoals zal blijken is deze gewoonterechtelijke regel niet alleen blijven bestaan in het Franse recht onder het Ancien Régime, maar is zij zelfs met de invoering van de Code civil niet verdwenen.

6 De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in de Code civil van 1804 en het Burgerlijk Wetboek van 1838

6.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk staat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in de Code civil van 1804, de 'Code Napoleon', centraal. Dit wetboek is historisch gezien van belang voor het leerstuk van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het Nederlandse recht, omdat de bepalingen over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht uit de Code civil van 1804 – op enkele details na – zijn overgenomen in het Burgerlijk Wetboek van 1838. De overeenkomsten tussen het Franse recht onder de vigeur van de Code civil en het Nederlandse recht onder de vigeur van het Oud Burgerlijk Wetboek zijn dan ook groot. Dit geldt zeker voor de 19e eeuw. In de Nederlandse commentaren op het Oud Burgerlijk Wetboek uit die tijd, zoals bijvoorbeeld die van Opzoomer, Diephuis en Land, wordt zeer regelmatig verwezen naar de Franse commentaren op de Code civil. Deze commentaren waren met andere woorden ook gezaghebbend voor de uitleg van het Oud Burgerlijk Wetboek. De artikelen over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht uit het Oud Burgerlijk Wetboek hebben op hun beurt aan de basis gelegen van artikel 3:230 van het huidig Burgerlijk Wetboek. Voor de historische wortels van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is een bespreking van de Code civil van 1804 dus onmisbaar.

Er wordt consequent gesproken over de Code civil van 1804, omdat het Franse zekerhedenrecht in 2006 grote hervormingen heeft ondergaan. In de Code civil is in 2006 een geheel nieuw boek over persoonlijke en goederenrechtelijke zekerheidsrechten ingevoerd. De artikelen over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht hebben echter geen wijzigingen ondergaan. De artikelen over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht uit de Code civil van 1804 zijn letterlijk overgenomen in boek IV 'Over zekerheden' ('Des sûretés') van de vernieuwde Code civil.[1] Het is overigens tekenend voor deze volgens sommigen minder geslaagde hervorming van het Franse zekerhedenrecht dat er geen algemene bepaling over de ondeelbaarheid is opgenomen.[2] Artikel 2349 Cc (nieuw) heeft

1 De artikelen zijn wel hernummerd. De ondeelbaarheid van het hypotheekrecht is tegenwoordig in artikel 2393 Code civil (nieuw) gecodificeerd en de ondeelbaarheid van het pandrecht is tegenwoordig in artikel 2349 Code civil (nieuw) gecodificeerd.

2 Zie U. Drobnig, 'La réforme française du droit des sûretés réelles', *Receuil Dalloz* 2007, nr. 21, p. 1488 voor kritiek op de hervorming van het Franse zekerhedenrecht.

nu strikt genomen slechts betrekking op het zogenoemde 'gage de droit commun', maar de ondeelbaarheid wordt ook van toepassing geacht op de andere 'gages' die in de wet worden genoemd.[3] Er zal in dit hoofdstuk om om twee redenen geen aandacht worden geschonken aan de hervormingen van het Franse zekerhedenrecht in 2006. Ten eerste heeft deze recente ontwikkeling geen invloed gehad op de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het Nederlandse recht en ten tweede heeft deze wijziging in de Code civil geen wijziging van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht meegebracht. De artikelen uit de Code civil die in dit hoofdstuk worden aangehaald, betreffen, tenzij anders is vermeld, artikelen uit de Code civil van 1804.

6.2 Ondeelbaarheid in de Code civil van 1804

Het is van belang om vast te stellen dat in de Code civil van 1804 niet alleen de rechten van pand en hypotheek ondeelbaar waren. Men kan zelfs zonder overdrijving stellen dat de Code civil van 1804 een triomf was voor de rechtsfiguur van de 'ondeelbaarheid' in het civiele recht. Zo was er bijvoorbeeld een uitgebreide regeling van deelbare en ondeelbare verbintenissen opgenomen in de artikelen 1217 tot en met 1225 Cc (oud). Hierin wordt gewoonlijk de invloed van Charles Dumoulins monografie over deelbaarheid en ondeelbaarheid, de *Extricatio labyrinthi dividui et individui*, gezien. Dit werk heeft, via het werk van Robert Joseph Pothier (1699-1772), grote invloed gehad op dit onderdeel van de Code civil.[4] Het leerstuk van de deelbare en ondeelbare verbintenissen heeft in vergelijking met de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht veel aandacht gekregen in de Franse literatuur en jurisprudentie.[5] Het algemene gevoelen is dat de regeling van deelbare en ondeelbare verbintenissen niet erg geslaagd is.[6] Naast ondeelbare verbintenissen en de rechten van pand en hypotheek zijn er andere rechten die in de Code civil uitdrukkelijk ondeelbaar werden genoemd, of die in de literatuur als ondeelbaar werden beschouwd, zoals erfdienstbaarheden ('les servitudes'), de schuldbekentenis

3 Souhami 2008, nr. 22. Het Franse recht kent 'gages speciaux' die eigen regelingen kennen, zoals bijvoorbeeld de 'gage commercial', de 'gage automobile', de 'gage sur stocks', etc.

4 Zie Thireau 1983, p. 60 en n. 4. Vergelijk reeds de opmerking van Aubry en Rau in hun commentaar op de deelbare en ondeelbare verbintenissen in de Code civil: 'Les rédacteurs du Code ont, sauf quelques modifications de détail, suivi dans cette matière la doctrine de Pothier (*Des obligations*, n° 288 et suiv.), qui, lui-même, avait pris pour guide le Traité de Dumoulin (*Extricatio labyrinthi dividui individui*; C. Molinaei opera, t. III, p. 89 et suiv.)'. Aubry/Rau, dl. IV, nr. 301, n. 1.

5 Souhami 2008, nr. 1.

6 Zie reeds Aubry/Rau, dl. IV, nr. 301, n. 1 en voor een overzicht van de kritiek Thireau 1983, p. 51.

('l'aveu') en het vermogen ('le patrimoine').[7] Een belangrijke vraag in dit verband is of er achter al deze toepassingen een achterliggende notie van ondeelbaarheid is. Dat blijkt niet het geval te zijn. De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht wordt bijvoorbeeld traditioneel altijd onderscheiden van de ondeelbaarheid van erfdienstbaarheden en van de ondeelbaarheid van verbintenissen.[8] In dit hoofdstuk zal daarom enkel de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht worden onderzocht. De andere ondeelbare rechten zullen slechts ter sprake komen indien dit nodig is voor het begrip van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht.

6.3 De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht binnen het systeem van goederenrechtelijke zekerheidsrechten in de Code civil

In de Code civil van 1804 was de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht ('hypothèque) in artikel 2114 gecodificeerd. De tekst van dit artikel luidde als volgt:

> 'L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. Elle est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles. Elle les suit dans quelques mains qu'ils passent.'

Artikel 2114 Cc (oud) bevatte een definitie van het hypotheekrecht. Een hypotheek is volgens dit artikel een zakelijk recht ('droit réel') dat op onroerende goederen ('immeubles') rust, en dat tot voldoening van een vordering ('à l'acquittement d'une obligation') dient.[9] Het zakelijke karakter van het hypotheekrecht behelst dat het recht op een zaak rust en bovendien op de zaak blijft rusten, ongeacht in welke handen de zaak zich bevindt ('droit de suite'). Het zaaksgevolg werd in de laatste zin van artikel 2114 Cc (oud) uitdrukkelijk aangegeven, maar dit volgde volgens Troplong al uit het zakelijke karakter van het recht.[10] Als derde kenmerk van het hypotheekrecht werd in het artikel

7 Zie voor de schuldbetekenis art. 1356 Cc (oud), voor de erfdienstbaarheid art. 700 Cc (oud) en voor het vermogen art. 2092 en 2093 Cc (oud). Zie voor meer voorbeelden Souhami 2008, nr. 1 n. 1 en het daar aangehaalde werk, J.-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Parijs: Litec 1999.

8 Zie hierover nader § 6.6.

9 Uit art. 2118 Cc (oud) bleek nog eens uitdrukkelijk dat het hypotheekrecht slechts op *onroerende* goederen kon rusten.

10 Troplong I, nr. 385.

het ondeelbare karakter van het hypotheekrecht tot uitdrukking gebracht ('droit indivisible').[11]

De omschrijving van het ondeelbare karakter van het hypotheekrecht in de tweede zin van artikel 2114 Cc (oud) is volgens de commentatoren op de Code civil overgenomen van Dumoulin.[12] Enkele van hen verwijzen daarnaast voor de herkomst van het ondeelbare karakter van het hypotheekrecht nog naar het oud-Fransrechtelijke adagium 'Hypothèque ne se divise point' van Antoine Loisel (1536-1617).[13]

> Het feit dat het pand- en hypotheekrecht in de Code civil nog steeds 'ondeelbaar' werd genoemd, ondanks het feit dat Dumoulin deze kwalificatie afwees, heeft waarschijnlijk te maken met de andere rechtstraditie die de Code civil heeft beïnvloed, namelijk die van het oud-Franse recht en in het bijzonder het adagium 'hypothèque ne se divise pas'.[14] De ondeelbaarheid van het hypotheekrecht was in het oud-Franse recht al zo ingeburgerd dat men niet de nieuwe terminologie ('ongedeeldheid') van Dumoulin overnam. Het feit dat het pand- en hypotheekrecht 'ondeelbaar' is doet geen afbreuk aan de invloed van Dumoulin op dit leerstuk in de Code civil.

De ondeelbaarheid van de 'gage' was neergelegd in artikel 2083 Code civil (oud):

> 'Le gage est indivisible nonobstant la divisibilité de la dette entre les héritiers du débiteur ou ceux du créancier. L'héritier du débiteur qui a payé sa portion de dette ne peut demander la restitution de sa portion dans le gage tant que la dette n'est pas entièrement acquittée. Réciproquement, l'héritier du créancier, qui a reçu sa portion de créance, ne peut remettre le gage au préjudice de ceux de ses cohéritiers qui ne sont pas payés.'

De 'gage' was een zekerheidsrecht op roerende zaken en betrof onder de Code civil tot aan de hervoming in 2006 altijd een recht van *vuistpand*.[15] De gage werd gevestigd door het goed in de macht van de schuldeiser of een derde

---

11 De definitie van het hypotheekrecht in artikel 2114 Cc (oud) was echter onvolledig. Zo was niet aangegeven dat de hypotheekgever zowel bezitter als eigenaar bleef van het goed dat was bezwaard met een hypotheekrecht. Bovendien was niet aangegeven dat de hypotheekhouder het bezwaarde goed kon doen verkopen en dat hij zijn vordering met voorrang op de verkoopopbrengst kon verhalen ('droit de préférence'). Deze twee kenmerken dienden er wel in te worden gelezen. Zie Baudry-Lacantinerie/De Loynes, nr. 892; Marcadé/Pont, nr. 321 en Troplong I, nr. 385.

12 Aynès/Crocq 2014, nr. 680; Baudry-Lacantinerie, nr. 892; Cabrillac/Mouly/Cabrillac/Pétel 2007, nr. 871; Laurent, nr. 176; Marcadé/Pont, nr. 325; Mestre/Putman/Billiau 1996, nr. 449; Planiol/Ripert/Becqué, nr. 339 en Troplong I, nr. 386.

13 Baudry-Lacantinerie/De Loynes, nr. 897; Picod 2011, nr. 300; Planiol/Ripert/Becqué, nr. 339; Troplong I, nr. 386 en Souhami 2008, nr. 2.

14 Zie hoofdstuk 5.

15 Sinds 2006 kent de Code civil ook een 'gage sans dépossession', zie art. 2286 Cc (nieuw).

te brengen.[16] Wanneer het bezwaarde goed weer in handen van de schuldenaar kwam ging het vuistpandrecht teniet. De Code civil kende naast conventionele ('bedongen') zekerheidsrechten ook legale ('wettelijke') zekerheidsrechten.[17] Zo kende de Code civil bijvoorbeeld de wettelijke, generale hypotheek van de getrouwde vrouw op het vermogen van haar man tot zekerheid van de inbreng bij het huwelijk (art. 2121 sub 1 Cc (oud)) en de hypotheek van een pupil op het vermogen van zijn voogd (art. 2121 sub 2 Cc (oud)). Daarnaast kende de Code civil, tot slot, wettelijke voorrechten. Deze wettelijke voorrechten ('privilèges') konden zowel generaal als speciaal zijn, en konden zowel op roerende als op onroerende goederen rusten. De voorrechten ontstonden alleen op grond van de wet ('il n'y a pas de privilège sans texte'), namelijk in gevallen waarin de wetgever bepaalde vorderingen wilde voortrekken boven andere vorderingen. Het hypotheekrecht en de privileges waren de enige rechten in de Code civil die de schuldeiser preferentie gaven.[18] De rangorde van de voorrechten hing samen met het karakter van de vordering waarvoor de schuldeiser een voorrecht had.[19] In het geval van concurrentie tussen geprivilegeerde schuldeisers en hypothecaire schuldeisers hadden de geprivilegeerde schuldeisers voorrang.[20] In het geval van concurrentie tussen hypothecaire schuldeisers had degene met het oudste hypotheekrecht voorrang.[21]

> De regeling van de privileges en hypotheken in titel 18 van boek 3 heeft veel kritiek gekregen. De overzichtelijk lijkende classificatie van de goederenrechtelijke zekerheidsrechten in 'privilèges' en 'hypothèques' werd namelijk op verschillende manieren ondermijnd; zodanig zelfs dat dit onderscheid 'ne peut être maintenue dans les commentaires du Code civil qu'au prix de grandes subtilités'.[22] Zo werden bijvoorbeeld de generale hypotheek van de getrouwde vrouw op het vermogen van haar man tot zekerheid van haar inbreng bij het huwelijk en de generale hypotheek van een pupil op het vermogen van zijn voogd bevoorrecht boven andere hypotheken. Hoewel deze zekerheidsrechten van de getrouwde vrouw en de pupil in de Code civil als 'hypotheek' werden gekwalificeerd leken ze vanwege de voorrang die zij kregen *op grond van de wet* meer op generale privileges. Een andere ongerijmdheid was dat de Code civil voor zekerheidsrechten op *roerende zaken* alleen privileges kende; hypotheken konden immers in het systeem van de Code civil alleen op onroerende zaken worden gevestigd. Een privilege nu betrof een *wettelijk* recht van voorrang. De 'gage' was *een conventioneel zekerheidsrecht op een roerende zaak* en viel als zodanig niet in te passen binnen de classificatie 'privilèges' en 'hypothèques'. Strikt genomen was de 'gage' namelijk noch een hypotheek (want

16 Art. 2076 Cc (oud).
17 Art. 2116 en 2117 Cc (oud).
18 Vergelijk art. 2094 Cc (oud).
19 Art. 2096 Cc (oud).
20 Art. 2095 Cc (oud).
21 Art. 2134 Cc (oud).
22 Planiol/Ripert/Becqué, nr. 5.

niet gevestigd op een onroerend goed), noch een privilege (want geen wettelijk recht van voorrang).[23]

Het ondeelbare karakter had het pand- en hypotheekrecht volgens de heersende leer gemeenschappelijk met de generale en speciale voorrechten ('privilèges').[24] Voor het karakter van de ondeelbaarheid is het van belang om vast te stellen dat de ondeelbaarheid zowel op *conventionele* als *legale* zekerheidsrechten van toepassing was. Dit brengt bepaalde gevolgen voor het karakter van de ondeelbaarheid van zekerheidsrechten mee, zoals uit het vervolg van dit hoofdstuk zal blijken. Eerst zal echter worden ingegaan op de twee rechten die met zoveel woorden ondeelbaar werden genoemd in de Code civil van 1804: het vuistpandrecht (§ 6.4) en het hypotheekrecht (§ 6.5).

6.4 De ondeelbaarheid van het vuistpandrecht ('gage')

Het vuistpandrecht ('gage') gaf de schuldeiser het recht om de zaak onder zich te houden totdat de gehele schuld, inclusief rente en bijkomende kosten, was betaald. De vuistpandhouder kon dit retentierecht inroepen tegen iedereen die het vuistpand wilde revindiceren of executoriaal beslaan.[25] Het bezit van het vuistpand had de schuldeiser níet om de zaak te gebruiken: het doel was om het vuistpand uiteindelijk te laten executeren en zich met voorrang op de executieopbrengst te verhalen.[26] In verband met de ondeelbaarheid was echter voornamelijk het retentierecht van de vuistpandhouder van belang. Dit retentierecht was ondeelbaar. Deze ondeelbaarheid werd gebaseerd op de zekerheidsovereenkomst tussen de pandgever en de pandhouder. De vuistpandovereenkomst behelsde een verbintenis tot teruggave van het verpande goed. Deze verbintenis nu was *voorwaardelijk* ('conditionelle'): de verplichting tot teruggave van de verpande zaak ontstond pas als de gehele schuld was voldaan tot zekerheid waarvan de zaak in vuistpand was gegeven.[27] Het voorwaardelijke karakter van de verbintenis tot teruggave van het vuistpand bewerkstelligde dat de vuistpandhouder een beroep kon doen op 'le bénéfice de l'indivisbilité'.[28] De vuistpandhouder kon pas worden gedwongen het

23 Zie, in plaats van anderen, Planiol/Ripert/Becqué, nr. 5.
24 Baudry-Lacantinerie/De Loynes, nr. 899; Marcadé/Pont, nr. 330; Planiol/Ripert/Becqué, nr.236 en 339 e.v en Weill, nr. 152. In 1840 is daarom ook voorgesteld om het ondeelbare karakter van hypotheek en privilege vanuit artikel 2114 te verplaatsen naar artikel 2094 Code civil. Dit is echter niet gebeurd. Zie Marcadé/Pont, nr. 330.
25 Planiol/Ripert/Becqué, nr. 109.
26 Planiol/Ripert/Becqué, nr. 107.
27 Planiol/Ripert/Becqué, nr. 111. Het retentierecht verschaft de zekerheidsnemer een zeer sterke positie. Het retentierecht is namelijk sterker dan een privilege dat voorrang heeft. Het retentierecht heeft met andere woorden de potentie om de wettelijke rangorde van privileges te doorbreken. Zie Aynès/Crocq 2014, nr. 516.
28 Planiol/Ripert/Becqué, nr. 113.

vuistpand terug te geven aan de schuldenaar wanneer de gehele schuld was voldaan.[29] Een betaling van een deel van de schuld gaf de schuldenaar bovendien niet het recht om een deel van het vuistpand op te eisen, zelfs niet wanneer het bezwaarde goed deelbaar was. Dat men deze regel baseerde op de partijwil blijkt uit het feit dat algemeen werd aangenomen dat de vuistpandhouder wel zelf een deel van het vuistpand kon teruggeven. Zijn instemming was met andere woorden vereist. De ondeelbaarheid van het retentierecht met betrekking tot het vuistpandrecht was dan ook van regelend recht: partijen konden een andere regeling overeenkomen.[30]

De ondeelbaarheid van het vuistpandrecht was voornamelijk van belang in het geval waarin de schuldenaar of de schuldeiser overleed met achterlating van verschillende erfgenamen. In dat geval werd de persoonlijke verbintenis verdeeld over de erfgenamen. In artikel 2083 Cc (oud) was vrij gedetailleerd aangegeven welke gevolgen dit had voor het vuistpandrecht. Zo kon de erfgenaam van de schuldenaar die zijn deel van de schuld had betaald niet zijn deel van het vuistpand ('sa portion dans le gage') opeisen van de schuldeiser. Hieruit blijkt dat de gehele schuld *tot zekerheid waarvan het zekerheidsrecht was gevestigd* moest zijn betaald voordat de verbintenis tot teruggave van het vuistpand ontstond. Voor het geval waarin de schuldeiser overleed met achterlating van verschillende erfgenamen was bepaald dat de erfgenaam die zijn deel in de vordering had ontvangen niet het vuistpand mocht teruggeven aan de schuldenaar ten nadele van zijn mede-erfgenamen die nog niet waren betaald. De reden dat een erfgenaam het pand niet mocht teruggeven was dat het pandrecht teniet zou gaan als het weer in handen van de schuldenaar zou komen. Hieruit blijkt opnieuw dat het vuistpand diende tot zekerheid van de gehele, oorspronkelijk verzekerde vordering.

6.5 De ondeelbaarheid van het hypotheekrecht ('hypothèque')

De ondeelbaarheid van het hypotheekrecht heeft in de literatuur meer aandacht gekregen dan de ondeelbaarheid van het vuistpandrecht. Bepaalde incidenten die (mogelijk) gevolgen hadden voor het zekerheidsrecht deden zich namelijk slechts voor bij het hypotheekrecht. Een bezwaard *onroerend goed* kon bijvoorbeeld worden verdeeld doordat de hypotheekgever een deel van dat goed overdroeg aan een derde. In het geval van een vuistpandrecht was de vuistpandhouder in het bezit van het bezwaarde goed en gebeurde het in de praktijk nooit dat de vuistpandgever het bezwaarde goed gedeeltelijk in eigendom overdroeg.

De ondeelbaarheid van het hypotheekrecht hield in dat het gehele bezwaarde goed strekte tot zekerheid van de gehele verzekerde vordering en ieder

29 Aynès/Crocq 2014, nr. 516.
30 Planiol/Ripert/Becqué, nr. 113.

deel daarvan. Bovendien strekte ieder deel van het bezwaarde goed tot zekerheid van de gehele verzekerde vordering en ieder deel daarvan. Men drukte dit gewoonlijk als volgt uit:

> 'l'immeuble dans sa totalité et dans chacune de ses parties, est affecté au paiement de l'intégralité et de chaque fraction de la dette'[31]

Ten aanzien van de rechtsgevolgen van de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht maakte men een onderscheid tussen incidenten die het bezwaarde goed betroffen en incidenten die de verzekerde vordering betroffen.[32] Ten aanzien van incidenten met betrekking tot het bezwaarde goed speelde de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht in twee gevallen een rol. Ten eerst in het geval waarin het bezwaarde goed werd verdeeld en overging op verschillende rechthebbenden. Dit deed zich bijvoorbeeld voor wanneer het bezwaarde goed onder algemene titel toeviel aan de erfgenamen van de schuldenaar en zij het goed verdeelden, of wanneer de schuldenaar zelf een gedeelte van het bezwaarde goed onder bijzondere titel overdroeg aan een derde. In beide gevallen kon elk gedeelte van het oorspronkelijk bezwaard goed door de hypotheekhouder worden uitgewonnen tot verhaal van de gehele verzekerde vordering. Ten tweede was de hypotheekhouder gerechtigd te kiezen welk bezwaard goed hij wilde uitwinnen als er verschillende goederen tot zekerheid van dezelfde schuld waren bezwaard. De hypotheekhouder was gerechtigd zijn volledige vordering met voorrang te verhalen op de executieopbrengst van een bezwaard goed naar zijn keuze. Hij hoefde dus niet zijn verhaal te verdelen over de verschillende bezwaarde goederen. Bovendien hoefde hij geen rekening te houden met hypotheekhouders met een lagere rang. Dit keuzerecht kon dus nadelige gevolgen hebben voor andere schuldeisers van de schuldenaar. Wanneer de eerste hypotheekhouder een generale hypotheek had en de tweede hypotheekhouder slechts een speciale hypotheek, dan kon de eerste hypotheekhouder ervoor kiezen om zijn vordering volledig te verhalen op het speciaal verhypothekeerde goed.[33] De hypotheekhouder mocht echter geen misbruik van zijn recht maken.[34]

Ten aanzien van incidenten met betrekking tot de verzekerde vordering speelde de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht eveneens in twee gevallen een rol. Ten eerste bleef het gehele goed bezwaard wanneer *een deel* van de verzekerde vordering teniet was gegaan. Door betaling van een gedeelte van de verzekerde vordering werd niet een evenredig gedeelte van het onderpand bevrijd van het zekerheidsrecht. Wanneer de verzekerde vordering door

---

31 Baudry-Lacantinerie/De Loynes, nr. 897 en Planiol/Ripert/Becqué, nr. 339.

32 Baudry-Lacantinerie/De Loynes, nr. 898 en 899; Laurent, nr. 176 en Planiol/Ripert/Becqué, nr. 339.

33 Zie voor een bespreking van dit in de literatuur beruchte geval Laurent, nr. 180 e.v.; Planiol/Ripert/Becqué, nr. 996 e.v. en Troplong II, nr. 750.

34 Planiol/Ripert/Becqué, nr. 340.

betaling, of op een andere wijze, gedeeltelijk tenietging, bleef het gehele goed bezwaard *tot zekerheid van de resterende vordering*.[35] Ten tweede speelde de ondeelbaarheid een rol wanneer de verzekerde verbintenis werd verdeeld in verschillende schulden. Dit deed zich voor wanneer de schuldenaar overleed met achterlating van verschillende erfgenamen.[36] Op grond van artikel 1220 Cc (oud) werd de schuld van de erflater verdeeld over diens erfgenamen. Iedere erfgenaam was slechts voor zijn erfdeel schuldenaar van de hypotheekhouder. De schuldeiser kon dus met een persoonlijke vordering ('action personelle') slechts een deel van zijn vordering opeisen van een van de erfgenamen. Op grond van de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht kon de hypotheekhouder echter *betaling* vorderen van de gehele verzekerde vordering van een van de erfgenamen, mits die erfgenaam (een deel van) het bezwaarde goed in zijn bezit had. Deze werking van de ondeelbaarheid was in artikel 873 Cc (oud) neergelegd. In dit artikel werd uitdrukkelijk bepaald dat de erfgenamen van de schuldenaar op grond van het hypotheekrecht ('hypothecairement') gehouden waren de gehele schuld te betalen.[37] De grondslag van de vordering tot betaling van de gehele schuld was het hypotheekrecht. De 'action hypothécaire' kon dus slechts worden ingesteld tegen erfgenamen die in het bezit waren van bezwaarde zaken. Van iedere erfgenaam die in het bezit was van verhypothekeerde goederen kon door de hypotheekhouder worden gevorderd dat hij ofwel de gehele schuld betaalde ofwel de zaak ter executie afstond aan de hypotheekhouder. In het feit dat de hypotheekhouder in de eerste plaats betaling van de erfgenaam vorderde ziet men de invloed van het oud-Franse recht op de Code civil van 1804.[38] In artikel 873 Cc (oud) was eveneens geregeld dat de erfgenaam die de gehele schuld had betaald regres kon nemen op zijn mede-erfgenamen.[39] Hieruit blijkt opnieuw dat de erfgenamen persoonlijk slechts voor hun erfdeel draagplichtig waren. De werking van de ondeelbaarheid was overigens niet afhankelijk van de mogelijkheid van een regres van de betalende erfgenaam op zijn mede-erfgenamen.[40]

> In een arrest van de Cour de Cassation was dit standpunt bevestigd. Het betrof een geval waarbij een onroerend goed was bezwaard met een hypotheekrecht tot zekerheid van een rente. De hypotheekhouder was, volgens de Cour de Cassation,

35 Dit was bijvoorbeeld relevant bij het privilege van de constructeur, zie Baudry-Lacantinerie/De Loynes, nr. 633.

36 Planiol en Ripert noemen ook het geval waarin de verbintenis wordt verdeeld tussen de erfgenamen van de *schuldeiser*, zie Planiol/Ripert/Becqué, nr. 341. Dit geval wordt echter niet in de andere commentaren genoemd. Een bespreking wordt achterwege gelaten.

37 Art. 873 Cc (oud) 'Les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession, personnellement pour leur part et portion virile, et hypothécairement pour le tout; sauf leur recours soit contre leurs cohéritiers, soit contre les légataires universels, à raison de la part pour laquelle ils doivent y contribuer.'

38 Zie hoofdstuk 5 over het oud-Franse recht.

39 Zie ook art. 875 en 1221 Cc (oud).

40 Marcadé/Pont, nr. 335.

gerechtigd betaling van de gehele schuld te vorderen van een derde die slechts eigenaar was van een deel van het onroerend goed. De Cour de Cassation voegde daaraan toe dat de derde niet aan deze verplichting kon ontkomen door aan te voeren dat hij geen regres kon nemen op zijn 'co-débiteurs hypothécaires'.[41]

6.6 Het karakter van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht

Zoals hierboven in § 6.2 is aangegeven kende de Code civil van 1804 naast het pand- en hypotheekrecht verschillende andere rechten die ondeelbaar waren. De vraag rees hoe de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht diende te worden gekarakteriseerd; waren de rechten van pand en hypotheek op dezelfde manier ondeelbaar als een verbintenis of een erfdienstbaarheid? De Cour de Cassation nam in 1858 het standpunt in dat het hypotheekrecht ondeelbaar was in de zin van artikel 1217 en 1218 Cc (oud).[42] Deze artikelen hadden betrekking op de regeling van deelbare en ondeelbare verbintenissen. Een verbintenis was *ondeelbaar* op grond van artikel 2117 Cc (oud) als de *aard van de prestatie* verhinderde dat de levering of de uitvoering van de prestatie werd verdeeld.[43] Wanneer de prestatie bijvoorbeeld bestond uit de levering van een piano dan was de verbintenis tot levering ondeelbaar. Een dergelijke ondeelbare verbintenis was absoluut ondeelbaar in de zin dat partijen er niet bij overeenkomst van konden afwijken.

In de literatuur werd de gelijkstelling van de ondeelbaarheid van verbintenissen en de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht door de Cour de Cassation afgewezen: het hypotheekrecht was niet op dezelfde wijze ondeelbaar als een ondeelbare verbintenis.[44] Men vond dat de Code civil in dezelfde fout was gevallen als de glossatoren; een fout waar Dumoulin al op had gewezen.[45] In artikel 2114 Cc (oud) werd het hypotheekrecht weliswaar 'naar zijn aard' ('de sa nature') ondeelbaar genoemd, maar dit betekende niet dat het hypotheekrecht *noodzakelijkerwijs* altijd ondeelbaar is. Integendeel: het pand- en hypotheekrecht is in principe deelbaar. In dit verband werd bijvoorbeeld aangevoerd dat het voorstelbaar was dat een hypotheekrecht werd verdeeld bij een kadastrale splitsing van het bezwaarde goed.[46] Het oorspronkelijke hypotheekrecht zou dan worden gesplitst in twee hypotheekrechten: op ieder

41 Cour de Cassation 6 mei 1818.
42 Cour de Cassation 29 juli 1858, Dalloz 1859, 1,125.
43 Art. 2117 Cc (oud) 'L'obligation est divisible ou indivisible selon qu'elle a pour objet ou une chose qui dans sa livraison, ou un fait dans l'exécution, est ou n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle.'
44 Baudry-Lacantinerie/De Loynes, nr. 900 en Laurent, nr. 176.
45 Baudry-Lacantinerie/De Loynes, nr. 900: 'Si telle est la portée de cet arrêt, il reproduit la doctrine que certains jurisconsultes avaient enseignée dans notre ancienne jurisprudence et dont Dumoulin avait démontré l'inexactitude.' Zie ook Laurent, nr. 175.
46 Marcadé/Pont, nr. 331.

nieuw ontstaan goed zou een afzonderlijk hypotheekrecht komen te rusten, elk tot zekerheid van een deel van de oorspronkelijk verzekerde vordering. Bovendien konden partijen overeenkomen dat het onderpand in omvang zou afnemen wanneer een deel van de schuld zou zijn betaald.[47] De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht verschilde om die reden ook van de ondeelbaarheid van de erfdienstbaarheden.[48] Het hypotheekrecht kon op een onverdeeld aandeel in een goed worden gevestigd. Bovendien konden partijen overeenkomen dat bij betaling van een deel van de schuld het zekerheidsrecht nog slechts op een onverdeeld aandeel in het goed zou rusten. Een recht van overpad kan echter niet op een onverdeeld aandeel in een onroerend goed worden gevestigd. Bovendien is het niet mogelijk dat een erfdienstbaarheid gedeeltelijk teniet gaat en vervolgens nog slechts op een onverdeeld aandeel op het goed blijft rusten. De uitoefening van het recht van overpad kan niet worden verdeeld in delen. De eigenaar van het heersende erf heeft ofwel een erfdienstbaarheid ofwel hij heeft geen erfdienstbaarheid, zodat dit recht inderdaad 'naar zijn aard' ondeelbaar is.

De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht was dus noch te vergelijken met de ondeelbaarheid van verbintenissen, noch met de ondeelbaarheid van erfdienstbaarheden. Op welke wijze waren de rechten van pand en hypotheek dan wel ondeelbaar? Het antwoord op de vraag is dat de rechten van pand en hypotheek ondeelbaar waren op grond van de partijwil. De Franse commentatoren uit de 19e eeuw waren zich er zonder uitzondering van bewust dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht 'intentioneel' was, dat zij was gebaseerd op de wil van de partijen bij de zekerheidsovereenkomst.[49] De heersende leer was dan ook dat de ondeelbaarheid geen essentieel kenmerk (*essentiale*) was van het pand- en hypotheekrecht. Het was daarentegen een 'natuurlijk' kenmerk (*naturale*).[50] Hiermee doelden zij op het feit dat de regels die werden geformuleerd in verband met de ondeelbaarheid vanzelfsprekend waren indien partijen niets anders waren overeengekomen. Deze ondeelbaarheid was zo voor de hand liggend dat de wetgever haar als een algemene regel had opgenomen in de Code civil.[51]

Hoewel de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht was gebaseerd op de partijwil werd wel benadrukt dat zij in het voordeel was van de schuldeiser. De Cour de Cassation stelde dit met zoveel woorden in een arrest van 9 november 1847.[52]

47 Baudry-Lacantinerie/De Loynes, nr. 900.
48 Marcadé/Pont, nr. 331 en Planiol/Ripert/Becqué, nr. 340.
49 Baudry-Lacantinerie/De Loynes, nr. 900; Marcadé/Pont, nr. 331 en Laurent, nr. 175.
50 Duranton, nr. 245 en Marcadé/Pont, nr. 331.
51 Baudry-Lacantinerie/De Loynes, nr. 900; Rodière, nr. 466;
52 Cour de Cassation 9 november 1847, Dev. 1,289.

6.7 Nieuwe ontwikkelingen

In meer recente tijd is het conventionele, niet dwingendrechtelijke karakter van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht op de achtergrond geraakt. De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht wordt tegenwoordig vaak gebaseerd op het zakelijk karakter van het pand- en hypotheekrecht.[53] De gedachte is dat een zakelijk recht ('droit réel') op de gehele zaak rust die het object vormt van het zakelijke recht. Evenals met de revindicatie de gehele zaak kan worden opgeëist, kan het pand- en hypotheekrecht altijd op de gehele zaak worden uitgeoefend.[54] Het voordeel van deze opvatting is dat zij verklaart waarom het retentierecht ondeelbaar is. Dit is immers strikt genomen geen zekerheidsrecht, maar wel, althans naar Franse opvatting, een zakelijk recht.[55] Deze redenering wordt echter ontkracht door de jurisprudentie van de Cour de Cassation. In een arrest over het retentierecht baseerde de Cour de Cassation de ondeelbaarheid van het retentierecht op een interpretatie van artikel 1244 Cc (oud), inhoudende dat de schuldeiser niet kan worden gedwongen om deelbetalingen aan te nemen.[56] Op grond van deze regel was de schuldeiser eveneens gerechtigd om de gehele zaak achter te houden, zolang nog niet zijn gehele vordering was voldaan. Deze jurisprudentie wordt echter ten onrechte terzijde geschoven als zijnde 'een geïsoleerd geval'.[57] De verklaring van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht op grond van het zakelijke karakter van deze rechten heeft strikt genomen tot gevolg dat de generale privileges niet ondeelbaar zijn.[58] De generale privileges zijn namelijk geen zakelijke rechten, omdat ze op een fluctuerend object en niet op bepaalde, gespecificeerde zaken rusten. Anderen menen echter dat uit deze verklaring van de ondeelbaarheid niet te veel moet worden afgeleid en dat de ondeelbaarheid desondanks ook voor generale privileges opgaat.[59] Men moet zich dus in allerlei bochten wringen om de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht te baseren op het reële karakter van de rechten die men ondeelbaar acht. De oorzaak hiervan ligt waarschijnlijk in het feit dat niet alleen de conventionele zekerheidsrechten, maar ook de legale zekerheidsrechten ondeelbaar zijn. De ondeelbaarheid van de legale zekerheidsrechten kan niet op de partijwil worden gebaseerd en dus zoekt men vruchteloos naar andere verklaringen. Uiteindelijk voldoet in het Franse recht maar één verklaring: het staat in de wet.

---

53 Aynès/Crocq, nr. 516 en 680; Cabrillac/Mouly/Cabrillac/Pétel, nr. 569 en Mestre/Putman/Billiau, nr. 450.
54 Vgl. voor de revindicatie Picod, nr. 379.
55 Mestre/Putman/Billiau, nr. 450.
56 Art. 1244 Cc (oud): 'Le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible.'
57 Mestre/Putman/Billiau, nr. 450.
58 Cabrillac/Mouly/Cabrillac/Pétel, nr. 569.
59 Mestre/Putman/Billiau, nr. 450.

6.8 Conclusie

In de Code civil van 1804 was de ondeelbaarheid gecodificeerd voor het hypotheekrecht ('hypothèque') en voor het vuistpandrecht ('gage'). De ondeelbaarheid behelsde dat het gehele onderpand tot zekerheid diende van de gehele verzekerde vordering en tot ieder deel van die vordering. Bovendien diende ieder deel van het onderpand tot zekerheid van de gehele vordering en ieder deel daarvan. De ondeelbaarheid zag dus op twee aspecten van het zekerheidsrecht: het bezwaarde goed en de verzekerde vordering. De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht had vier – met elkaar samenhangende – rechtsgevolgen. Het bewerkstelligde ten eerste dat de zekerheidsnemer nog steeds zijn zekerheidsrecht op het gehele onderpand kon uitoefenen, ondanks het feit dat hij al betaling van een deel van zijn vordering had verkregen. Ten tweede was de zekerheidsnemer nog steeds gerechtigd de gehele verzekerde schuld te verhalen op ieder bezwaard goed wanneer de verzekerde verbintenis was verdeeld tussen verschillende schuldenaren. Ten derde volgde uit de ondeelbaarheid dat de zekerheidsnemer mocht kiezen welk goed hij wilde uitwinnen als er verschillende goederen tot zekerheid van dezelfde schuld waren bezwaard en ten vierde kon de zekerheidsnemer als een bezwaard goed was verdeeld zijn gehele vordering verhalen op elk deel dat was ontstaan uit de verdeling van dat bezwaarde goed.

In de 19e eeuw was het karakter van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht duidelijk. De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht was gebaseerd op de partijwil. De hierboven genoemde regels waren dus niet van dwingendrechtelijke aard; partijen konden iets anders overeenkomen. De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht week daarom af van de ondeelbaarheid van verbintenissen. De ondeelbaarheid van een verbintenis was namelijk gebaseerd op de ondeelbare aard van de prestatie, zoals de levering van een piano. Partijen konden daarvan uit de aard der zaak niet bij overeenkomst afwijken. Bovendien week de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht ook af van de ondeelbaarheid van erfdienstbaarheden. Een erfdienstbaarheid kon niet op een onverdeeld aandeel in een goed worden gevestigd, terwijl een pand- of hypotheekrecht wel op een onverdeeld aandeel kon worden gevestigd.

De Code civil van 1804 kende echter naast conventionele ('bedongen') zekerheidsrechten ook legale hypotheken, zoals de hypotheek van de getrouwde vrouw op het vermogen van haar man tot zekerheid van haar inbreng bij het huwelijk en de hypotheek van de pupil op het vermogen van zijn voogd. Al snel werden bovendien ook de wettelijke generale en speciale voorrechten, de 'privilèges', ondeelbaar geacht. Dit leidde tot een probleem. De ondeelbaarheid van deze *wettelijke* zekerheidsrechten kon namelijk niet worden gebaseerd op de wil van partijen. In de literatuur zijn daarom recent andere verklaringen voor de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht gesuggereerd. Een verklaring die bijvoorbeeld wordt gegeven is dat de rechten van pand en

hypotheek ondeelbaar zijn, omdat zij op zaken rusten. De gedachte is dat zakelijke rechten altijd op de gehele zaak rusten en dat het pand- en hypotheekrecht daarom eveneens altijd op de gehele bezwaarde zaak rust.

De artikelen uit de Code civil van 1804 zijn overgenomen in het Burgerlijk Wetboek van 1838. In het volgende deel van dit hoofdstuk zal worden onderzocht wat het karakter van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht onder de vigeur van dat wetboek inhield.

De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht onder het Burgerlijk Wetboek van 1838

6.9 INLEIDING

Het Burgerlijk Wetboek van 1838, hierna het Oud Burgerlijk Wetboek (OBW), kende evenals de Code civil van 1804 een bepaling over de ondeelbaarheid van het pandrecht (art. 1206 OBW) en een bepaling over de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht (art. 1209 OBW). Deze bepalingen uit het Oud Burgerlijk Wetboek waren gebaseerd op die van de Code civil. In het vorige hoofdstuk is er om die reden aandacht besteed aan de betekenis en het karakter van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het Franse recht onder vigeur van de Code civil van 1804. Men was zich er, zeker in de 19e eeuw, van bewust dat het Oud Burgerlijk Wetboek in de traditie stond van de Code civil. In de commentaren op het Oud Burgerlijk Wetboek werd traditioneel altijd aandacht besteed aan het Franse recht, zowel aan artikelen uit de Code civil zelf als aan de commentaren op de Code civil, en ook aan Franse jurisprudentie. Er zijn echter ook belangrijke verschillen tussen de regeling van het pand- en hypotheekrecht in de Code civil van 1804 en het Oud Burgerlijk Wetboek. Zo kende het Oud Burgerlijk Wetboek bijvoorbeeld geen wettelijke en gerechtelijke generale hypotheken.[60] De oriëntering van het Nederlandse privaatrecht op het Franse privaatrecht heeft bovendien niet onveranderd voortgeduurd tot aan de invoering van het nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992. De twee rechtsstelsels zijn langzamerhand uiteen gedreven. In het debat over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht wordt in de huidige literatuur dan ook nog slechts verwezen naar het Oud Burgerlijk Wetboek en veel minder dan voorheen naar het Franse recht. In deze paragraaf wordt daarom onderzoek gedaan naar de betekenis en het karakter van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het Nederlandse recht onder vigeur van het Oud Burgerlijk Wetboek.

In § 6.10 zal eerst worden ingegaan op de ondeelbaarheid van het pandrecht en het retentierecht. Vervolgens zal in § 6.11 de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht aan bod komen. De ondeelbaarheid van het hypotheekrecht

60 Vgl. Herman 1914, p. 1.

was vooral van belang in gevallen waarin er verschillende schuldenaren of schuldeisers bij het zekerheidsrecht waren betrokken. Deze gevallen worden in § 6.12 besproken. In § 6.13 wordt de vraag besproken of het vestigen van het hypotheekrecht tot gevolg had dat de verzekerde verbintenis ondeelbaar werd. Dit was niet het geval, maar het vestigen van het hypotheekrecht had wel een vergelijkbaar effect ten aanzien van de erfgenamen van de schuldenaar. De aansprakelijkheid van de erfgenamen van de schuldenaren zal in § 6.14 worden besproken. In § 6.15 zal aandacht worden besteed aan de opvattingen van Suijling, aangezien hij enkele nieuwe begrippen introduceerde in het Nederlandse privaatrecht. Suijling introduceerde bijvoorbeeld het beginsel van 'integrale druk' ter vervanging van de leer van de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht. Daarnaast introduceerde hij het beginsel van 'evenredige druk'. Dit beginsel wordt in § 6.16 en § 6.17 besproken. In de paragrafen § 6.18 en § 6.19 wordt het voorrecht van uitwinning besproken, omdat dit een inbreuk vormde op de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht. In § 6.20 komt de Onteigeningswet aan bod, omdat die eveneens een inbreuk leek te maken op de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht. Tot slot volgt in § 6.21 de conclusie.

6.10 De ondeelbaarheid van het pandrecht (art. 1206 oBW)

De rechten van pand en hypotheek hadden onder het Oud Burgerlijk Wetboek eenzelfde doel. Het waren beide zekerheidsrechten die de rechthebbende het recht gaven met voorrang uit de opbrengst van het bezwaard goed te worden betaald tot de hoogte van de verzekerde vordering.[61] Een verschil tussen het pand- en hypotheekrecht bestond in het voorwerp van beide zekerheidsrechten; een hypotheek kon alleen worden gevestigd op onroerende goederen, terwijl een pandrecht slechts op lichamelijke roerende zaken en onlichamelijke zaken zoals vorderingen kon worden gevestigd.[62] Een ander belangrijk verschil betrof de vereisten voor de vestiging. Een pandrecht moest worden gevestigd door de zaak uit de macht van de pandgever te brengen, terwijl een hypotheek werd gevestigd door inschrijving van de notariële akte in de registers.[63] Het pandrecht onder het oBW was dus altijd een *vuistpand*. Het was om die reden onpraktisch voor zowel de zekerheidsgever als de zekerheidsnemer om een pandrecht te vestigen. De schuldenaar wilde immers de te bezwaren goederen blijven gebruiken, terwijl de schuldeiser er niet op zat te wachten om grote hoeveelheden goederen onder zich te houden. In de praktijk werd het vuistpandrecht dan ook vermeden en werd voor roerende zaken en in toenemende mate voor vorderingen gebruik gemaakt van de fiduciaire eigendomsoverdracht. Deze praktijk van de eigendomsoverdracht ten titel van zekerheid werd

61 Vgl. art. 1196 en 1208 OBW.
62 Asser/Scholten 1945, p. 420.
63 Art. 1196 en 1198 OBW voor het pandrecht en art. 1224 e.v. OBW voor het hypotheekrecht.

door de Hoge Raad erkend in het Bierbrouwerijarrest.[64] Het vuistpandrecht had daarom onder het Oud Burgerlijk Wetboek een gering praktisch belang. Dit verklaart waarschijnlijk ook waarom er zo weinig aandacht was voor de ondeelbaarheid van het pandrecht. De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht werd in de literatuur voornamelijk besproken bij het hypotheekrecht.

De ondeelbaarheid van het vuistpandrecht was desalniettemin om een andere reden van belang. De ondeelbaarheid van het pandrecht werd namelijk naar analogie uitgebreid naar alle *retentierechten* onder het Oud Burgerlijk Wetboek. Eén belangrijk onderdeel van het vuistpandrecht was immers het retentierecht van de vuistpandhouder. Dit blijkt ook uit het artikel over de ondeelbaarheid van het pandrecht. Artikel 1206 OBW luidde als volgt:

> 'Het pand is ondeelbaar, niettegenstaande de schuld onder de erfgenamen van den schuldenaar of onder die van den schuldeischer mogt deelbaar zijn.
> De erfgenaam van den schuldenaar die zijn gedeelte in de schuld betaald heeft, kan de teruggave van zijn aandeel in het pand niet vorderen zoo lang de schuld niet ten volle is gekweten.
> Wederkeerig mag de erfgenaam van den schuldeischer, die zijn aandeel in de schuld ontvangen heeft, het pand niet terug geven ten nadeele van diegenen zijner medeerfgenamen die niet betaald zijn.'

In dit artikel worden de *gevolgen* van de ondeelbaarheid van het pandrecht ten aanzien van de erfgenamen besproken. De regel dat het pand mocht worden teruggehouden totdat de gehele schuld was betaald, was met betrekking tot de verhouding tussen de schuldeiser en schuldenaar neergelegd in artikel 1205 lid 1 OBW:

> 'Zoolang de houder het in pand gegeven goed niet misbruikt, is de schuldenaar onbevoegd om daarvan de teruggave te vorderen, voordat hij ten volle betaald hebbe, zoo wel de hoofdsom als de interessen en onkosten der schuld voor welker zekerheid het pand gegeven is, alsmede de onkosten die tot behoud van het pand gedaan zijn.'

Er onstond met andere woorden pas een *recht van de schuldenaar* om de verpande zaak terug te eisen als de gehele schuld, inclusief rente en onkosten, was betaald.[65] Tot die tijd kon de pandhouder niet worden gedwongen tot terug-

64 HR 25 januari 1929, *NJ* 1929/616, *W.* 11951.

65 De wettekst spreekt van de 'schuldenaar' die teruggave kan eisen. Onder het OBW was het echter ook mogelijk dat een derde een zaak voor andermans schuld in vuistpand gaf (derdenpand), zie Asser/Scholten 1945, p. 420. In dat geval was deze derdepandgever eveneens pas gerechtigd het pand terug te eisen als de verzekerde vordering was voldaan, zie Rechtbank Utrecht 8 december 1909, *W.* 9121.

gave van het pand of een deel van het pand.[66] Uit het tweede lid van artikel 1205 OBW blijkt dat de pandhouder het vuistpand zelfs voor andere vorderingen dan waarvoor de zaak oorspronkelijk in pand was gegeven kon terughouden. Deze bepaling zag op het zogenoemde Gordiaanse retentierecht.[67] Hieruit blijkt dat de ondeelbaarheid van het vuistpandrecht vooral betrekking had op het *retentierecht* van de pandhouder.

> In artikel 1205 OBW en artikel 1206 OBW werd slechts over de teruggaveverplichting van de pandhouder gesproken. Artikel 1201 OBW bepaalde daarnaast dat de pandhouder gerechtigd was de verpande zaak te executeren als de schuldenaar in gebreke bleef. Deze artikelen bewerkstelligden samen dat de pandhouder gerechtigd was de zaak te verkopen indien nog niet de gehele schuld was betaald. In de wet werd dit echter niet met zoveel woorden gezegd.

De regel werd van toepassing geacht op andere retentierechten dan het vuistpandrecht. Het retentie- of terughoudingsrecht was als zodanig niet uitdrukkelijk in het OBW geregeld. Het OBW kende wel een aantal bepalingen waar een dergelijk recht werd toegekend aan houders. Het Gordiaanse retentierecht van artikel 1205 lid 2 OBW is hierboven al genoemd. Daarnaast was bijvoorbeeld ook de bewaarnemer gerechtigd 'om het goed onder zich te houden, tot de volle voldoening van hetgeen hem, ter zake der bewaring verschuldigd is.' (art. 1766 OBW). De overeenkomst met de genoemde ondeelbaarheidsregel is duidelijk. In de literatuur werd dan ook gewezen op de ondeelbaarheid van het retentierecht:

> 'Het recht duurt totdat is voldaan aan een den retentor toekomende vordering. Eenparig wordt aangenomen, dat het noodig is, dat de *vordering geheel zij voldaan*, wil de eigenaar of rechthebbende met vrucht de zaak opvorderen; deze *ondeelbaarheid* van het recht vindt men duidelijk uitgedrukt in o.a. in de bewoordingen van de artikelen 1652, 1766 en 1849 B.W. Vgl. ten aanzien van het pandrecht het geheel analoge art. 1206 B.W.'[68]

In artikel 1206 OBW werden de gevolgen uitgewerkt van een *deling van de verzekerde verbintenis* tussen de erfgenamen van de schuldenaar of schuldeiser. Uit het eerste lid van artikel 1206 OBW bleek dat de ondeelbaarheid van het pandrecht in contrast stond met de deelbaarheid van de verzekerde verbintenis: het pandrecht was ondeelbaar, ongeacht de deelbaarheid van de verzekerde verbintenis. Een deelbare verbintenis werd verdeeld wanneer de schuldenaar of schuldeiser overleed. In het eerste geval werd de verzekerde schuld op

66 Asser/Scholten 1945, p. 438: '[…] voldoening van een deel der schuld kan […] niet tot gedwongen teruggave van het pand of een deel daarvan leiden.' Wat Scholten bedoelt met teruggave van een *deel* van het pand wordt niet duidelijk.

67 Asser/Scholten 1945, p. 429.

68 Asser/Scholten 1945, p. 559.

grond van artikel 1335 OBW verdeeld over de erfgenamen van de schuldenaar. De erfgenamen van de schuldenaar waren slechts voor hun erfdeel aansprakelijk en de schuldeiser kon op grond van zijn persoonlijke vordering iedere erfgenaam slechts voor zijn erfdeel aanspreken. Dit hield in dat het vermogen van die erfgenaam slechts voor dat bedrag kon worden uitgewonnen. De ondeelbaarheid van het pandrecht bewerkstelligde in dit geval dat de erfgenaam van de schuldenaar die zijn deel van de schuld had betaald geen 'teruggave van zijn aandeel in het pand' kon vorderen. Het is onduidelijk wat er werd bedoeld met de regel dat de erfgenaam die zijn aandeel in de schuld had betaald geen 'teruggave van zijn aandeel in het pand' kon vorderen. Waarschijnlijk werd hiermee gedoeld op de casus waarin een vuistpand op een deelbare zaak of op verschillende zaken rustte. De erfgenaam zou dan kunnen vorderen dat een corresponderend aandeel van het vuistpand bij betaling aan hem door de pandhouder werd teruggegeven. Artikel 1206 OBW bepaalde echter dat de erfgenaam dit laatste niet met succes kon vorderen. De ondeelbaarheid gold dus ook wanneer het onderpand deelbaar was.[69]

In de spiegelbeeldige situatie werd de vordering van de schuldeiser verdeeld over diens erfgenamen. Iedere erfgenaam had dus een zelfstandige vordering op de schuldenaar. De ondeelbaarheid van het pandrecht bewerkstelligde ook in dit geval dat het pandrecht bleef dienen tot zekerheid van de gehele oorspronkelijk verzekerde vordering. De erfgenaam van de schuldeiser wiens vordering was betaald was daarom niet gerechtigd het pand terug te geven aan de schuldenaar, althans niet ten nadele van zijn mede-erfgenamen die nog niet waren betaald (art. 1206 lid 3 OBW). De erfgenaam die de macht had over het vuistpand kon dit *de facto* wel, maar hij was aansprakelijk jegens zijn mede-erfgenamen als hij dit ook deed. Door de teruggave van het pand ging het pandrecht immers teniet, zodat de vorderingen van zijn mede-erfgenamen niet meer door het pandrecht werden verzekerd.[70]

Zoals hierboven is uiteengezet was het vuistpandrecht van gering belang in de praktijk. De ondeelbaarheid van het vuistpandrecht leidde dienovereenkomstig niet tot debat in de literatuur. De ontwikkeling in het karakter van de ondeelbaarheid waaraan in § 6.9 werd gerefereerd komt naar voren bij het hypotheekrecht. Deze ontwikkeling kan hier als volgt worden gekarakteriseerd. De commentatoren op de Code civil waren zich er nog van bewust dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht was gebaseerd op het werk van Dumoulin en dat de regels die voortvloeiden uit de ondeelbaarheid in feite waren gebaseerd op de partijwil. Zij benaderden de bepalingen van de ondeelbaarheid met andere woorden rechtshistorisch en hechtten niet te veel waarde aan de specifieke bewoordingen die in de Code civil werden gebruikt. Deze benadering verdwijnt echter in het Nederlandse recht onder vigeur van

69 Diephuis VII, p. 573-574; Land III, p. 342.
70 Art. 1198 lid 3 OBW.

het Oud Burgerlijk Wetboek. De bepalingen over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht worden legistisch benaderd: de rechtsgeleerden nemen de woorden van artikel 1206 en artikel 1209 OBW letterlijk. Zo legden zij bijvoorbeeld grote nadruk op de formule dat het hypotheekrecht is 'gevestigd op alle de verbondene onroerende goederen in hun geheel, op elk van die goederen en op ieder gedeelte van dezelve' (art. 1209 OBW). Deze formule wordt leidend: men leidt er allerlei regels voor het pand- en hypotheekrecht uit af. Bovendien verliest men daarbij uit het oog dat de ondeelbaarheid is gebaseerd op het vermoeden dat partijen dit zijn overeengekomen. Dit leidde ertoe dat de ondeelbaarheid meer en meer als een 'beginsel' werd gezien, dat ook in allerlei andere wettelijke bepalingen zou zijn neergelegd. In de volgende paragrafen zal deze ontwikkeling, die hier slechts in hoofdlijnen is geschetst, worden uiteengezet.

6.11 De ondeelbaarheid van het hypotheekrecht (art. 1209 OBW)

De ondeelbaarheid van het hypotheekrecht was gecodificeerd in artikel 1209 OBW:

> Dat recht is uit deszelfs aard ondeelbaar en gevestigd op alle de verbondene onroerende goederen in hun geheel, op elk van die goederen en op ieder gedeelte van dezelve.
> De goederen blijven daarmede belast, in welke handen dezelve ook overgaan.

Het artikel was een vrijwel letterlijke vertaling van artikel 2114 lid 2 en 3 Code civil (oud), het huidige artikel 2393 lid 2 en 3 Code civil.[71] Voor de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1838 had het een aantal kleine redactionele wijzigingen ondergaan. Zo stond in het ontwerp 1825 nog de volgende aanhef: 'Dezelve is uit haren aard ondeelbaar, en is gevestigd op al de verbondene onroerende goederen in hun geheel, op elk van die goederen en ieder gedeelte van dezelve'.[72] Voorduin beschrijft dat in een wet uit 1834 de uiteindelijke aanhef van het artikel werd vastgesteld: 'Dat regt is uit deszelfs aard ondeelbaar en gevestigd op alle […]'.[73] Voorduin merkt ook nog op dat in 1833 het aan de derde afdeling was voorgekomen dat aan het eerste lid de woorden 'in hun geheel' zouden moeten worden vervangen door 'in het bijzonder'. Deze

71 Artikel 2114 Cc: 'L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. Elle est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles. Elle les suit dans quelques mains qu'ils passent.'

72 Voorduin, dl. IV, 1838, p. 492.

73 Voorduin, dl. IV, 1838, p. 492. Uit Voorduin valt niet op te maken of de wijzigingen zuiver redactioneel waren of dat er een materieel verschil mee werd beoogd.

aanpassing is er echter niet gekomen. Het artikel zoals het werd ingevoerd in 1838 verschilde dus nauwelijks van artikel 2114 lid 2 en 3 Code civil (oud).

Kritiek op de redactie

De legistische benadering van de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht blijkt uit de kritiek op de redactie van het artikel. Van Eyssel stelde dat het artikel 'zeer eenzijdig en daardoor onvolledig uitgedrukt' was.[74] Van Nierop sprak van een 'slecht geredigeerd en onzuiver uit de C.N. [Code Napoleon] vertaald' artikel.[75] Het artikel bedoelde, zo meende zowel Van Eyssel als Van Nierop, uit te drukken dat 'de schuld niet voor een evenredig deel op elk verbonden goed of gedeelte daarvan drukt, doch in haar geheel op al het verbondene kan worden verhaald'.[76] Naast kritiek op de onzuiverheid en de eenzijdige manier van uitdrukken, was er in de literatuur voornamelijk kritiek op twee zinsneden uit het bewuste artikel. Ten eerste werd de uitdrukking dat het recht was gevestigd op al de verbonden goederen 'in hun geheel' door verschillende schrijvers gehekeld. Diephuis meende dat deze woorden verkeerd waren vertaald uit het Frans.[77] Land merkte op dat de woorden 'in hun geheel' geen zin hadden.[78] In artikel 2114 Code civil hadden de woorden 'en entier' ('in zijn geheel') betrekking op het recht van hypotheek, in tegenstelling tot de woorden 'in hun geheel' uit artikel 1209 OBW. De woorden 'in hun geheel' hadden in artikel 1209 OBW betrekking op 'alle de verbonden onroerende goederen'. Volgens Diephuis sprak het vanzelf dat alle verbonden goederen in hun geheel waren verbonden en had dit niets met de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht te maken.[79] De tweede zinssnede waar veel kritiek op kwam in de literatuur was de uitdrukking dat het hypotheekrecht 'uit deszelfs aard' ondeelbaar was. De heersende leer was dat het recht juist niet 'uit deszelfs aard' ondeelbaar was.[80] Van Nierop merkte dan ook op: 'De woorden "uit deszelfs aard" zijn niet zoo gemakkelijk te verklaren, daar de hypotheek toch niet van nature ondeelbaar is.'[81] De verwarring over de redactie van artikel 1209 OBW had ook hier haar achtergrond in het Franse artikel. De

74 Van Eyssel, *Themis* 1892, p. 209.
75 Van Nierop 1937, p. 29.
76 Van Nierop, p. 29-30 en in dezelfde zin Van Eyssel: '…nauwkeuriger zou de wet wezen, zoo zij inhield dat het regt in zijn geheel is gevestigd zoowel op al de verbonden zaken te zamen als op elke van haar en op ieder gedeelte daarvan in het bijzonder; voorts dat splitsing van de schuld of van het regt van inschuld tusschen meerdere schuldenaren of schuldeischers geen splitsing van het hypotheekregt ten gevolge heeft.', zie Van Eyssel 1892, p. 209.
77 Diephuis, dl. VII, p. 383.
78 Zie Land, dl. III, p. 351 n. 4: '"In hun geheel" heeft geen zin.' en Asser/Scholten 1927, p. 427.
79 Opzoomer was van mening dat de woorden 'en entier' onvertaald waren gelaten, zie Opzoomer, dl. IV, p. 614 n. 7.
80 Vergelijk Van Nierop, p. 30, Opzoomer IV, p. 614.
81 Van Nierop, p. 30.

woorden 'uit deszelfs aard' in artikel 1209 OBW waren een vertaling van de woorden 'de sa nature' uit artikel 2114 Code civil. De Franse wetgever wilde hier echter *niet* mee uitdrukken dat de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht een *essentieel* kenmerk was van het recht in de zin dat het hypotheekrecht nooit kon worden gedeeld. De ondeelbaarheid was, zo stelde Paul Pont, geen 'essentiale', maar een 'naturale' van het hypotheekrecht.[82] Hiermee werd bedoeld dat het recht van hypotheek ondeelbaar is, *indien* partijen niet anders waren overeengekomen. In de literatuur onder het OBW werd algemeen aangenomen dat de ondeelbaarheid van regelend recht was.[83] De uitdrukking dat het recht van hypotheek 'uit deszelfs aard' ondeelbaar was leidde daarom tot kritiek in de Nederlandse literatuur. Deze kritiek was echter onterecht, omdat men in het Franse recht met deze woorden niet wilde uitdrukken dat de zekerheidsrechten in essentie ondeelbaar waren.[84] Opzoomer was van mening dat de wetgever het nauwkeuriger had moeten uitdrukken door te stellen dat het recht 'niet uit zijn aard deelbaar' was, in plaats van dat het recht uit zijn aard ondeelbaar was.[85] Hieruit blijkt opnieuw hoezeer men afging op de bewoordingen van artikel 1209 OBW en bovendien waarde hechtte aan die bewoordingen. Daarbij verspilde men veel inkt aan discussies die al waren beslecht onder het Franse recht.

De strekking van artikel 1209 lid 1 OBW was volgens de heersende leer dat de schuld waarvoor het hypotheekrecht was gevestigd *niet naar evenredigheid* drukte op het bezwaarde goed of de bezwaarde goederen.[86] De schuldeiser was daarom gerechtigd naar eigen inzicht de schuld in het geheel op alle bezwaarde goederen gezamenlijk, op elk bezwaard goed afzonderlijk en zelfs op elk gedeelte van een bezwaard goed te verhalen. Bovendien kon elk deel van de schuld, hoe klein ook, worden verhaald op het gehele bezwaarde goed

82 Paul Pont (Marcadé X, p. 345 e.v.): 'Il s'agit d'une indivisibilité purement intentionnelle, et non de l'indivisibilité naturelle proprement dite. Mais l'intention, ici, est tellement inhérente à l'obligation, elle est tellement habituelle, que la loi l'a formulée en règle générale, et que, prenant une expression selon la signification acceptée parfois dans ce langage, elle a dit de l'hypothèque qu'elle est indivisible de sa nature, comme on dit de la garantie qu'elle est de la nature, mais non pas de l'essence de la vente.'

83 Asser/Scholten 1927, p. 427; Diephuis, dl. VII, p. 385; Land, dl. III, p. 351-352; Opzoomer, dl. IV, p. 614 n. 7; Van Nierop, p. 31; Suijling 1940, 5e stuk, p. 482 n. 2.

84 Land merkte scherp op: 'Ondeelbaar 'uit deszelfs aard' bedoelt waarschijnlijk hetzelfde als 'de sa nature' in art. 2114 Cc, nl. dat de ondeelbaarheid een naturale, maar daarom nog geen essentiale is.' Zie Land, dl. III, p. 352.

85 Hij voegde er aan toe: '…m.a.w. dat de deelbaarheid, ofschoon zij bedongen kan worden, niet stilzwijgend aan de deelbaarheid van schuld of goed verbonden is.', zie Opzoomer, dl. IV, p. 614 n. 7 en vergelijk Van Nierop, p. 30.

86 Asser/Scholten 1927, p. 426-427; Van Nierop, p. 29-30; Eyssel, *Themis* 1892, p. 309; Land, dl. III, p. 351-2; Opzoomer, dl. IV, p. 614 n. 7; Diephuis, dl. VII, p. 383; Suijling, 5e stuk, p. 482.

of al de bezwaarde goederen.[87] Door afbetaling van een deel van de schuld werd dus niet een evenredig deel van de bezwaarde goederen bevrijd van het zekerheidsrecht. Het recht van hypotheek was echter, zoals gezegd, volgens veel auteurs wel deelbaar. Daarmee bedoelden ze dat de ondeelbaarheid van regelend recht was en dat partijen gerechtigd waren overeen te komen dat bij afbetaling van een deel van de schuld een deel van de bezwaarde goederen uit het hypothecaire verband werd ontslagen. Volgens Van Nierop was dit niet alleen de heersende opvatting in de literatuur, maar werd er in de praktijk inderdaad ook vaak afgeweken van de ondeelbaarheid:

> 'Aangenomen wordt algemeen dat partijen bij overeenkomst kunnen afwijken van de ondeelbaarheid der hypotheek en in de praktijk komt het herhaaldelijk voor, dat in de hypotheekakte reeds een bepaald bedrag wordt gestipuleerd, tegen aflossing waarvan de hypotheekhouder zich verbindt een bepaald gedeelte van het onderpand uit het verband te ontslaan.'[88]

Deze afspraak tussen partijen had zelfs zakelijke werking, aldus de Hoge Raad in een arrest van 1 mei 1914.[89]

6.12 De rechtspositie van de erfgenamen van de zekerheidsnemer

Een belangrijke toepassing van de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht onder het Oud Burgerlijk Wetboek kennen we al uit het Romeinse recht, het *ius commune* en het Franse recht. De ondeelbaarheid van het hypotheekrecht was met name van belang wanneer de zekerheidsnemer of de zekerheidsgever overleed met achterlating van verschillende erfgenamen. Het Oud Burgerlijk Wetboek kende de Romeinsrechtelijke regel dat deelbare verbintenissen van de erflater van rechtswege werden verdeeld over de erfgenamen (art. 1335 OBW).[90] In het geval van een pand- en hypotheekrecht was het eigenlijk altijd het geval dat de verzekerde verbintenis werd verdeeld, aangezien de verbintenis zag op de betaling van een (deelbare) geldsom. De erfgenamen van de schuldenaar of van de schuldeiser waren derhalve slechts aansprakelijk voor, respectievelijk gerechtigd tot, de verzekerde verbintenis voor het aandeel waarvoor ze erfgenaam waren.

---

87 Asser/Scholten, 1927, p. 427; Diephuis, dl. VII, p. 384 en dl. X, p. 238; Opzoomer, dl. IV, p. 590 n. 2.

88 Van Nierop, p. 31.

89 HR 1 mei 1914, *NJ* 1914/709; *WPNR* 2339; *W.* 9711.

90 Artikel 1335 OBW 'De verbindtenis, die voor verdeeling vatbaar is, moet tusschen den schuldenaar en den schuldeischer worden ten uitvoer gebragt, even als of dezelve ondeelbaar was; de deelbaarheid is slechts van toepassing ten opzigte van hunne erfgenamen, die de schuld niet kunnen vorderen, of die niet verpligt zijn dezelve te voldoen, dan alleenlijk voor het aandeel waarvan zij erfgenaam zijn, of waartoe zij gehouden zijn, als vertegenwoordigende den schuldeischer of den schuldenaar.'

In het geval waarin de hypotheekhouder overleed met achterlating van verschillende erfgenamen, kon iedere erfgenaam met een persoonlijke vordering slechts betaling van de schuldenaar vorderen van zijn erfdeel in de verbintenis. De schuldenaar was niet gerechtigd zich op de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht te beroepen.[91] Dat wil zeggen dat de schuldenaar zich niet succesvol kon verweren wanneer een erfgenaam van de hypotheekhouder de schuldenaar aansprak tot betaling van zijn vordering, door te stellen dat de erfgenamen van de hypotheekhouder slechts gezamenlijk een vordering tot betaling konden instellen. Dit bevestigt dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht niet verhinderde dat de verzekerde vordering werd verdeeld over de erfgenamen van de schuldeiser en dat zij allen zelfstandig betaling van hun deel in de vordering konden eisen van de schuldenaar. De schuldenaar kon wel in het geval van executie verlangen dat de hypotheekhouder de gehele schuld verhaalde op de opbrengst. Deze regel had echter niets te maken met de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht, maar was gebaseerd op het feit dat de hypotheekhouder anders in schuldeisersverzuim zou zijn geweest. De ondeelbaarheid van het hypotheekrecht kwam slechts ten goede aan de schuldeisers. Zij hield in dit geval in dat het bezwaarde goed of de bezwaarde goederen in hun geheel tot zekerheid strekten van elke vordering die was ontstaan uit de oorspronkelijke vordering. Dit was niet met zoveel woorden door de wetgever neergelegd in artikel 1209 OBW, maar dit werd naar analogie afgeleid uit artikel 1206 OBW.[92] Een betaling door de schuldenaar aan één van de erfgenamen leidde dus tot een betere positie van de nog niet betaalde erfgenamen: 'Met iedere betaling aan één der schuldeischers wordt dus de positie der andere beter […]'.[93]

De uitoefening van het zekerheidsrecht door de erfgenamen van de zekerheidsnemer

De conclusie dat het bezwaarde goed voor elk deel van de vordering in zijn geheel was bezwaard deed vanzelfsprekend ook in het Nederlandse recht onder vigeur van het Oud Burgerlijk Wetboek de vraag rijzen hoe het zekerheidsrecht door de erfgenamen van de zekerheidsnemer diende te worden uitgeoefend. De discussie spitste zich toe op de vraag of de hypothecaire schuldeisers *ieder afzonderlijk mochten overgaan tot executie*.[94] Deze vraag rees niet alleen in het geval waarin de zekerheidsnemer was overleden met achterlating van verschillende erfgenamen, maar ook in het geval waarin aan verschillende schudeisers *tegelijkertijd* een zekerheidsrecht was verleend. De

91 Diephuis, dl. VII, p. 384-385.
92 Hamaker, 'Een rechtsvraag omtrent de hypotheek II', p. 227.
93 Hamaker, 'Een rechtsvraag omtrent de hypotheek II', p. 227.
94 In de gezaghebbende commentaren van Diephuis, Land en Opzoomer werd ook deze vraag niet aan de orde gesteld. In deze commentaren wordt niet uitgeweid over de vraag hoe het zekerheidsrecht door de erfgenamen van de zekerheidsnemer diende te worden uitgeoefend.

rechtbank Groningen oordeelde dat in het laatste geval iedere schuldeiser zonder medewerking van de andere schuldeisers mocht overgaan tot executie:

> 'Een van de meerdere deelhebbers in een schuldvordering, door hypotheek met beding van onherroepelijke volmacht verzekerd, heeft zonder medewerking der anderen het recht om, bij wanbetaling, het goed te verkoopen.'[95]

Zij baseerde haar oordeel onder meer op de overweging dat de volmacht om het bezwaarde goed te verkopen als accessorium van het hypotheekrecht moest worden beschouwd en daarom in de aard van dat recht moest delen. Daarnaast overwoog zij dat de volmacht om het bezwaarde goed te executeren niet gedeeltelijk kon worden uitgevoerd, omdat het bewuste onroerend goed niet in gedeelten kon worden geëxecuteerd. De rechtbank 's-Gravenhage wees in 1935 in een vergelijkbaar geval vonnis. Het betrof een geval waarbij een schuldenaar bij één schuldbetekenis aan drie verschillende schuldeisers bedragen had schuldig erkend en aan hen gezamenlijk een hypotheekrecht had verleend. De rechtbank 's-Gravenhage overwoog

> 'dat uit verschillende bepalingen der akte van schuldbekentenis in onderling verband gelezen en beschouwd, en meer speciaal in verband met de tot zekerheid verstrekte hypotheek voor het totaal bedrag der vorderingen op het aan gedaagde toebehoorend perceel niet anders vermag te volgen dan dat gedaagde zich tegenover de schuldeischers gezamenlijk tot het nemen van maatregelen als waartoe de bepalingen der akte hun het recht geven, zullen kunnen overgaan.'[96]

Volgens de rechtbank 's-Gravenhage waren de partijen blijkens de *akte* overeengekomen dat de schuldeisers slechts gezamenlijk het recht van hypotheek mochten uitoefenen. Het oordeel van de rechtbank was hier dus niet gebaseerd op 'beginselen van het hypotheekrecht', maar eenvoudigweg op wat de partijen waren overeengekomen. In beide aangehaalde vonnissen betrof het een geval waarbij een hypotheekrecht was verleend aan verschillende schuldeisers. Dezelfde argumenten waren in principe ook van toepassing op de uitoefening van het zekerheidsrecht door de erfgenamen van de zekerheidsnemer. De heersende leer was de leer van de rechtbank Groningen.

Van Nierop en Eggens waren van mening dat iedere hypotheekhouder zelfstandig gerechtigd was tot executie over te gaan.[97] Van Nierop baseerde dit zelfstandige executierecht van iedere erfgenaam op de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht. Eggens was eveneens van mening dat iedere schuldeiser

95 Rechtbank Groningen 21 juni 1874, *W.* 4295.
96 Rechtbank 's-Gravenhage 5 februari 1935, *WPNR* 1935/3418, p. 312-314.
97 Van Nierop, p. 33 en Eggens, *WPNR* 3020, p.799-800; *WPNR* 3367, p. 296-297 en *WPNR* 3399, p. 89.

gerechtigd was om het hypotheekrecht zelfstandig uit te oefenen, maar hij twijfelde of dit uit artikel 1209 OBW voortvloeide:

> 'Uit art. 1209 kan niet meer volgen, dan dat het hypotheekrecht door de verdeeling der vordering niet gedeeld is. Het geeft geen antwoord op de vraag, of ieder der gerechtigden het geheele recht kan uitoefenen, of dat alleen de gerechtigden tezamen dit vermogen.'[98]

Suijling, tot slot, was eveneens van mening dat iedere schuldeiser zelfstandig het hypotheekrecht mocht uitoefenen, zij het op grond van een geheel ander argument.[99] Hij meende namelijk dat bij deling van de verzekerde vordering het pand- en hypotheekrecht ook werd gedeeld. Iedere vordering die ontstond uit een verdeling van de oorspronkelijke vordering werd volgens hem verzekerd door een zelfstandig zekerheidsrecht.[100] De gevallen die hij daarbij op het oog had waren de partiële cessie van een verzekerde vordering en de verdeling van de vordering over de erfgenamen van de zekerheidsnemer. Suijling baseerde deze vermenigvuldiging van het zekerheidsrecht op het accessoire karakter van het pand- en hypotheekrecht. Dit karakter hield volgens hem in dat het zekerheidsrecht altijd het lot volgde van de verbintenis tot zekerheid waarvan het recht was gevestigd.

> De stelling van Suijling dat de rechten van pand en hypotheek als accessoire rechten 'de wijziging mede [maken], welke de door haar gedekte tegenwoordige vorderingen ondergaan' was te kort door de bocht. Wanneer bijvoorbeeld de omvang van de verzekerde vordering afnam, nam het pand- en hypotheekrecht niet in omvang af. In die zin volgde het zekerheidsrecht níet het lot van de verzekerde vordering. Dit was een consequentie van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht: 'De deelbaarheid toch der schuld brengt geen deelbaarheid van het pand met zich; waar de schuld voor de helft gekweten is, is het pandrecht niet tot op de helft verkleind. *In dit opzicht zijn beider lot niet aan elkaar verbonden* [curs. JvK].'[101] Suijling stond dan ook alleen met deze opvatting. Zijn leer van de vermenigvuldiging van het zekerheidsrecht bij splitsing van een verzekerde vordering wordt tegenwoordig echter weer door enkele auteurs voorgestaan.[102]

Slechts in het geval dat de schuldeisers als een eenheid dienden te worden beschouwd, vermenigvuldigde het zekerheidsrecht zich niet. Er was bijvoorbeeld volgens Suijling slechts sprake van één pandrecht, wanneer een vennootschap onder firma een vordering verkreeg die door een pandrecht was verzekerd.[103]

---

98 Eggens, *WPNR* 3020, p. 800.
99 Zie § 6.15 over de leer van Suijling.
100 Suijling, 5e stuk, p. 480-481; p. 540 en p. 558.
101 Opzoomer, dl. IV, p. 590, n. 2.
102 Zie § 7.5.
103 Suijling, 5e stuk, p. 540.

Slot

Wanneer de schuldeiser/zekerheidsnemer overleed met achterlating van verschillende erfgenamen strekte het zekerheidsrecht tot zekerheid van elk deel van de oorspronkelijk verzekerde vordering. De vraag of iedere erfgenaam dan ook een zelfstandig zekerheidsrecht had werd als zodanig niet gesteld. Er was wel discussie over de vraag of iedere schuldeiser zelfstandig kon overgaan tot executie. De heersende leer was dat iedere schuldeiser zelfstandig tot executie kon overgaan. Dit was volgens Van Nierop een uitvloeisel van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Eggens meende echter dat dit niet voortvloeide uit de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Suijling nam een geheel eigen positie in dit debat in. Hij meende dat het zekerheidsrecht zich splitste en vermenigvuldigde wanneer de verzekerde vordering werd gesplitst. Dit was volgens hem geen consequentie van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht, maar van het accessoire karakter van het pand- en hypotheekrecht.

6.13 De rechtspositie van de erfgenamen van de zekerheidsgever

In het omgekeerde geval, namelijk het geval waarin de zekerheidsgever overleed met achterlating van verschillende erfgenamen, speelde de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht ook een rol. In dit geval was er geen probleem met betrekking tot de uitoefening van het zekerheidsrecht: de schuldeiser had nog steeds één zekerheidsrecht. Het zekerheidsrecht diende nu echter tot zekerheid van verschillende vorderingen op verschillende erfgenamen van de zekerheidsgever, aangezien de schuld naar verhouding van de erfdelen werd verdeeld tussen de erfgenamen van de zekerheidsgever. Een hypotheekhouder kon dus zowel iedere erfgenaam van de schuldenaar met een persoonlijke vordering aanspreken tot betaling van zijn deel in de schuld, als iedere erfgenaam die in het bezit was van een bezwaard goed op grond van zijn hypotheekrecht.[104] Evenals in het Romeinse recht was de keuze aan de hypotheekhouder.[105] Indien er verschillende schuldenaren waren mocht de hypotheekhouder al overgaan tot executie indien slechts één van de schuldenaren in gebreke was gesteld en niet betaalde. Dit bracht de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht volgens advocaat-generaal Van Maanen mee:

> 'De ondeelbare aard van het recht van hypotheek brengt mede, dat wanneer slechts één schuldenaar aan de sommatie om te betalen niet voldoet, het verbonden goed

104 De erfgenaam werd als *bezitter* van het bezwaarde goed aangesproken en hij kon derhalve worden aangesproken, ongeacht of hij al door een boedelscheiding eigenaar was geworden van de bezwaarde zaak. Zie Diephuis, dl. X, p. 240-241.

105 Diephuis, dl. X, p. 238.

> kan worden verkocht, omdat het in zijn geheel voor elk deel der schuld is verbonden.'[106]

De verdeling van een deelbare verbintenis over de erfgenamen van een schuldenaar kon bezwaarlijk zijn voor de schuldeiser. Wanneer de schuldeiser hoofdelijke schuldenaren had, dan gold de hoofdelijkheid op grond van artikel 1334 OBW alleen voor de schuldenaren waarmee hij had gecontracteerd en niet voor hun erfgenamen. Om de nadelige gevolgen van de verdeling van de schuld over de erfgenamen te voorkomen werd door Schermer gesteld dat een vordering door partijen ondeelbaar kon worden gemaakt, zodat ook de erfgenamen van hoofdelijke schuldenaren hoofdelijk schuldenaar werden. Deze opvatting werd volgens Eggens echter niet breed gedeeld 'onder de Hollandse schrijvers'.[107] In dit verband vroeg men zich ook af of een verbintenis ondeelbaar werd wanneer zij werd verzekerd door een hypotheekrecht. Volgens Diephuis kon een vordering door partijen niet ondeelbaar worden gemaakt door een recht van hypotheek te vestigen.[108] De Hoge Raad overwoog in 1891 eveneens dat het Hof zich minder juist had uitgedrukt door te zeggen dat de *verbintenis* ondeelbaar werd door de vestiging van een hypotheek:

> '[…] omdat eene aan de verbintenis toegevoegde zekerheid voor hare nakoming den aard dier verbintenis niet kan veranderen en haar niet, wanneer zij deelbaar is, ondeelbaar kan maken'[109]

Volgens Van Nierop was door de vestiging van een hypotheek 'de werking der schuld wel aan verandering onderhevig'.[110] Hij stelde dat bij een pluraliteit van schuldenaren, zoals in het geval waarin de zekerheidsgever overlijdt met achterlating van verschillende erfgenamen, de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht tot gevolg had, dat ten aanzien van de verkoop en overdracht van het onderpand de schuld als een hoofdelijke schuld werkte. Van Nierop doelde hiermee op het feit dat de hypotheekhouder het bezwaarde goed kon uitwinnen tot verhaal van de gehele schuld van de erflater, ook al was de erfgenaam die werd uitgewonnen persoonlijk slechts voor een deel van die schuld aansprakelijk. Het is echter verwarrend om dit effect van de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht te karakteriseren als 'hoofdelijkheid'. De hypotheekhouder kon zijn vordering immers slechts verhalen *op de executieopbrengst van het bezwaarde goed*. De erfgenaam werd dus in zijn hoedanigheid als *bezitter* van een bezwaard goed aangesproken en níet als hoofdelijk schuldenaar. Dat

106 Conclusie van advocaat-generaal Van Maanen bij het arrest van 4 november 1877 van de Hoge Raad, *W.* 5498.
107 Zie Schermer-Eggens, 1928, p. 274-275. Eggens was zelf ook van mening dat een vordering niet door partijen ondeelbaar kon worden gemaakt.
108 Diephuis, dl. VII, p. 384 onder verwijzing naar art. 2020 OBW en Diephuis, dl. X, p. 238.
109 HR 19 november 1891, *W.* 6108.
110 Van Nierop, p. 30 n. 1.

de erfgenaam ook schuldenaar was van de schuldeiser/hypotheekhouder deed niet ter zake wanneer de hypotheekhouder zijn hypotheekrecht uitoefende om zijn vordering te verhalen.[111] Toch lag hier in het OBW een punt van discussie waaraan in de volgende paragraaf aandacht zal worden besteed.

6.14 DE BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE ERFGENAMEN VAN DE ZEKERHEIDSGEVER

De regel dat deelbare verbintenissen verdeeld op de erfgenamen overgingen werd krachtens artikel 1336 OBW in een aantal gevallen *ten opzichte van de erfgenamen van de schuldenaar* buiten werking gesteld.[112] De eerste uitzondering die in artikel 1336 lid 1 sub 1 OBW werd genoemd was de *hypothecaire schuld*. In artikel 1336 lid 2 OBW werd vervolgens bepaald dat de erfgenaam die in het bezit was van een verhypothekeerd goed voor het geheel kon worden vervolgd op het bezwaarde goed. Deze erfgenaam had in dat geval wel een regresrecht op zijn mede-erfgenamen.

Deze bepaling behelsde *niet* dat een deelbare schuld ondeelbaar werd door de vestiging van een hypotheek. De erfgenamen van de schuldenaar bleven namelijk gerechtigd om hun aandeel in de schuld te betalen en de schuldeiser bleef gerechtigd om van iedere erfgenaam betaling van diens deel van de schuld te vorderen.[113] Op grond van artikel 1209 OBW bleef het hypotheekrecht bovendien bij het aannemen van een deelbetaling tot zekerheid van de volledige vordering op het onderpand rusten.[114] Op grond van artikel 1336 lid 2 OBW *kon* de erfgenaam die in het bezit was van een goed dat tot zekerheid van de deelbare schuld met een hypotheek was belast 'voor het geheel ver-

111 De heersende leer was dat de hypotheekhouder geen *betaling* van de schuld kon vorderen van de erfgenaam die in het bezit was van een bezwaard goed. Volgens Diephuis kon hij dit wel. Zie § 6.14.

112 Artikel 1336 OBW 'Het beginsel, in het vorige artikel vastgesteld, lijdt uitzondering opzigtelijk de erfgenamen van den schuldenaar: 1°. In geval het eene hypothekaire schuld betreft; 2°. Wanneer de schuld in eene bepaalde zaak bestaat; 3°. Ten opzigte van eene alternatieve schuld van zaken, ter keuze van den schuldeischer, indien eene dier zaken ondeelbaar is. 4°. Indien bij den titel een der erfgenamen alleen met de uitvoering der verbindtenis belast is; 5°. Indien, het zij uit den aard der verbindtenis, het zij van de zaak die daarvan het onderwerp uitmaakt, het zij uit het oogmerk hetwelk men zich in de overeenkomst heeft voorgesteld, blijkbaar is dat het de bedoeling der handelende partijen geweest is, dat de schuld niet bij gedeelten zoude kunnen voldaan worden. In de drie eerste gevallen, kan de erfgenaam, die in het bezit is van de verschuldigde zaak, of van het goed dat voor de schuld met hypotheek belast is, voor het geheel vervolgd worden op de verschuldigde zaak, of op het met hypotheek bezwaarde goed, behoudens zijn verhaal op zijne mede-erfgenamen. In het vierde geval, kan de erfgenaam die alleen met de schuld belast is, en in het vijfde geval kan ook ieder erfgenaam voor het geheel, worden vervolgd, behoudens het verhaal van laatstgemelden op zijne mede-erfgenamen.'

113 Diephuis, dl. VII, p. 238.

114 Diephuis, dl. VII, p. 238.

volgd worden op het met hypotheek bezwaarde goed'. Dit was met andere woorden een bevoegdheid die de wet toekende aan de schuldeiser. De keuze was aan de schuldeiser; hij was niet verplicht dit te doen.

Er was onder het Oud Burgerlijk Wetboek discussie over de vraag in hoeverre hier sprake was van een uitzondering op de regeling van artikel 1335 OBW. Opzoomer meende dat er geen enkel verband was tussen artikel 1335 OBW en artikel 1336 lid 1 sub 1 OBW:

> 'We hebben hier niets, dat naar een uitzondering op het vorige artikel zweemt. De erfgenaam, die in het bezit is van het bezwaarde goed, is als erfgenaam en persoonlijke schuldenaar slechts voor zijn erfdeel verbonden. Waartoe hij als bezitter gehouden is, komt daarbij volstrekt niet in aanmerking; de bezitter zou daartoe gehouden zijn, al ware hij in het geheel geen erfgenaam, al had hij persoonlijk met de schuld niets te maken, al stond hij als vreemde tegenover haar.'[115]

Opzoomer zet het probleem in dit citaat op scherp. De vraag die naar aanleiding van artikel 1335 en 1336 lid 1 sub 1 OBW rees, was of de erfgenaam van de schuldenaar slechts als *bezitter* van een bezwaard goed tot verhaal van de gehele schuld van de erflater kon worden aangesproken of dat de erfgenaam *persoonlijk*, dat wil zeggen *verbintenisrechtelijk*, voor de gehele schuld van de erflater aansprakelijk was. Het verschil tussen beide opvattingen zag met andere woorden op de vraag of alle goederen van de erfgenaam voor de schuld van de erflater konden worden uitgewonnen, of dat slechts het bezwaarde goed kon worden uitgewonnen dat toevalligerwijze in het bezit van de erfgenaam was gekomen.

Opzoomer verdedigde, zoals uit het aangehaalde citaat blijkt, de opvatting dat de erfgenaam slechts persoonlijk schuldenaar was voor diens erfdeel. Wanneer de erfgenaam in het bezit was van een bezwaard goed was hij op grond daarvan gehouden tot afgifte van de zaak. De bezitter kon de afgifte van het goed slechts voorkomen door de gehele verzekerde schuld te betalen. Dit laatste gold echter, zoals Opzoomer ook aangeeft, voor iedere bezitter van een bezwaard goed. De Romeinsrechtelijk geïnspireerde opvatting van Opzoomer was onder het OBW de heersende leer.[116] De tekst van artikel 1336 OBW gaf twee aanknopingspunten voor deze interpretatie. In lid 2 van artikel 1336 OBW werd aangegeven dat slechts de erfgenaam die in het bezit was van een bezwaard goed voor de gehele schuld kon worden aangesproken. Bovendien was in lid 2 bepaald dat deze bezittende erfgenaam voor de gehele schuld kon worden aangesproken voor zover de gehele schuld kon worden verhaald op de opbrengst van het bezwaarde goed. Dit wijst niet op een overgang van de gehele verbintenis van de erflater op de erfgenaam. In dat geval zou name-

115 Opzoomer, dl. V, p. 272.
116 Vgl. naast Opzoomer: Asser/Rutten 4-1, p. 74 en Land, dl. IV, p. 144-145.

lijk het gehele vermogen van de erfgenaam voor de gehele verbintenis verhaalsaansprakelijk zijn.[117] De heersende leer was dan ook dat de erfgenaam persoonlijk slechts voor zijn erfdeel aansprakelijk was en als bezitter van een bezwaard goed voor de gehele schuld kon worden uitgewonnen. In deze opvatting behelsde artikel 1336 lid 1 sub 1 OBW slechts een uitwerking van artikel 1209 OBW.[118] Bovendien behelsde artikel 1336 lid 1 sub 1 OBW in deze interpretatie *geen uitzondering* op artikel 1335 OBW en was het derhalve een overbodige bepaling naast artikel 1209 OBW. Dit was echter, zoals Diephuis terecht opmerkte, een argument dat *tegen* deze interpretatie pleitte. Diephuis gaf aan dat de wettekst weliswaar aanleiding tot de interpretatie van Opzoomer gaf, maar dat er ook een andere interpretatie mogelijk was waarin artikel 1336 lid 1 sub 1 OBW wel degelijk een uitzondering vormde op artikel 1335 OBW.

Het uitgangspunt van Diephuis was dat artikel 1336 lid 1 sub 1 OBW een uitzondering vormde op de regeling van artikel 1335 OBW. Met dit uitgangspunt kwam Diephuis tot de conclusie dat de hypothecaire schuldeiser op grond van artikel 1336 lid 1 sub 1 OBW het *recht* had de gehele verzekerde schuld op te eisen van de erfgenaam die in het bezit van een verhypothekeerd goed was. Het was nodig dat de wet dit recht toekende aan de hypothecaire schuldeiser, zo merkte Diephuis op.[119] De hypothecaire schuldeiser was zonder de bepaling van artikel 1336 lid 1 sub 1 OBW namelijk slechts gerechtigd om *afgifte* van het bezwaarde goed te eisen van de bezitter. Op grond van artikel 1336 lid 1 sub 1 OBW was de hypothecaire schuldeiser daarnaast dus gerechtigd *betaling* van de gehele verzekerde schuld te eisen van de bezittende erfgenaam. Dit laatste betekende volgens Diephuis dat de bezittende erfgenaam persoonlijk aansprakelijk was voor de gehele hypothecaire schuld:

> 'Dan is de erfgenaam, die in het bezit is van het bezwaarde goed, niet slechts voor zijn erfdeel verbonden, maar voor de geheele schuld aansprakelijk, en dan is hij dat juist als erfgenaam en persoonlijk schuldenaar.'[120]

De opvattingen van Opzoomer en Diephuis stonden lijnrecht tegenover elkaar. Volgens Opzoomer was de bezittende erfgenaam niet persoonlijk ('verbintenisrechtelijk') aansprakelijk voor de gehele schuld van de erflater, terwijl volgens Diephuis de bezittende erfgenaam wel persoonlijk aansprakelijk was voor de gehele schuld van de erflater. De bepaling van artikel 1336 OBW kende volgens Diephuis een recht toe aan de hypothecaire schuldeiser dat hij zonder die bepaling niet had. Hij stond echter alleen in zijn opvatting.

117 Vgl. Schermer/Eggens 1928, p. 275 en Land, dl. IV, p. 144 n. 1.
118 Vgl. Schermer/Eggens 1928, p. 275.
119 Diephuis, dl. X, p. 240.
120 Diephuis, dl. X, p. 240.

Historisch gezien had Diephuis gelijk. De aansprakelijkheid van de erfgenamen van de schuldenaar was in de Code civil van 1804 gebaseerd op het oud-Franse recht, waarin de hypotheekhouder *betaling* van de gehele verzekerde schuld kon vorderen van iedere erfgenaam die in het bezit was van een bezwaard goed.[121] Dit is ook de achtergrond van artikel 1336 OBW. Het is tekenend dat deze historische benadering van artikel 1336 OBW niet werd gehanteerd door de Nederlandse juristen. Diephuis zelf kwam tot zijn opvatting door een typisch legistisch argument te gebruiken, namelijk dat artikel 1336 OBW wel een uitzondering moest behelzen, omdat dit nu eenmaal in de wet stond. In de volgende paragraaf staat de leer van Suijling centraal. Deze jurist ging niet legistisch te werk en hanteerde een geheel eigen begrip van ondeelbaarheid van zakelijke rechten.

6.15 De leer van Suijling

De leer van Johannes Philippus Suijling (1869-1962) wordt afzonderlijk behandeld, omdat zijn opvatting over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht afweek van die van andere schrijvers. In feite deed hij in de 20e eeuw hetzelfde als Dumoulin in de 16e eeuw had gedaan. Suijling hanteerde namelijk een geheel eigen leer van deelbaarheid en ondeelbaarheid van zakelijke rechten. Hij stelde dat deelbaarheid bij zakelijke rechten behelsde dat deze rechten zowel op een zaak in haar geheel als op een onverdeeld aandeel in een zaak kunnen rusten.[122] Bovendien kunnen er verschillende personen gerechtigd zijn tot een deelbaar zakelijk recht.[123] Hij meende dat de rechten van pand en hypotheek in die zin *deelbaar* waren. Deelbaarheid was bij zakelijke rechten volgens Suijling de regel en ondeelbaarheid de uitzondering. Deze uitzondering deed zich in zijn optiek slechts voor bij erfdienstbaarheden en niet bij het pand- en hypotheekrecht.[124] Een erfdienstbaarheid was volgens Suijling 'ondeelbaar' in de zin dat zij slechts ten laste van een erf in zijn geheel en ten behoeve van een erf in zijn geheel kon worden gevestigd.[125]

> Uit de artikelen 737 en 741 OBW volgde dat de verdeling van een heersend of dienend erf het recht van erfdienstbaarheid ongemoeid liet. Zo bepaalde artikel 741 OBW dat indien het dienende erf werd verdeeld het recht van erfdienstbaarheid ten behoeve van het heersende erf bleef bestaan op ieder gedeelte voor zover voor de uitoefening ervan nodig was. Artikel 737 OBW bepaalde voor het omgekeerde

121 Zie hoofdstuk 5.
122 Suijling, 5e stuk, p. 339.
123 Suijling, 5e stuk, p. 339.
124 De andere auteur die deze vergelijking maakte en op basis daarvan tot dezelfde conclusie als Suijling kwam was de Duitse pandektist Heinrich Dernburg, zie Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 28-29.
125 Suijling, 5e stuk, p. 350-351.

> geval dat indien het heersende erf werd verdeeld de erfdienstbaarheid voor ieder gedeelte verschuldigd bleef, zonder dat de toestand van het dienende erf mocht worden verzwaard.

Een mede-eigenaar kon derhalve zijn onverdeeld aandeel niet belasten met een erfdienstbaarheid, terwijl een mede-eigenaar wel zijn onverdeeld aandeel in vruchtgebruik kon geven of er een zekerheidsrecht op kon vestigen.[126] Volgens Suijling waren de rechten van pand en hypotheek dus wel 'deelbaar'. De wet noemde weliswaar de rechten van pand en hypotheek ondeelbaar, maar volgens Suijling had het woord ondeelbaar in die context 'een zeer speciale beteekenis'.[127]

> Het is opvallend dat Suijling juist de erfdienstbaarheden *ondeelbaar* noemde en stelde dat de rechten van pand en hypotheek *deelbaar* waren. De wetgever had in de artikelen 1206 en 1209 OBW uitdrukkelijk bepaald dat de rechten van pand en hypotheek 'ondeelbaar' waren, terwijl hij de erfdienstbaarheden nergens 'ondeelbaar' noemde. Suijling hanteerde met andere woorden een eigen leer van deelbaarheid en ondeelbaarheid van zakelijke rechten en daarom valt hij niet goed te plaatsen binnen de overwegend legistische benadering van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht door de andere juristen. De achtergrond van Suijlings opvattingen moet waarschijnlijk worden gezocht in de Duitse pandektistische literatuur, en dan met name het werk van Heinrich Dernburg.

De speciale betekenis van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in artikel 1206 en 1209 OBW behelsde volgens Suijling dat er slechts één pand- of hypotheekrecht tot stand kwam wanneer er bij één overeenkomst, respectievelijk bij één hypotheekakte verschillende goederen werden bezwaard.[128] Dit leerstuk noemde Suijling de 'enkelvoudigheid van het [pand- en hypotheek]recht ondanks pluraliteit van objecten'. De zakelijke zekerheidsrechten weken daarmee af van andere zakelijke rechten zoals het eigendomsrecht. Men kon namelijk niet op twee of meer zaken gezamenlijk één eigendomsrecht hebben.

> Deze interpretatie van ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht was geheel nieuw: in de rechtsgeschiedenis was er niemand die de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht op deze wijze had opgevat. Hieruit blijkt dat Suijling ahistorisch te werk ging. De opvatting dat het pand- en hypotheekrecht enkelvoudig is wanneer het op hetzelfde moment op verschillende goederen wordt gevestigd is ook in het huidige Nederlandse recht een punt van debat.[129] Het feit dat Suijling

126 Vergelijk ook artikel 1212 OBW waaruit blijkt dat een onverdeeld aandeel kon worden verhypothekeerd.
127 Suijling, 5e stuk, p. 339 n. 2.
128 Suijling, 5e stuk, p. 481 e.v en p. 540.
129 Vgl. V. Tweehuysen, *Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

dit vraagstuk in verband bracht met de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is één van de oorzaken van de verwarring in de huidige literatuur over de betekenis van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht.

Suijling heeft de verwarring doen toenemen door nog een andere betekenis aan de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht te geven. Hij verstond onder de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht namelijk ook een 'beginsel van integralen druk'.[130] Dit beginsel beheerste de uitoefening van een zekerheidsrecht dat op een aantal zaken gezamenlijk rustte. Het beginsel van integrale druk, dat volgens Suijling ook van toepassing was op voorrechten, hield in dat de rechten van pand en hypotheek 'voor het geheel op elk daaraan onderworpen objecten [rusten]: zij zijn zgn. ondeelbaar.'[131] Op grond van dit beginsel waren de zekerheidsnemer en de bevoorrechte schuldeiser volgens hem gerechtigd zich naar eigen keuze volledig op het ene goed dan wel op het andere goed te verhalen, ofwel op alle goederen gezamenlijk, totdat de schuldeiser volledig was voldaan. De lager geplaatste schuldeiser moest zich bij die keuze neerleggen.[132]

6.16 Het beginsel van evenredige druk na executie van verschillende bezwaarde goederen

Het beginsel van integrale druk had geen werking na executie van verscheidene bezwaarde goederen.[133] De zekerheidsnemer kon bij gelijktijdige uitwinning van verschillende bezwaarde goederen niet zelf bepalen of hij uit de opbrengst van het ene, dan wel het andere goed werd bevredigd. Na executie zou het beginsel van evenredige druk hebben gegolden: de opbrengst van de geëxecuteerde goederen moest naar evenredigheid worden omgeslagen.[134]

Het beginsel van evenredige omslag was nergens in de wet neergelegd. Volgens Suijling bepaalde het echter de resultaten van elke executie. De verdeling van de opbrengst van verschillende uitgewonnen goederen mocht namelijk niet van de willekeur van de executerende preferente schuldeiser afhangen. Volgens Suijling kon de overheid niet toelaten 'dat het van het goedvinden van een schuldeiser zou afhangen, hoeveel, voor schuldeischers van gelijken of van lageren rang, van de opbrengst van een der tezamen geëxecuteerde goederen overblijft.'[135] Om een redelijke verdeling van de opbrengsten te waarborgen was dus het beginsel van

130 Suijling, 5e stuk, p. 443-444 en p. 482- 483.
131 Suijling, 5e stuk, p. 443.
132 Het voorrecht van uitwinning van art. 1244 OBW vormde een uitzondering op het keuzerecht van de hypotheekhouder, zie § 6.18.
133 Suijling, 5e stuk, nrs. 436-439 en 475.
134 Land was eveneens van mening dat de schuld over de verschillende goederen moest worden omgeslagen. Zie Land, dl. III, p. 413.
135 Suijling, 5e stuk, p. 445.

> evenredige druk van belang. Het beginsel was wel voor een aantal speciale gevallen in de wet neergelegd. Zo bepaalde artikel 182 Faillissementswet dat de faillissementskosten over de netto-opbrengst van de verschillende bestanddelen van de boedel moesten worden omgeslagen. Volgens Suijling was artikel 1246 OBW, dat eveneens een inbreuk inhield op de ondeelbaarheid, ook gebaseerd op het beginsel van evenredige verdeling.[136]

Het beginsel van evenredige druk maakte inbreuk op de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht, aangezien het beginsel verhinderde dat de zekerheidsnemer zijn vordering kon verhalen op iedere afzonderlijke executieopbrengst. Het beginsel verhinderde bovendien dat de schuldenaar na eerdere uitwinning van de schuldenaar kon kiezen op welk goed hij zijn vordering verhaalde.

6.17 Het beginsel van evenredige druk bij voorrechten

Een toepassing door de rechtbank Den Haag van het beginsel van evenredige druk bij voorrechten werd in cassatie door de Hoge Raad gehandhaafd.[137] Het ging in die zaak om de verhouding tussen algemene voorrechten van de Staat en Rijkverzekeringsbank en de bijzondere voorrechten van twee verkopers van roerende goederen. De Staat en de Rijksverzekeringsbank waren, wegens verschuldigde belastingen respectievelijk verschuldigde premies, schuldeisers in het faillissement van Offers. Hun vorderingen waren op grond van de wet bevoorrecht op alle goederen van de schuldenaar, en ze waren bovendien zelfs bevoorrecht boven pand en hypotheek en boven het voorrecht op bepaalde goederen. De verzoekers in de zaak waren schuldeisers voor de koopprijs van geleverde goederen. Zij hadden een bijzonder voorrecht op de opbrengst van de geleverde, maar nog niet betaalde goederen op grond van artikel 1185 onder 3 OBW.

De curator had in het faillissement van Offers een uitdelingslijst opgesteld, waarin voor de vorderingen van de verkopers slechts een deel van de opbrengst van de geleverde goederen was gereserveerd. De oorzaak hiervan was dat de curator niet alleen de faillissementskosten en boedelschulden, maar óók de uitkeringen van de vorderingen die algemeen bevoorrecht waren had omgeslagen over alle baten, dus ook over de goederen waarop de verkopers een bijzonder voorrecht hadden. De verkopers gingen in verzet tegen deze uitdelingslijst, aangezien ze door deze wijze van uitdeling schade leden. Hun standpunt was dat de algemeen bevoorrechte vorderingen van de Staat en de Rijksverzekeringsbank ook hadden kunnen worden voldaan uit de opbrengst van de goederen waarop de verkopers geen bijzonder voorrecht

136 Suijling, 5e stuk, p. 445.
137 HR 18 juni 1926, *W.* 11538, *NJ* 1926/1074.

hadden. De rechtbank had het verzoek ongegrond verklaard en de schuldeisers met het bijzondere voorrecht zijn tegen dit vonnis in cassatie gegaan.

Het standpunt van de verkopers in cassatie was dat de algemeen bevoorrechte schulden eerst, voor zover mogelijk was, hadden moeten worden voldaan uit de opbrengsten waarop geen bijzonder voorrecht rustte (het bedrag dat toekwam aan de concurrente schuldeisers). De conclusie van Procureur-Generaal Noyon luidde echter dat dit standpunt moest worden verworpen. Volgens hem volgde uit het wezen van het algemene voorrecht en de voorrang van dat voorrecht voor alle bijzondere voorrechten, dat het algemene voorrecht op alle goederen kon worden verhaald, zonder bijzondere voorrechten die op de opbrengst van bepaalde goederen rustten te hoeven ontzien. De Hoge Raad was dezelfde mening toegedaan en overwoog:

> '[…] dat dan ook alle goederen van den schuldenaar in gelijke mate voor de bovenbedoelde vorderingen aansprakelijk zijn en er – afgezien nog van de praktische moeilijkheden, waartoe zulks zou kunnen leiden – geen aanleiding bestaat om, gelijk verzoekers willen, die schulden eerst dan op goederen, waarop eenig ander algemeen of bijzonder voorrecht rust, te verhalen, wanneer de opbrengst van de overige goederen van de schuldenaar daartoe ontoereikend is;'

Ratio van het arrest

In de literatuur was voor dit arrest al veel geschreven over de verhouding tussen algemene en bijzondere voorrechten.[138] Sommige schrijvers die de oplossing voorstonden die de Hoge Raad in het genoemde arrest had gevolgd, baseerden hun opvatting op het argument dat een algemeen voorrecht voor een integraal deel op elk deel van de boedel drukte. Zij beweerden evenals Suijling dat er zoiets bestond als een 'beginsel van evenredige druk'. Volgens Suijling had dit beginsel echter pas werking ná executie van verschillende bezwaarde goederen en gold vóór executie het beginsel van ondeelbaarheid. Meijers bestreed eveneens de opvatting dat algemene voorrechten voor een evenredig deel op elk deel van de boedel rusten in zijn noot onder het arrest. Volgens hem drukte het algemene voorrecht juist 'als een *ondeelbare last* met het gansch verschuldigde bedrag op ieder deel van den boedel.'[139]

Het algemene voorrecht kon bij elke uitwinning van een bepaald goed uit de boedel worden ingeroepen. Wanneer bijvoorbeeld een schuldeiser met een algemeen voorrecht buiten faillissement opkwam in een rangregeling kon hij voor het volledige bedrag van zijn vordering voorrang vragen. Hem kon, aldus Meijers, niet het verweer worden tegengeworpen dat de schuldenaar nog meer goederen had waarop de schuldeiser zijn vordering kon verhalen en dat hij

138 Molengraaff, *De Faillissementswet verklaard*, 2e dr., p. 560; J.A.L.M. Loeff, *WVHR* 11204, 11225,11265 en 11278; G.A. de Cocq, *W.* 11210; M. Lodder, *W.* 11269.

139 HR 18 juni 1926, *NJ* 1926/1077.

dus zijn vordering gelijkelijk moest verdelen over de goederen waarop hij zijn voorrecht had. Zelfs in het faillissement kon men het 'beginsel van evenredige druk' niet altijd handhaven, zelfs niet voor algemene boedelonkosten, wanneer er meer dan één uitdelingslijst werd gemaakt.[140]

De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht was volgens Meijers dus ook van toepassing op voorrechten.[141] Meijers was echter eveneens van mening dat de oplossing van de Hoge Raad, die een inbreuk op de ondeelbaarheid inhield, correct was. Indien er sprake was van een algemeen voorrecht of een hypotheekrecht op verschillende goederen dan moest volgens Meijers de opbrengst naar evenredigheid worden verdeeld over de geëxecuteerde goederen: elke andere verdeling 'is willekeurig en mist wettelijke grondslag'.[142]

Afwijkende jurisprudentie

Enkele jaren later werd in een zaak voor de Rechtbank Haarlem het beginsel van evenredige druk, ondanks de door Meijers en andere auteurs voorgestane evenredige verdeling na executie, niet toegepast.[143]

De casus was als volgt. Walig had verschillende vorderingen op Steentjes. Tot zekerheid van zijn vorderingen had Walig een hypotheek met tweede rang op perceel A van Steentjes. Een andere schuldeiser van Steentjes, Nationaal Grondbezit N.V., had naast een eerste hypotheek op perceel A een tweede hypotheek op perceel B. Na het faillissement van Steentjes had de curator beide percelen verkocht en een uitdelingslijst opgesteld. Op grond van die uitdelingslijst was voor Walig niks uitgetrokken als preferent schuldeiser en waren zijn concurrente vorderingen voor ongeveer 4% batig gerangschikt.
De curator had de vordering van Nationaal Grondbezit van ruim 200.000 gulden eerst verhaald op de opbrengst van perceel A en vervolgens het restant verhaald op de opbrengst van perceel B, waardoor er voor Walig als tweede hypotheekhouder niets overbleef van de opbrengst van perceel A. Walig maakte bezwaar tegen de wijze van verdeling, aangezien die volgens hem volstrekt willekeurig was. Een andere verdeling, waarbij de vordering van Nationaal Grondbezit eerst zou worden verhaald op de opbrengst van perceel

140 Meijers in zijn noot onder HR 18 juni 1926, *NJ* 1926/1077. Op de algemene boedelkosten was artikel 182 Fw van toepassing, dat bepaalde dat de algemene faillissementskosten over ieder deel van de boedel warden omgeslagen, met uitzondering van wat door de pand- of hypotheekhouder zelf was verkocht. Volgens Meijers was zelfs dit artikel niet altijd toepasbaar in faillissement, zie Meijers t.a.p.

141 Suijling was eveneens van mening dat de ondeelbaarheid op voorrechten van toepassing was, zie Suijling, 5e stuk, nr. 436.

142 Meijers sprak voor deze casus niet van een beginsel van evenredige druk, maar van een 'evenredigen omslag'. Meijers zag in dat dit niet in overeenstemming was met de ondeelbaarheid en stelde dat zo gehandeld moest worden 'hoewel ook het recht van hypotheek ondeelbaar is'.

143 Rechtbank Haarlem 28 juni 1932, *NJ* 1933/347.

B en vervolgens op de opbrengst van perceel A, zou tot een geheel ander maar even willekeurig resultaat hebben geleid, aldus Walig.

Walig stelde derhalve voor om, indien er meerdere goederen voor eenzelfde vordering waren bezwaard en de percelen samen meer opbrachten dan de vordering, de opbrengst te verdelen naar verhouding van de voor die vordering beschikbare opbrengsten (A/A+B van de vordering op perceel A en B/A+B van de vordering op perceel B). Walig had belang bij deze wijze van verdeling, omdat er dan een bedrag voor hem als preferent schuldeiser beschikbaar bleef. De rechtbank wees het verzoek echter af en overwoog:

> '[...] dat toch opposant geheel in strijd met de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht den curator wil verplichten, en zulks in strijd met de belangen der concurrente crediteuren, om een door twee hypotheken op verschillende percelen gedekte vordering te splitsen in twee gedeelten, en telkens slechts voor ieder dier gedeelten verhaal te zoeken op een der hypothecair verbonden goederen; dat toch het ondeelbaarheidsbeginsel medebracht, dat de vordering van Nationaal Grondbezit in haar geheel op beide goederen drukte en dus voor het geheel dier vordering op een der verbonden percelen eerst verhaal gezocht werd […]'[144]

Het beroep op de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht door de rechtbank om een wettelijke basis voor de verdeling van de curator te geven was voor de hand liggend, ware het niet dat juist hier, volgens een aantal schrijvers en de Hoge Raad, zich een uitzondering op de ondeelbaarheid voordeed. Bovendien kon het argument van ondeelbaarheid ook worden gebruikt om tot een andere wijze van verdeling te komen. Reden waarom de ondeelbaarheid geen betrekking had op de vraag hoe de opbrengst van twee bezwaarde percelen moest worden verdeeld. Er waren andere regels of beginselen nodig om de belangen van andere (preferente) schuldeisers te kunnen waarborgen.

De wijze van verdeling zoals voorgestaan door Walig zou volgens de rechtbank in strijd zijn geweest met de *paritas creditorum*, aangezien de concurrente schuldeisers zouden worden benadeeld door de verdeling zoals voorgesteld door Walig. Dit compliceerde het geval, aangezien hier niet alleen de belangen van zekerheidsnemers in het geding waren. De curator deed zijn plicht door de belangen van de concurrente schuldeisers te behartigen. Wat was echter de grond waarop de concurrente schuldeisers door de curator konden worden bevoordeeld ten opzichte van de tweede hypotheekhouder Walig? Walig had immers een zekerheidsrecht en klaarblijkelijk had de schuldenaar Waligs vordering dus willen bevoordelen ten opzichte van andere schuldeisers. Een andere verdeling waarbij Walig voor (een deel van) zijn vordering preferent was gerangschikt zou dus niet onbillijk zijn geweest. Als Walig in cassatie was gegaan tegen het vonnis van de rechtbank[145], dan had

144 Rechtbank Haarlem 28 juni 1932, *NJ* 1933/348.
145 Dit was sinds 1925 mogelijk op grond van artikel 187 Faillissementswet.

het vonnis waarschijnlijk geen standgehouden gezien het hierboven besproken arrest van 18 juni 1926.[146] Voorzichtig kunnen we dus aannemen dat er, ondanks afwijkende rechtspraak, onder het OBW een beginsel van evenredige druk gold na executie van verscheidene bezwaarde goederen.

> In een arrest uit 1960 deed zich ongeveer dezelfde problematiek voor. Het betrof de uitwinning door de hypotheekhouder van een perceel met daarop een schuurtje waarop een andere schuldeiser op grond van artikel 1185 onder 8 jo. 1193 OBW een voorrecht had.[147] De curator had de vordering van de preferente schuldeiser niet voor het gehele overschot geverifieerd, maar slechts voor een deel van het overschot. De preferente schuldeiser stelde dat hij preferent was op het gehele overschot en dat met andere woorden de hypothecaire vordering was verhaald op de opbrengst van het perceel met aftrek van de opbrengst van het schuurtje. Het beroep door de schuldeiser tegen het vonnis van de rechtbank waarin zijn verzet ongegrond was verklaard, werd in cassatie vanwege cassatietechnische redenen verworpen. Procureur-generaal Langemeijer en de Hoge Raad overwogen beide echter nog ten overvloede dat het standpunt van de preferente schuldeiser onjuist was, aangezien volgens de beginselen van artikel 1209 en 1211 OBW het recht van hypotheek naar evenredigheid drukte op alle onderdelen van het perceel (sic!), zodat ook het surplus slechts naar evenredigheid kon gelden als opbrengst van het schuurtje.[148] Ondanks de betwistbare formulering van de procureur-generaal en de Hoge Raad was hier wel sprake van een terechte toepassing van het beginsel van evenredige druk.

Was het beginsel van evenredige druk nu in strijd met de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht? Het laatste beginsel gaf de hypotheekhouder de zekerheid dat hij zijn vordering kon verhalen op elk bezwaard goed. De hypotheekhouder kon niet worden tegengeworpen dat hij nog op andere goederen een hypotheekrecht had en dat hij daar ook een deel van zijn vordering op moest verhalen. Indien echter verschillende bezwaarde goederen werden geëxecuteerd was het niet aan de hypotheekhouder om te bepalen hoe de schuld werd omgeslagen over de opbrengsten van de verschillende goederen. Zijn belang ging immers niet verder dan betaling van de volledige vordering. Het beginsel van evenredige druk bewerkstelligde in dat geval een redelijke verdeling van de beschikbare opbrengsten over de verschillende schuldeisers. Het beginsel van evenredige druk holde echter niet de zekerheid van de eerste schuldeiser uit. Het was zo bezien niet in strijd met de ondeelbaarheid van het hypotheek-

146 Walig had ook geen preferente vordering gehad indien Nationaal Grondbezit vóór faillissement van Steentjes alleen perceel A had uitgewonnen. Walig had dan echter, indien die situatie zich had voorgedaan, voor faillissement meer zekerheid kunnen vragen van zijn schuldenaar Steentjes.

147 HR 24 juni 1960, *NJ* 1960/1024.

148 Een gevolg van de evenredige omslag van de hypothecaire vordering over de uitgewonnen goederen is, dat de schuldeiser met een preferente vordering wordt benadeeld ten opzichte van de concurrente schuldeisers.

recht, want in principe kon de hypotheekhouder nog steeds op elke opbrengst, indien nodig, zijn gehele vordering verhalen, zelfs als de bezwaarde goederen in de handen van derden waren overgegaan.

De benadering van de ondeelbaarheid als 'beginsel' dat in verschillende wetsartikelen valt te ontwaren en waarop in andere wetsartikelen een inbreuk wordt gemaakt, valt ook goed te zien in de behandeling van de uitzonderingen op het 'beginsel van ondeelbaarheid'. Die uitzonderingen deden zich voor wanneer derden die in het bezit waren van bezwaarde goederen werden aangesproken door de hypotheekhouder. In de volgende paragraaf wordt dit onderwerp behandeld.

6.18 Het voorrecht van uitwinning van artikel 1244 OBW

De derde-eigenaar kon op grond van artikel 1244 OBW onder bepaalde voorwaarden de hypotheekhouder verzoeken zijn recht eerst uit te oefenen op de goederen van de schuldenaar.[149] Dit voorrecht van uitwinning werd door veel schrijvers opgevat als een inbreuk op het 'beginsel van ondeelbaarheid'.[150] Scholten spreekt zelfs van een 'verzachting van het gestrenge beginsel der ondeelbaarheid van de hypotheek'.[151] De zekerheidsnemer had op grond van de ondeelbaarheid namelijk een keuze ten aanzien van de executie van bezwaarde goederen.[152] Het zaaksgevolg van het hypotheekrecht gecombineerd met de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht bewerkstelligde dat de zekerheidsnemer in principe ook kon kiezen uit de bezwaarde goederen die zich onder een derde bevonden. Bovendien kon de *gehele* schuld op grond van het beginsel van ondeelbaarheid op elk bezwaard goed worden verhaald. De keuzevrijheid van de hypotheekhouder werd echter door het voorrecht van uitwinning ingeperkt, omdat de hypotheekhouder door het artikel werd gedwongen zich eerst te verhalen op goederen van de schuldenaar. In een bepaald opzicht vormde het voorrecht dus geen inbreuk op de ondeelbaarheid, omdat de goederen van de derde-eigenaar bezwaard bleven zolang nog niet de gehele verzekerde schuld was voldaan.[153] Het vormde *wel* een inbreuk op het keuzerecht van de schuldeiser. De inperking van het keuzerecht was bovendien gering. De schuldenaar kon bijvoorbeeld niet vorderen dat eerst de niet-bezwaarde goederen van de schuldenaar werden uitgewonnen, zoals een borg dat op grond van artikel 1868 OBW wel kon. De derde kon alleen

149 Zie hierover Koops 2010, p. 221-291.
150 Asser/Scholten 1945, p. 529; Land, dl. III, p. 399; Opzoomer, dl. IV, p. 647, n. 3 en Van Nierop, p. 231. Diephuis meende dat het geen inbreuk was. Zie Diephuis, dl. VII, p. 461-462.
151 Asser/Scholten 1945, p. 529.
152 Zie § 6.12.
153 Dit was ook het punt van Diephuis, zie Diephuis, dl. VII, p. 461-462.

een beroep doen op het voorrecht van uitwinning indien de schuldenaar *meerdere goederen in zekerheid* had gegeven en bovendien zelf nog bezwaarde goederen onder zich had die voldoende waren om de schuld te voldoen.

Het voorrecht van uitwinning werd door sommige schrijvers ook toegekend aan beperkt genotsgerechtigden.[154] De beperkt genotsgerechtigde kon dus in bepaalde gevallen van de hypotheekhouder vorderen dat deze eerst zijn recht uitoefende op de goederen die zich nog onder de schuldenaar bevonden. De beperkt genotsgerechtigde kon echter *niet* vorderen dat de hypotheekhouder het bezwaarde goed met inachtneming van het beperkte genotsrecht executeerde. In de literatuur werd voorgesteld dat de zekerheidsnemer de bezwaarde goederen eerst met inachtneming van later gevestigde rechten moest executeren en pas indien dit niet voldoende opbracht mocht executeren zonder inachtneming van later gevestigde beperkte genotsrechten. Dit voorstel heeft echter geen navolging gehad. Schermer en Eggens hebben dit voorstel in hun Notariële Ontwerpen besproken. Volgens hen was dit systeem misschien wel wenselijk, maar was het in strijd met de wet. Juist het beginsel van ondeelbaarheid verzette zich volgens hen tegen een dergelijke benadering.[155] Scholten schreef dan ook dat de hypotheekgever wel bevoegd bleef tot het vestigen van zakelijke rechten, maar dat die rechten niet tegen de hypotheekhouder konden worden ingeroepen.[156] De beperkt genotsgerechtigde kon zich dus wel beroepen op het voorrecht van uitwinning, maar dat beroep was aan alle eerder besproken beperkingen gebonden.

6.19 Splitsing van een bezwaard perceel: een uitzondering op het voorrecht van uitwinning

Artikel 1245 OBW bevatte een uitzondering op het voorrecht van uitwinning. In dat artikel werd bepaald dat indien een onroerend goed was bezwaard met een recht van hypotheek en een deel van dat goed was overgedragen aan een derde, deze derde geen beroep kon doen op het voorrecht van uitwinning. Het voorrecht speelde dus alleen een rol indien de schuldenaar meerdere percelen had bezwaard met een hypotheekrecht en vervolgens één of meer van deze percelen aan een derde had overgedragen. Artikel 1245 werd gezien als een toepassing van het beginsel van ondeelbaarheid.[157]

> De ondeelbaarheid van het hypotheekrecht bewerkstelligde niet dat in alle gevallen een eenmaal geldig gevestigd zekerheidsrecht in volle omvang bleef bestaan. Het

154 Bijvoorbeeld door Van Nierop, p. 228 n. 1. Zie verder Koops 2010, p. 252-253.
155 Schermer-Eggens 1936, p. 172.
156 Asser/Scholten 1927, p. 465.
157 Asser/Scholten 1927, p. 427, 495 en Opzoomer, dl. IV, p. 614 n. 7.

zakelijke recht van de hypotheekhouder werd weliswaar tegen splitsing van een verhypothekeerd perceel door artikel 1209 en 1245 OBW beschermd, maar zijn hypotheekrecht werd niet altijd beschermd tegen feitelijke handelingen door de hypotheekgever waardoor het verhypothekeerde goed in waarde verminderde.[158] De volgende casus illustreert dit. Een aantal dagen voor de levering van een door de hypotheekhouder verkocht fabrieksgebouw verwijderde de hypotheekgever van het fabrieksgebouw een stoomketel uit het gebouw, zodat de ketel niet door de hypotheekhouder aan de koper kon worden geleverd. Een recht van hypotheek kon immers op grond van artikel 1210 en 1213 OBW alleen rusten op onroerende zaken. Onder onroerende zaken vielen ook zaken die onroerend waren geworden door bestemming op grond van artikel 563 OBW, zoals bijvoorbeeld de stoomketel die in casu oorspronkelijk was vastgemetseld aan de fabriek. Doordat de eigenares echter de stoomketel had losgemaakt werd de ketel roerend en viel hij niet meer onder het hypotheekrecht. De hypotheekhouder stelde daarop een vordering uit onrechtmatige daad in. Deze vordering werd toegewezen door de rechtbank Zutphen, maar het hof te Arnhem vernietigde dit vonnis. Het hof overwoog dat de stoomketel weliswaar eerst tot de het wezen van de fabriek behoorde en daaraan ook door metselwerk was verbonden, maar dat de ketel door de eigenares aan die bestemming was onttrokken, waardoor de ketel ophield onroerend te zijn en dus niet meer onder het hypothecaire verband viel. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep en overwoog dat het hypotheekrecht niet was geschonden door de ketel uit de fabriek te verwijderen en dat een hypotheekrecht alleen op onroerend goed mogelijk is en de ketel door verwijdering roerend was geworden.[159] De hypotheekgever kon in dit geval dus zonder medewerking van de hypotheekhouder de bestemming van de ketel veranderen en het zekerheidsrecht uithollen.[160] In de literatuur kwamen er dan ook verontruste reacties op het arrest.[161] Deze uitkomst was in casu des te vreemder, aangezien de ketel nog niet was geleverd en dus in de boedel viel. Scholten was hierover in zijn noot onder het arrest kritisch. De concurrente schuldeisers werden hierdoor, zoals Scholten opmerkte, zonder grond bevoordeeld ten opzichte van de hypotheekhouder: 'Door de vestiging der hypotheek wordt de bestemming die overigens in handen is van de eigenaar, aan deze onttrokken. Hij verbindt niet alleen den grond of het gebouw, ook de hulpzaken. Waarop zou zijn recht steunen daarover naar willekeur te beschikken en zoodoende den hypothecaire crediteur te benaadelen? Slechts voor recht van derden moet den hypotheekhouder wijken. Dan geldt de Algemeene 2014-regel.'[162]

158 Zie ook Asser/Scholten 1927, p. 466.

159 HR 14 december 1928, *NJ* 1929/372.

160 Wanneer de schuldenaar door zijn toedoen de gestelde zekerheid verminderde werd de schuld direct opeisbaar en kon de hypotheekhouder overgaan tot uitwinning, zie artikel 1307 OBW. De hypotheekhouder kon echter geen vermeerdering van hypotheek vorderen, tenzij partijen dit uitdrukkelijk waren overeengekomen of indien dit in de wet was bepaald, zie artikel 1222 OBW.

161 Zie bijvoorbeeld A.C. van Bruggen, 'Bij- en hulpzaken onder hypothecair verband', *WPNR* 1929/3102, p. 319-320 m.o. van Eggens en A.R. de Bruijn, 'Hypotheekhouders, past op Uw Saeck!', *NJB* 1929, p. 275-277 m. o. van Van Oven.

162 *NJ* 1929/372.

Het beginsel van ondeelbaarheid verhinderde in de hier besproken casus dus op geen enkele manier dat het zekerheidsrecht werd uitgehold door *feitelijke handelingen* van de hypotheekgever. Het beginsel verhinderde wel dat door latere *beschikkingen* van de hypotheekgever het zekerheidsrecht werd uitgehold.

Een tweede uitzondering: gedeeltelijke subrogatie door de betalende derde

Het goed onder een derde-bezitter kon voor de volledige schuld worden uitgewonnen, terwijl deze derde-bezitter zelf niet aansprakelijk was voor de schuld waarvoor het goed werd uitgewonnen. Om de derde-bezitter tegemoet te komen kreeg hij daarom op grond van artikel 1252 OBW een persoonlijk verhaalsrecht tegen de schuldenaar. Deze regresvordering kreeg hij zowel als hij de hypothecaire schuld had betaald, als wanneer zijn goed was uitgewonnen door de hypotheekhouder. De derde-bezitter trad in principe niet in de rechten van de schuldeiser die hij had voldaan.[163] Hem werd een verhaalsrecht door de wet toegekend. Op grond van artikel 1246 OBW subrogeerde de derde-bezitter die had betaald of was uitgewonnen *daarnaast* nog in het hypotheekrecht van de hypotheekhouder:

> 'De derde bezitter, die, het zij bij uitwinning, het zij vrijwillig, de schuld heeft gekweten, is bevoegd, als daardoor, uit kracht der wet, in de regten des schuldeischers zijnde getreden, om, na aftrek van zijn aandeel in evenredigheid tot de gezamenlijke waarde van de verbondene goederen, de verdere hypothekaire regten voor deze inschuld op de mede-verbondene goederen, of gedeelten van dezelve, te doen gelden.'

De subrogatie van de derde-bezitter werd op twee manieren beperkt. Hij subrogeerde alleen indien er naast zijn goed nog andere goederen voor dezelfde schuld waren bezwaard. Bovendien kon hij niet de gehele schuld verhalen op de andere bezwaarde goederen. Deze laatste beperking hield een uitzondering in op de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht.[164] De derde subrogeerde namelijk weliswaar in het recht van de hypotheekhouder, maar niet voor de volledige vordering die de hypotheekhouder had. De derde-bezitter was slechts gerechtigd na aftrek van zijn aandeel in evenredigheid tot de gezamenlijke waarde van de bezwaarde goederen zijn vordering op de overige bezwaarde goederen te verhalen. Indien de oorspronkelijke hypotheekhouder bijvoorbeeld een vordering van € 6.000 had op de percelen A, B en C die respectieve-

163 De heersende mening in de literatuur was dat de betalende derde niet op grond van de algemene subrogatiebepaling, artikel 1438 sub 3 OBW, in het hypotheekrecht subrogeerde, zie Asser/Scholten 1927, p. 497; Diephuis, dl. VII, p. 468; Land, dl. III, p. 401; Opzoomer, dl. IV, p. 650. De regering was echter een andere mening toegedaan, vandaar dat er in artikel 1246 OBW werd gesteld dat de derde bezitter 'uit kracht der wet' in de rechten van de schuldeiser was getreden, zie Voorduin, dl. IV, p. 635 en 655.

164 Land, dl. III, p. 402 en Diephuis, dl. VII, p. 469.

lijk € 1.000, € 2.000 en € 9.000 waard waren, en perceel C toebehorend aan een derde werd uitgewonnen, dan kreeg de derde een hypotheekrecht van € 1.500 (¼ van € 6.000) op de percelen A en B toebehorend aan andere derden of de schuldenaar.[165] Door de betaling door of uitwinning van de derde-bezitter werd de situatie van de eigenaren van de percelen A en B verbeterd. Hun percelen konden niet meer voor € 6.000 worden uitgewonnen, maar nu slechts voor € 1.500.

Na betaling of uitwinning werd het goed van de derde-bezitter ontslagen uit het hypothecaire verband. Op grond van artikel 1247 OBW mocht de hypotheek alleen in de openbare registers worden doorgehaald voor zover het het uitgewonnen perceel of perceelgedeelte van de derde-bezitter betrof.[166] Op de andere bezwaarde goederen of gedeelten daarvan mocht het hypotheekrecht pas worden doorgehaald, nadat de derde zijn recht volgens artikel 1246 OBW had uitgeoefend of had toegestemd met doorhaling in de registers. De derde-bezitter moest bovendien tot verzekering van zijn zakelijk recht een aantekening laten maken in de openbare registers.

De ratio van artikel 1246 OBW

Over het algemeen werd artikel 1246 OBW billijk gevonden. Volgens Opzoomer sprak het vanzelf dat de derde-bezitter zijn recht niet voor het hele bedrag kon uitoefenen.[167] Een andere regeling waarbij de derde-bezitter wel de volledige vordering had kunnen verhalen zou inderdaad niet opportuun zijn geweest. Wanneer namelijk de betalende of uitgewonnen derde-bezitter op zijn beurt de gehele schuld op elk verbonden goed kon verhalen, dan zou de door hem aangesproken derde-bezitter eveneens subrogeren in de hypothecaire vordering. De derde-bezitters zouden, kortom, voortdurend subrogeren in hetzelfde hypotheekrecht voor de gehele schuld.[168]

Artikel 1246 OBW bewerkstelligde volgens Land dat de schade naar evenredigheid over de verbonden goederen werd omgeslagen. In zijn optiek was de bepaling 'volkomen juist' indien de andere bezwaarde goederen ook op derden waren overgegaan.[169] Ook Scholten in zijn bewerking van de Asser-serie vond

165 Voorbeeld ontleend aan Asser/Scholten 1927, p. 496-497.

166 In artikel 1246 en 1247 OBW werd gesproken over gedeeltes van bezwaarde goederen, waarschijnlijk in aansluiting bij de regeling van artikel 1245 OBW, zie Opzoomer, dl. IV, p. 650 n. 2.

167 Opzoomer, dl. IV, p. 651.

168 Land voerde terecht aan dat dit zou leiden tot een *circuitus actionis* tussen de derde-bezitters. Zij zouden over en weer cessie van de vordering kunnen eisen, zie Land, dl. III, p. 402 n. 1. Vergelijk ook Diephuis, dl. VII, p. 469 over de regeling van de gedeeltelijke subrogatie van artikel 1246 OBW: '[…] terwijl bij eene andere regeling die andere derde bezitters, door hem aangesproken zijnde, ook weer tegen hem eene vordering hebben zouden.'

169 Land, dl. III, p. 402.

de regel van artikel 1246 OBW billijk. Het goed van de derde was oorspronkelijk voor de gehele schuld verbonden, maar nadat de schuld op het goed was verhaald of indien de derde-eigenaar de uitwinning door betaling had voorkomen, was er volgens Scholten geen reden om de derde-eigenaar blijvend met het nadeel te belasten.[170] Scholten verklaarde de gedeeltelijke subrogatie door een vergelijking te maken met hoofdelijke schuldenaren:

> 'Het is als met hoofdelijke schuldenaren, het verhaal op één hunner heeft verrekening onderling ten gevolge – het verschil is, dat hier niet een persoon maar een goed verbonden is. Die verrekening geschiedt nu door de begrooting van de waarde van al de goederen, waarop de hypotheek rustte, het uitgewonnen goed draagt nu een gedeelte der schuld in dezelfde verhouding als waarin de waarde van dat goed staat tot de waarde van het geheel.'[171]

De derde-bezitters waren niet aansprakelijk voor de schuld. Door de regeling van artikel 1246 OBW werden ze allemaal even zwaar benadeeld. De beperking van de subrogatie was dus in ieder geval gerechtvaardigd ten opzichte van andere derde-bezitters, maar was de beperkte subrogatie ook billijk indien de schuldenaar nog voldoende goederen onder zich had om de gehele schuld te voldoen?

Land meende dat de beperkte subrogatie van de derde niet billijk was in de verhouding tussen de schuldenaar en de derde-bezitter.[172] Diephuis was echter van mening dat de afwijking van het 'beginsel van artikel 1209a' (de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht) ook in dat geval was te rechtvaardigen. Volgens hem zouden derde-bezitters van goederen die nog eigendom van de schuldenaar waren en latere schuldeisers die een tweede hypotheekrecht op die goederen hadden bij onverkorte handhaving van het beginsel van ondeelbaarheid te veel worden benadeeld. Het hypotheekrecht zou dan immers voor dezelfde schuld op minder goederen rusten.[173] Land stelde hier echter terecht tegenover dat het hypotheekrecht al vanaf het begin voor de gehele schuld op elk goed rustte:

> 'wanneer verdere crediteuren crediet willen geven, en daarbij de hypotheek als 't ware in gedachte verdeelen over de gezamenlijke verbondene goederen, dan weten zij toch dat hunne rekening kan falen; er kunnen goederen te niet gaan of op andere wijze van de hypotheek bevrijd worden.'[174]

---

170 Asser/Scholten 1927, p. 496
171 Asser/Scholten 1927, p. 496.
172 Land, dl. III, p. 402: 'Voor die afwijking van art. 1209 is dan echter moeilijk een grond te vinden.'
173 Diephuis, dl. VII, p. 469-470.
174 Land, dl. III, p. 402-403.

Bovendien, zo merkte Land eveneens terecht op, liepen derde-bezitters en tweede hypotheekhouders van goederen die zich nog onder de schuldenaar bevonden door de werking van artikel 1244 OBW hetzelfde gevaar.[175] Waarom zouden bijvoorbeeld tweede hypotheekhouders in het geval van subrogatie door de betalende derde-beter moeten worden beschermd? Een aantal auteurs meende dan ook dat de derde-bezitter wel de gehele oorspronkelijke vordering kon verhalen op de goederen die zich nog onder de schuldenaar bevonden.[176] Volgens deze auteurs ging dus het beginsel van ondeelbaarheid weer op, indien de overige bezwaarde goederen zich nog onder de schuldenaar bevonden. Het beginsel van ondeelbaarheid ging door de regel van artikel 1246 OBW dus niet altijd op voor andere schuldeisers dan de oorspronkelijk hypotheekhouder, aangezien zij niet de gehele oorspronkelijke verzekerde vordering konden verhalen. Het beginsel ging, volgens sommige auteurs, wel weer op indien de andere bezwaarde goederen zich nog onder de schuldenaar bevonden.

Deze discussies laten zien hoezeer de ondeelbaarheid als beginsel werd aangenomen. Een laatste voorbeeld maakt duidelijk dat men zo min mogelijk inbreuk op het beginsel van ondeelbaarheid wilde maken.

6.20 De Onteigeningswet

Niet alleen het Oud Burgerlijk Wetboek, maar ook de Onteigeningswet van 1851 bevatte volgens een aantal schrijvers een uitzondering op het beginsel van ondeelbaarheid.[177] Artikel 43 Onteigeningswet regelde de gevolgen van de onteigening van een bezwaard goed. Het eerste lid bepaalde dat de hypotheekhouder bij onteigening van de hypotheekgever geen recht had op een afzonderlijke schadevergoeding. Hij kon zijn recht slechts uitoefenen op de som die de onteigende eigenaar of een andere onteigende zakelijk gerechtigde had verkregen. In lid 2 van dit artikel werd bepaald dat de hypotheekhouder geen recht had betaling van zijn gehele vordering te eisen, wanneer slechts een gedeelte van het bezwaarde goed werd onteigend:

> 'Hij heeft geen regt, de betaling zijner geheele schuldvordering te eischen, wanneer slechts een gedeelte van de verhypothekeerde zaak onteigend wordt.'[178]

175 Zie § 6.11.

176 Zie onder meer Voorduin, IV, p. 654, Land, dl. III, p. 402 en Van Nierop, p. 233.

177 Asser/Scholten 1927, p. 427; Land, dl. III, p. 352 n.1; Van Nierop, p. 31 en Suijling, 5e stuk, p. 482, n. 2. Anders: W.J.R. Thorbecke, *Stelsel en toepassing der Onteigeningswet*, Arnhem: Gouda Quint 1880, p. 240.

178 Artikel 43 lid 2 Onteigeningswet 28 augustus 1851, *Staatsblad* 125.

In een arrest uit 1864 overwoog de Hoge Raad dat artikel 43 lid 2 Onteigeningswet inderdaad een inbreuk maakte op het 'beginsel van ondeelbaarheid', maar dat artikel 43 lid 2 Onteigeningswet zo veel mogelijk in overeenstemming met het beginsel van ondeelbaarheid moest worden uitgelegd:

> 'O., dat de tweede zinsnede van art. 43 der aangehaalde wet moet worden uitgelegd: 1. in verband met de eerste zinsnede van het artikel; en 2. in zoodanigen geest, dat, hoezeer dan ook het artikel bevat eene uitzondering op het ten aanzien der hypotheken bij art. 1209 B.W. aangenomen *beginsel van ondeelbaarheid* [curs. JvK], niettemin de voorkeur moet worden gegeven aan zoodanige uitlegging, waardoor van gezegd beginsel het minst wordt afgeweken, en de regel van het Burgerlijk Wetboek zoo min mogelijk word beperkt;'[179]

De Hoge Raad overwoog vervolgens dat artikel 43 lid 1 Onteigeningswet bepaalde dat de hypotheekhouder zijn recht alleen mocht uitoefenen op de aan de onteigende toegekende som 'en zulks onverschillig of zijne schuldvordering al dan niet opeischbaar zij'.[180] Hij leidde daaruit af dat de hypotheekhouder niet meer mocht vorderen en eveneens leidde hij daaruit af dat de hypotheekhouder zijn recht mocht uitoefenen op de *volledige* som. Volgens de Hoge Raad was het niet de bedoeling van het tweede lid van artikel 43 Onteigeningswet

> 'om bij onteigening van een gedeelte van het verhypothekeerde goed, ook dan wanneer de als schadevergoeding toegekende som toereikende is om hem geheel te voldoen, den eersten hypotheekhouder te noodzaken zich met een evenredig deel te vergenoegen, en het overige aan de latere hypothecaire crediteuren over te laten;'

De ratio van artikel 43 lid 2 Onteigeningswet was dat de hypotheekhouder bij gedeeltelijke onteigening niet meer mocht vorderen dan de schadesom en niet van de onteigende mocht vorderen dat hij het resterende deel van de schuld uit zijn eigen middelen betaalde. Het bevatte echter geen inperking van het hypotheekrecht in de zin dat de hypotheekhouder zich slechts naar evenredigheid mocht verhalen op de som die was toegekend aan de gedeeltelijk onteigende hypotheekgever. Op deze wijze bezien, bevatte artikel 43 lid 2 Onteigeningswet geen uitzondering op het beginsel van ondeelbaarheid. Het bewerkstelligde namelijk geen evenredige verdeling van de verzekerde schuld over de bezwaarde goederen, zoals bijvoorbeeld artikel 1246 OBW dat wel deed.[181]

179 HR 10 juni 1864, *W.* 2595.
180 Art. 43 lid 1 Onteigeningswet.
181 Zie § 6.19.

6.21 CONCLUSIE

De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht heeft zich onder vigeur van het Oud Burgerlijk Wetboek ontwikkeld tot een 'beginsel'. Het beginsel van ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht hield in dat het hypotheekrecht niet naar evenredigheid drukte op de bezwaarde goederen, maar op alle bezwaarde goederen en op elk deel van de bezwaarde goederen. Suijling noemde dit het beginsel van integrale druk. Dit beginsel behelsde verschillende regels. Zo bleef het hypotheekrecht op de bezwaarde goederen rusten totdat de gehele schuld was betaald. Partijen konden hier wel van afwijken; de ondeelbaarheid was onder het Oud Burgerlijk Wetboek van regelend recht. Het beginsel van ondeelbaarheid bewerkstelligde niet dat de verzekerde vordering ondeelbaar werd. In de literatuur en rechtspraak werd bevestigd dat de vordering zelf deelbaar bleef. De erfgenamen van de zekerheidsgever waren persoonlijk dus slechts voor hun erfdeel aansprakelijk voor de verzekerde schuld van de erflater. Dat was althans de heersende leer. Diephuis was een afwijkende mening toegedaan. Hij was van mening dat de hypotheekhouder van iedere erfgenaam van de schuldenaar die in het bezit was van een bezwaard goed *betaling* kon vorderen van de gehele schuld. In het omgekeerde geval waren de erfgenamen van de zekerheidsnemer slechts gerechtigd tot hun erfdeel in de verzekerde vordering. Het zekerheidsrecht diende in dat geval tot zekerheid van alle vorderingen van de erfgenamen. De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht behelsde dat het pand- en hypotheekrecht diende tot zekerheid van de gehele vordering tot zekerheid waarvan het recht oorspronkelijk was gevestigd.

Op grond van de ondeelbaarheid was de zekerheidsnemer ook gerechtigd te kiezen op welk goed hij zijn vordering wilde verhalen; elk goed diende immers tot zekerheid van de gehele vordering. Het is juist dit keuzerecht (dat in het *ius commune* nooit in verband werd gebracht met de ondeelbaarheid) dat in een aantal gevallen werd beperkt door de wetgever van het Oud Burgerlijk Wetboek wanneer het botste met de belangen van derden. Dit keuzerecht had de hypotheekhouder immers in principe ook jegens derden. Onder het OBW had het hypotheekrecht namelijk vrijwel onbeperkt zaaksgevolg. Het zaaksgevolg en de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht zorgden er samen voor dat de hypotheekhouder een bezwaard goeder onder iedere derde-bezitter voor het *volledige* bedrag van de verzekerde vordering kon uitwinnen. In een aantal gevallen heeft de wetgever van 1838 echter wel een balans proberen te zoeken tussen de belangen van de hypotheekhouder en de belangen van derde-bezitters van een bezwaard goed. Dit leidde tot enkele uitzonderingen op het beginsel van ondeelbaarheid. Een voorbeeld in dit verband is het voorrecht van uitwinning van artikel 1244 OBW, dat volgens de meeste auteurs een uitzondering vormde op de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht. Het voorrecht beperkte namelijk de vrijheid van de schuldeiser om te kiezen welk bezwaard goed hij wilde uitwinnen. Dit voorrecht werd echter slechts in een

nauw omgeschreven geval toegekend aan derde-eigenaars en beperkt genotsgerechtigden van een bezwaard goed. Bovendien bleef het goed onder de derde-eigenaar bezwaard, zodat wanneer de goederen onder de debiteur niet voldoende opbrachten, de hypotheekhouder alsnog de goederen onder de derde kon uitwinnen. Slechts de *keuzevrijheid* van de schuldeiser werd dus door het voorrecht beperkt. Zijn zekerheid werd niet uitgehold. Het voorrecht van uitwinning laat goed zien dat het uitgangspunt het beginsel van ondeelbaarheid was, maar dat er in welomschreven gevallen op *billijkheidsgronden door de wetgever* een uitzondering werd gemaakt op het beginsel van ondeelbaarheid.

Het beginsel van ondeelbaarheid kende nog een vergelijkbare uitzondering. Indien verschillende bezwaarde goederen tegelijkertijd werden geëxecuteerd, werd de schuld naar evenredigheid omgeslagen over de verschillende opbrengsten. Dit beginsel van evenredige druk (of beginsel van evenredige omslag) was in strijd met het beginsel van ondeelbaarheid, omdat de ondeelbaarheid juist behelsde dat ieder deel van het onderpand voor de gehele schuld kon worden uitgewonnen. Het beginsel van evenredige druk was echter pas van toepassing ná executie van de bezwaarde goederen. Het was bovendien slechts van toepassing indien er verschillende bezwaarde goederen tegelijkertijd werden geëxecuteerd. Het maakte dus slechts in dier voege inbreuk op het beginsel van ondeelbaarheid dat de schuldeiser ná executie niet kon kiezen op welke onroerend goed hij zijn vordering wilde verhalen, terwijl de schuldeiser dat vóór executie op grond van het ondeelbaarheidsbeginsel wel kon. Al deze uitzonderingen hebben dus betrekking op het keuzerecht van de zekerheidsnemer. Zij raken niet de kern van het zekerheidsrecht: ieder goed bleef namelijk bezwaard zolang nog niet de gehele verzekerde schuld was betaald.

7 De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het huidige Nederlandse recht

7.1 INLEIDING

Op grond van het voorgaande historische onderzoek zal in dit hoofdstuk worden onderzocht wat het leerstuk van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het huidige Nederlandse recht inhoudt. De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is in het Burgerlijk Wetboek als een algemene bepaling van het pand- en hypotheekrecht in artikel 230 van boek 3 gecodificeerd. Het artikel luidt als volgt:

> 'Een recht van pand of hypotheek is ondeelbaar, zelfs dan wanneer de verbintenis waarvoor het recht is gevestigd, twee of meer schuldeisers of schuldenaars heeft en de verbintenis tussen hen wordt verdeeld.'

De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht heeft in de Nederlandse literatuur sinds de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1992 niet veel aandacht gekregen. Er is geen enkel proefschrift over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht geschreven en er is slechts één Engelstalig artikel verschenen dat volledig is gewijd aan een bespreking van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht.[1] De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht wordt weliswaar in verschillende handboeken, monografieën en artikelen (zijdelings) aan de orde gesteld, maar het ontbreekt in de Nederlandse literatuur aan een systematische uiteenzetting over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Het feit dat er geen jurisprudentie onder het regime van het huidige Burgerlijk Wetboek over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is, doet niet af aan de noodzaak van een dergelijke uiteenzetting.[2] Er bestaat namelijk onduidelijkheid over de strekking van

---

1 Tweehuysen, V., 'A comparative analysis of the principle of indivisibility', p. 293-303 in: Akkermans, B., Ernst, M. en Ramaekers, E., *Property law perspectives II*, Cambridge: Intersentia 2014. De titel suggereert dat het artikel over een algemeen (goederenrechtelijk) principe van ondeelbaarheid gaat, maar het artikel behelst een rechtsvergelijkende studie over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht naar het Nederlandse, Franse en Duitse recht.

2 Er werd een beroep gedaan op de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht in een cassatiemiddel bij het arrest HR 17 juni 1994, *NJ* 1995, 367. Dit betrof echter nog de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht onder het OBW. Bovendien heeft de Hoge Raad zich over dit middel niet uitgelaten.

artikel 3:230 BW en het daarin vervatte leerstuk van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Om een voorbeeld te geven: aan de ene kant wordt de stelling verdedigd dat op grond van artikel 3:230 BW het zekerheidsrecht in een gemeenschap valt wanneer de verzekerde vordering wordt gesplitst, terwijl eveneens de stelling wordt verdedigd dat op grond van artikel 3:230 BW twee verschillende zekerheidsrechten tot stand komen wanneer de verzekerde vordering wordt gesplitst. Er wordt zelfs nog een derde standpunt in deze discussie ingenomen, inhoudende dat bij splitsing van een verzekerde vordering het zekerheidsrecht in een gemeenschap valt, maar dat dit niet volgt uit artikel 3:230 BW.[3] De verwarring over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht blijkt daarnaast uit het feit dat de ondeelbaarheid bij uiteenlopende rechtsfiguren wordt aangehaald; ook bij rechtsfiguren waarin de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht historisch gezien nooit een rol heeft gespeeld. De bespreking van de ondeelbaarheid zal in dit hoofdstuk derhalve soms noodgedwongen enkel bestaan uit het afwijzen van argumenten die ten onrechte op de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht worden gebaseerd. In § 7.2 zullen we echter eerst beginnen met een bespreking van artikel 3:230 BW en van de vraag wat de wetgever beoogd heeft met de invoering van dit artikel. In § 7.3 zal de werking van de ondeelbaarheid in de verhouding tussen de schuldeiser en de schuldenaar worden onderzocht. In § 7.4 zal de werking van de ondeelbaarheid worden onderzocht in het geval waarin er verschillende schuldenaren bij het zekerheidsrecht zijn betrokken en in § 7.5 zal het tegenovergestelde geval, namelijk het geval waarin er verschillende schuldeisers bij het zekerheidsrecht zijn betrokken, worden besproken. Vervolgens zal in § 7.6 worden ingegaan op de vraag of uit de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht volgt dat de zekerheidsnemer een keuzerecht heeft wanneer er verschillende goederen zijn bezwaard tot zekerheid van dezelfde schuld. In § 7.7 volgt een excurs over de leer van de 'ongedeelde verhaalsaansprakelijkheid van het onderpand' in het Duitse recht, omdat wel wordt gesuggereerd dat de leer van de 'ongedeelde verhaalsaansprakelijkheid' een goede vervanging zou zijn van de leer van de 'ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht'. In § 7.8 volgt de conclusie.

3 Zie Asser/Van Mierlo 2016, nr. 56 en Snijders/Rank-Berenschot 2017, nr. 522 (een gemeenschappelijk zekerheidsrecht op grond van artikel 3:230 BW); Molenaar 1999, nr. 14 (twee zekerheidsrechten op grond van artikel 3:230 BW) en Steneker 2012, nr. 17 (een gemeenschappelijk zekerheidsrecht, maar niet op grond van artikel 3:230 BW).

7.2 ARTIKEL 3:230 BW

Artikel 3:230 BW is volgens de Parlementaire Geschiedenis een hercodificatie van de artikelen 1206 en 1209 OBW.[4] Een belangrijk uitgangspunt voor de interpretatie van artikel 3:230 BW is dus dat de wetgever met dit artikel hetzelfde heeft willen regelen als met de artikelen 1206 en 1209 OBW. Wanneer men echter de genoemde artikelen vergelijkt dan blijkt dat er desondanks een aantal verschillen is tussen de codificatie van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het Oud Burgerlijk Wetboek en die in het huidige Burgerlijk Wetboek. Ten eerste heeft de wetgever met artikel 3:230 BW gekozen voor een algemeen artikel voor het pand- en hypotheekrecht tezamen in plaats van afzonderlijke artikelen voor het pand- en voor het hypotheekrecht.[5] Dit betreft echter slechts een redactionele wijziging ten opzichte van het Oud Burgerlijk Wetboek die geen materieelrechtelijke verschillen meebrengt. Er zijn ook verschillen die niet slechts redactioneel van aard lijken te zijn. Zo was in artikel 1209 OBW bepaald dat het hypotheekrecht 'uit deszelfs aards' ondeelbaar was. In de literatuur onder het Oud Burgerlijk Wetboek was er kritiek op deze uitdrukking. Men verstond hieronder dat het hypotheekrecht van nature ondeelbaar was en daarom *altijd* ondeelbaar zou zijn. De heersende leer was echter dat partijen bij overeenkomst van de ondeelbaarheid konden afwijken en dat het hypotheekrecht derhalve niet 'uit deszelfs aard' ondeelbaar was.[6] De uitdrukking 'uit deszelfs aard' en vergelijkbare zinsneden zijn weggelaten uit artikel 3:230 BW. De wetgever heeft hiermee waarschijnlijk willen aansluiten bij de heersende leer onder het Oud Burgerlijk Wetboek dat het pand- en hypotheekrecht wel degelijk deelbaar zijn als partijen dit zijn overeengekomen. Er wordt in ieder geval algemeen aangenomen dat de ondeelbaarheid naar huidig recht van regelend recht is.[7]

Ondanks deze aanpassingen is er kritiek op artikel 3:230 BW. Artikel 3:230 BW zou te abstract geformuleerd zijn, omdat het artikel niet duidelijk maakt

4 Zeben/Du Pon, *Parlementaire Geschiedenis Boek 3*, p. 736: 'Dit artikel vervangt de artikelen 1206 en 1209 B.W.'

5 De vraag is of de wetgever de toepassing van de ondeelbaarheid niet te beperkt heeft opgevat. Er wordt bijvoorbeeld betoogd dat de wetgever de toepassing van de ondeelbaarheid had moeten uitbreiden naar het retentierecht. Zie over dit onderwerp § 7.3.

6 Deze kritiek was onterecht. De uitdrukking 'de sa nature' in artikel 2114 Cc (oud) waarop de uitdrukking 'uit deszelfs aard' in artikel 1209 OBW terugging, wilde uitdrukken dat de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht geen essentieel kenmerk (*essentiale*) van het hypotheekrecht was, maar een natuurlijk kenmerk (*naturale*). Een natuurlijk kenmerk moet worden begrepen als een kenmerk dat van toepassing is *als partijen niet iets anders zijn overeengekomen*. Overigens valt ook hier weer een filosofische achtergrond in de gebruikte terminologie te bespeuren.

7 Asser/Van Mierlo 2016, nr. 56 en 268; Gerver 2001, p. 13; Molenaar 1999, nr. 14; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 750; Snijders/Rank-Berenschot 2017, nr. 522 en Verstijlen 2013, nr. 14.

wat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht inhoudt.[8] In artikel 3:230 BW wordt inderdaad slechts bepaald *dat* het pand- en hypotheekrecht ondeelbaar is, zonder dat er wordt aangegeven wat die ondeelbaarheid inhoudt. In het artikel wordt daarnaast nog wel aangegeven dat een recht van pand of hypotheek 'zelfs dan ondeelbaar is wanneer de verbintenis waarvoor het recht is gevestigd, twee of meer schuldeisers of schuldenaars heeft en de verbintenis tussen hen wordt verdeeld'. Uit de woorden 'zelfs dan' kan worden geconcludeerd dat de verdeling van de verzekerde verbintenis tussen twee schuldeisers of twee schuldenaren niet de enige twee gevallen zijn waarin de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht een rol speelt. De wetgever noemt overigens geen casus waarin een verdeling van de verbintenis tussen schuldeisers of schuldenaren plaats vindt. Dit heeft hij waarschijnlijk bewust gedaan om de toepassing van de ondeelbaarheid niet tot een bepaalde, concrete casus te beperken. Het verschil met de codificatie in het Oud Burgerlijk Wetboek is in dit opzicht treffend. Artikel 1206 OBW, het artikel over de ondeelbaarheid van het vuistpandrecht, handelde over verdeling van de verzekerde verbintenis tussen *de erfgenamen* van de schuldenaar en de erfgenamen van de schuldeiser. Deze specifieke erfrechtelijke context is weggelaten in artikel 3:230 BW. Hieruit dient te worden afgeleid dat de wetgever van het huidige Burgerlijk Wetboek de ondeelbaarheid een breder toepassingsbereik heeft willen geven dan enkel de erfrechtelijke context. Een belangrijk uitgangspunt voor de interpretatie van artikel 3:230 BW is dus dat de ondeelbaarheid niet alleen van toepassing is als de verzekerde verbintenis wordt verdeeld tussen de erfgenamen van de schuldenaar of erfgenamen van de schuldeiser, maar ook in andere gevallen waarin een verzekerde verbintenis wordt verdeeld.

Uit het voorgaande onderzoek is gebleken dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht historisch gezien met name een rol speelde in de casus waarin de schuldeiser of de schuldenaar overleed met achterlating van verschillende erfgenamen. In dit hoofdstuk wordt betoogd dat dit typische geval ook voor het Nederlandse recht als uitgangspunt moet worden genomen en dat aan de hand van die casus de werking van de ondeelbaarheid moet worden bepaald in het geval waarin de verzekerde verbintenis wordt verdeeld tussen verschillende schuldenaren of schuldeisers. In de andere gevallen in het huidige recht waarin de verzekerde verbintenis wordt verdeeld tussen verschillende schuldeisers of schuldenaren moet de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht met andere woorden *naar analogie* van de erfrechtelijke casus worden toegepast. In § 7.4 zal daarom eerst worden onderzocht wat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in de erfrechtelijke casus behelst.

Uit de Parlementaire Geschiedenis en uit de vergelijking met de artikelen 1206 en 1209 OBW kunnen enkele uitgangspunten voor de interpretatie van

8 Tweehuysen 2014, p. 295.

artikel 3:230 BW worden afgeleid, maar kan niet worden vastgesteld wat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht inhoudt. Op dit punt is het daarom goed om te kijken wat er in de literatuur over artikel 3:230 BW wordt geschreven.

In de literatuur wordt gesteld dat in artikel 3:230 BW het 'beginsel van ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht' is neergelegd.[9] Het is niet duidelijk wat de status van een 'beginsel' in het privaatrecht is. Men lijkt met deze omschrijving te doelen op het feit dat artikel 3:230 BW geen rechtsregel of rechtsregels bevat, maar een algemeen kenmerk van het pand- en hypotheekrecht. Bovendien wordt gesuggereerd dat uit dit 'beginsel' verschillende rechtsregels voortvloeien en dat het beginsel in allerlei (onvermoede) gevallen een rol kan spelen. Het beginsel van ondeelbaarheid heeft namelijk verschillende 'aspecten' of 'facetten'.[10] Soms wordt het beginsel nader omschreven, bijvoorbeeld op de navolgende wijze: 'Hiermee wordt bedoeld dat het recht in zijn geheel drukt op al de goederen die voor de schuld verbonden zijn, op elk van deze goederen en op elk gedeelte daarvan'.[11] Dergelijke formules leiden echter niet tot meer begrip; zo is nog steeds onduidelijk welke rechtsregels hier uit volgen. Het is dan ook niet verwonderlijk dat er verschillende en soms zelfs tegenstrijdige argumenten aan artikel 3:230 BW worden ontleend. Zowel het gebruik van het begrip 'beginsel' als de nauwelijks verhelderende omschrijvingen van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht bieden waarschijnlijk ook een verklaring voor het feit dat er zelden tot nooit een rationale voor de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht wordt

9 De Groot 1990, p. 187; Molenaar 1999, nr. 16.1; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 750; Rongen 2012, nr. 1055; Stein 2004, p. 27; Steneker 2012, nr. 17 en Verhagen/Rongen 2000, p. 146. Stein en Tweehuysen spreken van 'het *principe* van ondeelbaarheid, zie Stein 2004, p. 27; Tweehuysen 2014, p. 293 *et passim* en Tweehuysen 2016, p. 181. Gerver en Rank-Berenschot spreken tot slot van 'het *leerstuk* van de ondeelbaarheid', zie Gerver 2001, p. 13 en Snijders/Rank-Berenschot 2017, nr. 522.

10 Asser/Van Mierlo 3-VI 2016, nr. 56 ('aspecten'); Stein 2015, aant. A1 ('aspecten') en Snijders/Rank-Berenschot 2017, nr. 522 ('facetten'). Verstijlen: 'Hiermede [nl. art. 3:230 BW] worden een aantal dingen gezegd', zie Verstijlen 2013, nr. 14.

11 Snijders/Rank-Berenschot 2017, nr. 522. Tweehuysen noemt deze formule – die in essentie afkomstig is uit artikel 1209 OBW – een 'mystieke frase' (Tweehuysen 2014, p. 293) en een 'toverspreuk' (Tweehuysen 2016, p. 182). Met de uitdrukking 'mystieke frase' zit zij (onbewust) niet ver van de roos. De uitdrukking dat het hypotheekrecht gevestigd is 'op alle de verbondene onroerende goederen in hun geheel, op elk van die goederen en op ieder gedeelte van dezelve' is een vertaling van de uitdrukking '*hypotheca est tota in toto, et tota in qualibet parte*' die bijvoorbeeld al door Dumoulin (1500-1566) in de 16e eeuw werd gebruikt. Deze uitdrukking is waarschijnlijk overgenomen uit de theologische literatuur, waar zij werd gebruikt om de verhouding tussen de ziel en het lichaam aan te duiden. Over de ziel (*anima*) werd namelijk gezegd dat zij 'in haar geheel op heel het lichaam en in haar geheel op elk deel van het lichaam rust': '*tota* [*est anima*, JvK] *in toto corpore et tota in qualibet parte corporis*'. Loyseau (1564-1627) verwijst voor de herkomst van deze uitdrukking naar Aristoteles.

gegeven. De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is als het ware een brok onverwerkte rechtsgeschiedenis: men neemt de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht voetstoots aan, maar weet niet precies wat het inhoudt. In het vervolg van dit hoofdstuk wordt daarom de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht nauwkeuriger omschreven aan de hand van de verschillende lijnen die uit de rechtsgeschiedenis tot ons komen, en wordt de vraag beantwoord waar de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het Nederlandse recht op ziet en in welke gevallen de ondeelbaarheid van toepassing is.

7.3 De ondeelbaarheid in de verhouding tussen de schuldeiser en de schuldenaar

Uit het voorgaande onderzoek is gebleken dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het middeleeuwse *ius commune* zag op de regel dat het gehele onderpand bezwaard blijft totdat de verzekerde vordering volledig is voldaan. Butrigarius (1274-1348) noemde dit kernachtig de ondeelbaarheid van de pandaflossing en in het vervolg van dit hoofdstuk zal deze regel op dezelfde wijze worden aangeduid.[12] De ondeelbaarheid van de pandaflossing gold in de eerste plaats in de verhouding tussen de schuldeiser en de schuldenaar. Voor het Nederlandse recht wordt nog steeds aangenomen dat de vuistpandhouder gerechtigd is de gehele verpande zaak achter te houden, totdat de volledige vordering is voldaan. Bovendien is de zekerheidsnemer gerechtigd het gehele onderpand te executeren, wanneer nog niet de gehele verzekerde vordering is voldaan. De vraag rijst welke gevallen men op het oog heeft waarin deze regel van belang is. Vaak wordt het geval genoemd dat de schuldenaar een deel van de verzekerde schuld betaalt aan de schuldeiser. De vraag rijst dan wat de rechtsgevolgen zijn wanneer de schuldeiser de deelbetaling aanneemt.[13] De heersende leer met betrekking tot de verzekerde verbintenis is dat de verzekerde verbintenis door die betaling in omvang afneemt. Vervolgens rijst de vraag wat het gevolg is van die afname van de hoogte van de verzekerde verbintenis voor het pand- en hypotheekrecht. Op grond van de accessoiriëteit gaat het zekerheidsrecht teniet wanneer de verzekerde vordering tenietgaat. Dit wordt wel 'accessoiriëteit in tenietgaan' genoemd.[14] De vraag is echter wat rechtens is als niet de gehele verzekerde vordering teniet gaat,

12 De ondeelbaarheid van de aflossing geldt niet alleen voor het pandrecht, maar ook voor het hypotheekrecht. Butrigarius zelf verstond onder de ondeelbaarheid van de pandaflossing ook de ondeelbaarheid van de *hypotheek*aflossing. In het middeleeuwse *ius commune* werd namelijk geen onderscheid gemaakt tussen het pand- en hypotheekrecht. Zie hoofdstuk 3.

13 In principe is de schuldenaar niet bevoegd om de schuld in gedeelten te voldoen, zie art. 6:29 BW. De schuldeiser zal dan ook niet in schuldeisersverzuim geraken als hij een deelbetaling weigert aan te nemen, zie art. 6:58 BW. Zie ook het vervolg van § 7.3.

14 Out 2005, p. 15 *et passim*.

maar slechts een deel van de vordering. Er is wel verdedigd dat het zekerheidsrecht in omvang afneemt, als de verzekerde verbintenis in omvang afneemt.[15] De gedachte achter deze 'accessoiriëteit in omvang' is dat de zekerheidsnemer op grond van zijn zekerheidsrecht de bevoegdheid heeft zich op de executieopbrengst van het bezwaarde goed te verhalen tot de hoogte van de verzekerde vordering. Dit is de zogenoemde verhaalsbevoegdheid van de zekerheidsnemer. Wanneer de schuldeiser een deel van zijn vordering betaald krijgt, dan wordt het bedrag dat hem uit de executieopbrengst toekomt met eenzelfde bedrag verlaagd. De verhaalsbevoegdheid van de zekerheidsnemer zou dus afnemen, als de hoogte van de verzekerde vordering in omvang afneemt. Men dient hier echter twee zaken te onderscheiden, namelijk enerzijds de *bevoegdheid* van de zekerheidsnemer om het onderpand te executeren en zich op de executieopbrengst van het geëxecuteerde goed te verhalen, en anderzijds de *hoogte van het bedrag* dat de zekerheidsnemer toekomt uit de executieopbrengst van het onderpand. Ten aanzien van het eerste punt geldt dat deze bevoegdheid onafhankelijk is van de hoogte van de verzekerde vordering. De bevoegdheden die uit het zekerheidsrecht voortvloeien heeft de zekerheidsnemer namelijk wel of niet. Tertium non datur. Er is in die zin dus geen 'accessoiriëteit in omvang' van het pand- en hypotheekrecht.[16] Ten aanzien van het tweede punt geldt dat de hoogte van het bedrag dat de zekerheidsnemer toekomt uit de executieopbrengst weliswaar kan variëren, maar dat deze variatie geen effect heeft op het zekerheidsrecht. Men kan dus niet zeggen dat *het zekerheidsrecht* in omvang afneemt, wanneer de hoogte van de verzekerde verbintenis afneemt. De verhaalsbevoegdheid van de zekerheidsnemer is – nog weer anders gezegd – accessoir aan het *bestaan* van een vordering, maar niet aan de *hoogte* van de vordering.

We hebben nu dus vastgesteld dat door het aannemen van een deelbetaling de verzekerde verbintenis en dienovereenkomstig het bedrag dat de schuldeiser toekomt uit de executieopbrengst in omvang afneemt, maar dat het zekerheidsrecht niet in omvang afneemt. Er is echter nog een vierde element dat bij goederenrechtelijke zekerheidsrechten zoals het pand- en hypotheekrecht een rol speelt, namelijk het *voorwerp* of *object* waarop de zekerheidsnemer zijn recht kan uitoefenen. Met het 'voorwerp' wordt gedoeld op het goed of de goederen waarop het pand- of hypotheekrecht rust. Ten aanzien van het voorwerp van het pand- en hypotheekrecht wordt algemeen aangenomen dat dit niet in omvang afneemt als de verzekerde verbintenis in omvang afneemt. De zekerheidsnemer kan zijn zekerheidsrecht ondanks fluctuaties in de hoogte van de verzekerde vordering op het gehele, oorspronkelijk in zekerheid gegeven onderpand uitoefenen. Dit laatste is waar de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht op ziet en wat wij in navolging van Butrigarius de ondeelbaarheid van de pandaflossing hebben genoemd. Het feit dat de zekerheids-

15 Swinnen 2014, nr. 272.
16 Vgl. Out 2005, p. 15-16.

nemer nog steeds zijn zekerheidsrecht kan uitoefenen indien niet de gehele verzekerde verbintenis is voldaan, is bezien vanuit het doel van het zekerheidsrecht, namelijk voldoening van de gehele verzekerde verbintenis, vanzelfsprekend. Het is echter niet op voorhand evident dat de zekerheidsnemer nog steeds op het volledige onderpand zijn zekerheidsrecht kan uitoefenen wanneer een deel van de verzekerde verbintenis is tenietgegaan. In het vervolg van deze paragraaf zal daarom de vraag worden besproken *waarom* de zekerheidsnemer zijn recht op het *gehele* onderpand kan uitoefenen, wanneer de omvang is afgenomen van de verbintenis tot zekerheid waarvan het zekerheidsrecht was gevestigd.

Voor de ondeelbaarheid van de pandaflossing zijn verschillende verklaringen gegeven. Eén verklaring is dat zij samenhangt met het goederenrechtelijke karakter van het pand- en hypotheekrecht.[17] In veel gevallen is het inderdaad vanwege de aard van het goed waarop het pand- of hypotheekrecht rust niet goed voorstelbaar dat het onderpand in omvang afneemt door een deelbetaling. Het is namelijk de vraag wat men zich moet voorstellen bij de gedachte dat het onderpand *gedeeltelijk* wordt bevrijd van het zekerheidsrecht. Wanneer het zekerheidsrecht op een ondeelbare zaak rust is het immers niet mogelijk dat een fysiek deel van de bezwaarde zaak wordt bevrijd van het zekerheidsrecht. Men kan namelijk noch een fysiek deel van een ondeelbare bezwaarde zaak teruggeven aan de schuldenaar, noch een fysiek deel van een ondeelbare zaak executeren. De hypotheekhouder kan bijvoorbeeld niet slechts de schoorsteen van een verhypothekeerd huis executeren, noch kan de vuistpandhouder slechts één been van een in vuistpand gegeven paard achterhouden. Een gedeeltelijke afname van de omvang van het onderpand kan men zich bij een zekerheidsrecht op een ondeelbare zaak slechts voorstellen als men het *eigendomsrecht* en niet de fysieke zaak zelf als het object van het zekerheidsrecht beschouwt. Het eigendomsrecht is namelijk wel deelbaar in onverdeelde aandelen. Een afname van het zekerheidsrecht door een deelbetaling door de schuldenaar zou dan meebrengen dat de schuldeiser nog slechts een onverdeeld aandeel in het eigendomsrecht als onderpand heeft in plaats van het gehele eigendomsrecht. Afgezien van de vraag of het zekerheidsrecht inderdaad op het eigendomsrecht rust (quod non) in plaats van op de fysieke zaak zelf is deze oplossing te bezwarend voor de zekerheidsnemer.[18] Hij kan dan slechts een onverdeeld aandeel in het bezwaarde goed executeren, wanneer hij een deelbetaling aanneemt. Het is voor de zekerheidsnemer echter lastig om een koper te vinden die een onverdeeld aandeel wil kopen. De koper van het onverdeelde aandeel zal dan immers het goed waarin hij een onverdeeld aandeel heeft verkregen in mede-eigendom hebben met de zekerheidsgever. De verklaring dat de ondeelbaarheid van de pandaflossing samenhangt met

17 Out 2005, p. 16.
18 Vgl. Mollema, A. F., *Het beperkte recht* (diss. Leiden), Deventer 2013.

het goederenrechtelijke karakter van het pand- en hypotheekrecht valt dus te herleiden tot de specifieke problemen die zekerheidsrechten op goederen meebrengen. De onmogelijkheid van het executeren van een fysiek deel van een ondeelbare zaak en de bezwaarlijkheid van de excutie van een onverdeeld aandeel zou de reden zijn dat het gehele onderpand bezwaard blijft zolang nog niet de gehele vordering is betaald.

Deze rationale van de ondeelbaarheid van de pandaflossing is overtuigend wanneer men uitgaat van het geval waarin het zekerheidsrecht op een *ondeelbare* zaak rust. Deze verklaring is echter niet afdoende voor gevallen waarin er voor de zekerheidsnemer geen executieproblemen zijn als het onderpand bij een deelbetaling in omvang afneemt. Zo rijst bijvoorbeeld de vraag of de ondeelbaarheid van de pandaflossing wel van toepassing is bij pandrechten op geldvorderingen. Het onderpand is in dat geval deelbaar en men zou zich kunnen voorstellen dat het pandrecht na een deelbetaling niet meer op de gehele vordering rust, maar slechts op een evenredig gedeelte van de vordering. Bovendien lijkt de rechtsfiguur van het pandrecht op geldvorderingen sterk op de rechtsfiguur van de persoonlijke borgtocht. In beide gevallen kan de zekerheidsnemer niet alleen van de schuldenaar een geldbedrag opeisen, maar ook van een derde. De omvang van de vordering op de derde is bij de persoonlijke borgtocht gelimiteerd tot het bedrag dat de schuldeiser kan vorderen van de schuldenaar. Het is niet duidelijk waarom voor een pandrecht op een geldvordering niet hetzelfde zou gelden. Dezelfde vraag rijst wanneer soortzaken in zekerheid zijn gegeven. Wanneer 1000 liter olie in zekerheid is gegeven voor een schuld van € 1.000 en nadien wordt € 500 betaald, dan is het niet bezwaarlijk voor de schuldeiser dat het zekerheidsrecht na die betaling nog slechts op 500 liter olie rust. Bij soortzaken is een evenredige afname van het onderpand door gedeeltelijke betaling van de verzekerde verbintenis met andere woorden goed voorstelbaar.[19] Tot slot rijst de hier aan de orde gestelde vraag óók wanneer verschillende, even waardevolle goederen tot zekerheid van dezelfde schuld in zekerheid zijn gegeven. In dat geval kan men zich eveneens voorstellen dat door betaling van een deel van de schuld een evenredig deel van het onderpand wordt bevrijd van het zekerheidsrecht. Er wordt echter aangenomen dat de ondeelbaarheid van de pandaflossing ook van toepassing is wanneer verschillende goederen tot zekerheid van dezelfde schuld zijn bezwaard. Men gebruikt het voorbeeld dat twee even waardevolle colliers in pand zijn gegeven tot zekerheid van een vordering van € 10.000.[20] De schuldenaar die in dat geval € 5.000 betaalt kan zich er niet op beroepen dat het pandrecht van één van de twee colliers is vervallen. In een ander goederenrechtelijk handboek wordt een vergelijkbaar voorbeeld

19 Steneker 2012, nr. 17 neemt aan dat in dergelijke gevallen de ondeelbaarheid ook opgaat.
20 Snijders/Rank-Berenschot 2017, nr. 522.

gegeven.[21] In dergelijke casus heeft het argument dat de ondeelbaarheid van de pandaflossing samenhangt met het goederenrechtelijke karakter van het pand- en hypotheekrecht minder overtuigingskracht.

Er is echter nog een andere verklaring van de ondeelbaarheid van de pandaflossing die als voordeel heeft dat zij ook verklaart waarom het zekerheidsrecht op het volledige onderpand blijft rusten wanneer het onderpand deelbaar is. Deze verklaring houdt in dat de schuldenaar door de ondeelbaarheid van de pandaflossing onder druk wordt gezet om de gehele schuld te betalen. Die druk wordt groter naarmate de schuldenaar een groter deel van de verzekerde verbintenis heeft betaald. Hoe groter de wanverhouding tussen de waarde van het onderpand en de verzekerde schuld, hoe eerder de schuldenaar zal betalen. Het pand- en hypotheekrecht zijn in die opvatting voornamelijk een drukmiddel dat de schuldenaar moet aanzetten tot betaling. Deze vaststelling doet de vraag rijzen waarom de ondeelbaarheid van de pandaflossing dan bijvoorbeeld ook niet zou moeten gelden voor het retentierecht. Het retentierecht heeft in het huidig Nederlandse recht een dubbel karakter. Het is niet alleen een terughoudingsrecht, een species van het genus opschortingsrecht, maar ook een verhaalsrecht met voorrang.[22] De schuldeiser kan dus onder bepaalde voorwaarden een zaak van de schuldenaar onder zich houden totdat de gehele schuld is betaald. Daarnaast kan de retentor zich met voorrang boven allen tegen wie het retentierecht kan worden ingeroepen op de executieopbrengst verhalen. Het retentierecht onderscheidt zich derhalve nog slechts van een pandrecht door het feit dat de retentor geen recht van parate executie heeft. Tegenwoordig wordt om deze redenen algemeen aangenomen dat de ondeelbaarheid ook geldt voor het retentierecht.[23]

> De ondeelbaarheid van de aflossing van het retentierecht wordt terecht algemeen geaccepteerd. In vergelijkbare gevallen is de ondeelbaarheid van de aflossing echter nog niet altijd doorgedrongen. In het beslagrecht geldt namelijk ook dat er een zekere wanverhouding mag bestaan tussen het beslagen goed en de vordering tot verhaal waarvan het goed is beslagen. De schuldeiser mag zelfs verschillende goederen beslaan en uitwinnen.[24] Het beslag heeft evenals het retentierecht onder andere de functie om de schuldenaar te dwingen te betalen. Bovendien moet worden aangenomen dat het beslag pas wordt opgeheven als de volledige vordering

21 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 750. De casus betreft daar eenvoudigweg twee roerende zaken van €500 die in zekerheid zijn gegeven voor een schuld van €1.000. De schuldenaar heeft 'niet het recht tot teruggave van één van beide zaken' wanneer hij €500 heeft afgelost.

22 Art. 3:292 BW.

23 Zie Fesevur, J.E., *Retentierecht*, Deventer: Kluwer 1988, nr. 33 en zie ook van dezelfde het meer recente *Voorrechten en retentierechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 23. Zie voor het huidige recht daarnaast Asser/Van Mierlo 2016, nr. 517; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 941 en Snijders/Rank-Berenschot 2017, nr. 724.

24 Vgl. Snijders, H.J., Klaassen, C.J.M. en Meijer, G.J., *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 420.

is betaald. Er zijn derhalve voldoende redenen om aan te nemen dat de ondeelbaarheid van de aflossing ook geldt voor het beslagrecht.

Toch is ook deze laatste hierboven genoemde rationale van de ondeelbaarheid van de pandaflossing niet bevredigend. Zij lijkt namelijk meer een *gevolg* dan een *verklaring* van de ondeelbaarheid van de pandaflossing te zijn. De meest simpele en meest overtuigende rationale is daarom dat de ondeelbaarheid van de pandaflossing door partijen is overeengekomen. Zij is met andere woorden gebaseerd op de partijwil. Partijen zullen dit meestal niet uitdrukkelijk zijn overeengekomen, maar het ligt voor de hand om de zekerheidsovereenkomst zo te interpreteren dat de gehele schuld moet zijn betaald voordat het gehele onderpand wordt bevrijd van het zekerheidsrecht. Deze verklaring van de ondeelbaarheid van de pandaflossing hangt samen met de regel dat een schuldeiser geen deelbetalingen hoeft aan te nemen. Betaling van een deel van de schuld is immers geen betaling. Het ligt dan ook voor de hand om aan te nemen dat bij een deelbetaling de zekerheidsnemer nog steeds gerechtigd is om het gehele onderpand te verkopen. Partijen zijn immers overeengekomen dat de schuldenaar de schuld op een bepaalde dag moet hebben betaald en dat de schuldeiser het bezwaarde goed kan verkopen en zich op de opbrengt kan verhalen als de schuldenaar op de afgesproken dag niet heeft betaald. Wanneer de schuldenaar op de afgesproken dag slechts een deel van de schuld heeft betaald kan de schuldeiser nog steeds het onderpand verkopen. Er is immers door de schuldenaar niet voldaan aan de overeenkomst en derhalve treedt dan het beding in werking dat de schuldeiser het onderpand mag verkopen. De verklaring van de ondeelbaarheid van de pandaflossing op grond van de partijwil heeft tot voordeel dat zij tevens verklaart waarom de ondeelbaarheid van regelend recht is. De ondeelbaarheid gaat dan namelijk vanzelfsprekend níet op als partijen uitdrukkelijk iets anders zijn overeengekomen. De ondeelbaarheid van de pandaflossing is met andere woorden een wettelijk vermoeden van de wil van partijen bij een zekerheidsovereenkomst. Dit vermoeden kan natuurlijk door partijen zelf worden ontkracht. In dit verband rijst wel de vraag wat het betekent dat partijen iets anders kunnen overeenkomen. Wanneer partijen bijvoorbeeld overeenkomen dat het pand- of hypotheekrecht in tegenstelling tot wat in artikel 3:230 BW staat wel deelbaar is, dan is dat waarschijnlijk onvoldoende. Het is in dat geval immers niet duidelijk welk deel van het onderpand wordt bevrijd van het zekerheidsrecht als een deel van de verzekerde verbintenis wordt betaald. Partijen zullen dus uitdrukkelijk moeten aangeven welk goed uit het zekerheidsverband wordt ontslagen als een bepaald deel van de schuld wordt betaald.[25] Wanneer de schuldenaar bijvoorbeeld een Mercedes en een BMW bezwaart tot zekerheid van een schuld

25 Gerver wijst op het belang van het goed formuleren van de vestigingsakte van het hypotheekrecht, opdat voldoende duidelijk is wat partijen zijn overeengekomen. Zie Gerver 2001, p. 13.

van € 50.000, dan kan hij met de schuldeiser overeenkomen dat de Mercedes uit het zekerheidsverband wordt ontslagen wanneer de schuldenaar € 25.000 heeft betaald. Deze overeenkomst komt in feite neer op het vestigen van twee zekerheidsrechten. De Mercedes dient dan namelijk tot zekerheid van een schuld van € 25.000, terwijl de BMW dient tot zekerheid van de andere schuld van € 25.000. Dit voorbeeld laat zien dat de ondeelbaarheid van de pandaflossing pas een rol speelt *nadat* het zekerheidsrecht eenmaal is gevestigd. Men moet met andere woorden elke keer bepalen wat partijen zijn overeengekomen: welk onderpand dient tot zekerheid van welke schuld? Wanneer er eenmaal is vastgesteld welke schuld door welk onderpand wordt verzekerd dan geldt ten aanzien van die zekerheidsverhouding dat die onveranderd blijft ongeacht deelbetalingen door de schuldenaar. Dit betekent dus ook dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht geen 'goederenrechtelijk beginsel' is dat bepaalde dwingende regels voor het pand- en hypotheekrecht meebrengt. In de gevallen waarin 'het beginsel van ondeelbaarheid' een rol zou spelen, betekent dit dat men moet uitgaan van wat de partijen bij de zekerheidsovereenkomst hebben gewild. Een goed voorbeeld is het geval waarin de schuldenaar verschillende goederen in zekerheid heeft gegeven tot zekerheid van één schuld. Er wordt dan de vraag opgeworpen of de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht meebrengt dat er slechts één zekerheidsrecht tot stand komt.[26] Deze vraag wordt echter niet bepaald door een 'goederenrechtelijk beginsel' van ondeelbaarheid. De vraag wordt daarentegen voornamelijk bepaald door wat partijen zijn overeengekomen.

Een bepaling als artikel 3:230 BW is in de verhouding tussen de schuldeiser en schuldenaar eigenlijk niet nodig om de regel te funderen dat het gehele onderpand bezwaard blijft totdat de gehele schuld is voldaan.[27] Deze regel volgt zoals in deze paragraaf is betoogd namelijk al uit de zekerheidsovereenkomst zelf.[28] De gevallen waarin de ondeelbaarheid van de pandaflossing wel van belang kan zijn, zijn de gevallen waarbij er meer dan één schuldenaar of meer dan één schuldeiser bij het zekerheidsrecht is betrokken. In die gevallen kan de ondeelbaarheid van de pandaflossing namelijk niet altijd worden gebaseerd op de partijwil. Het geval kan zich immers voordoen dat er verschillende schuldeisers of schuldenaren door erfopvolging, of door een andere

26 Bartels & Timmerman 2006, nr. 2 en Tweehuysen 2016, p. 180-181 en 190-191.

27 Het tegenovergestelde standpunt dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht slechts ziet op de verhouding tussen de schuldeiser en schuldenaar werd nog ingenomen in de bewerking van Asser's Handleiding door Mijnssen, zoals aangehaald door De Groot, p. 187.

28 Zowel onder het regime van het Oud Burgerlijk Wetboek, als onder het regime van het huidige Burgerlijk Wetboek is er in de jurisprudentie geen zaak te vinden waarin de ondeelbaarheid van de pandaflossing in de verhouding tussen de schuldeiser en de schuldenaar ter discussie stond. Dit ondersteunt de conclusie dat de ondeelbaarheid van de pandaflossing niet van belang is in de verhouding tussen de schuldeiser en de schuldenaar.

oorzaak van opvolging onder algemene titel, bij het zekerheidsrecht betrokken raken. In de volgende paragrafen wordt hier nader op ingegaan.

7.4 Pluraliteit van schuldenaren

De gevallen waarin de ondeelbaarheid van oudsher een belangrijke rol speelde waren de gevallen waarin de verzekerde verbintenis werd verdeeld en uit de oorspronkelijke verbintenis nieuwe, zelfstandige verbintenissen ontstonden. Uit het voorgaande onderzoek is gebleken dat de verzekerde verbintenis in twee gevallen werd verdeeld. Ten eerste wanneer de schuldeiser overleed met achterlating van verschillende erfgenamen en ten tweede wanneer de schuldenaar overleed met achterlating van verschillende erfgenamen. Deze twee gevallen waren uitdrukkelijk opgenomen in artikel 1206 OBW waarin de ondeelbaarheid van het vuistpandrecht was gecodificeerd. Zo stond er in artikel 1206 OBW dat de erfgenaam van de schuldenaar die zijn gedeelte van de schuld had betaald geen teruggave van zijn aandeel in het pand kon vorderen, zolang niet de gehele schuld van de erflater was betaald. Daarnaast was bepaald dat de erfgenaam van de schuldeiser die zijn aandeel in de vordering had ontvangen, het pand niet mocht teruggeven ten nadele van zijn mede-erfgenamen die niet waren betaald. Deze erfrechtelijke gevallen zijn niet in artikel 3:230 BW opgenomen.[29] Er moet echter worden aangenomen dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht voor deze twee casus nog steeds geldt.[30] In deze paragraaf zal het geval worden besproken waarin de schuldenaar overlijdt met achterlating van verschillende erfgenamen.[31]

Het huidige Nederlandse recht kent net als het Romeinse recht de regel dat de schulden van de erflater naar verhouding van de erfdelen van rechtswege overgaan op zijn erfgenamen, mits de schuld een deelbare prestatie betreft.[32] Uit het volgende voorbeeld wordt duidelijk wat dit inhoudt. Een schuldenaar van een schuld van € 1.000 tot zekerheid waarvan hij één goed heeft bezwaard, overlijdt voordat hij zijn schuld heeft betaald met achterlating van twee erfgenamen. Iedere erfgenaam is dan schuldenaar van € 500, indien ze erfgenamen voor gelijke delen zijn. Dat een erfgenaam schuldenaar is van een schuld van € 500, wil ten eerste zeggen dat de schuldeiser betaling van € 500 van hem kan vorderen en ten tweede dat het gehele vermogen van de erfgenaam voor die schuld uitwinbaar is. Er zijn dus na het overlijden van de schuldenaar evenveel verbintenissen als er erfgenamen zijn. In casu zijn er dus twee verbintenissen ontstaan uit de oorspronkelijke verbintenis; de

29 Zie § 7.2.
30 Vgl. Stein, GS Aantekeningen Vermogensrecht, aant. 3.1.1 bij art. 3:230 BW.
31 Deze paragraaf bevat enige herhaling ten opzichte van voorgaande hoofdstukken. Voor de lijn van het betoog is dit echter van belang.
32 Art. 4:182 lid 2 BW.

schuldeiser heeft twee vorderingen en twee schuldenaren. In de genoemde casus had de erflater echter ook een zekerheidsrecht gevestigd tot zekerheid van zijn schuld van € 1.000. De werking van de ondeelbaarheid van de pandaflossing wordt in dit geval duidelijk wanneer men zich afvraagt welke rechtsgevolgen een betaling door een van de erfgenamen van zijn schuld heeft. Door de betaling wordt de erfgenaam bevrijd van zijn schuld bij de schuldeiser, maar blijft het onderpand volledig bezwaard tot zekerheid van de schuld van de andere erfgenaam die nog niet heeft betaald. De ondeelbaarheid van de pandaflossing houdt in dit geval dus in dat het gehele onderpand bezwaard blijft totdat de gehele schuld is betaald.[33] De consequenties van deze regel zijn dezelfde als welke in § 7.3 zijn beschreven. Zo kan de schuldeiser het gehele onderpand achterhouden als het zekerheidsrecht een vuistpand betreft en kan hij bovendien het gehele onderpand uitwinnen tot verhaal van de resterende schuld.

> Er dient te worden benadrukt dat de schuldeiser geen *betaling* van de gehele schuld kan vorderen van een van de erfgenamen. De zekerheidsnemer kan enkel het bezwaarde goed dat zich onder een erfgenaam bevindt uitwinnen voor de gehele schuld van de erflater, ook al heeft de erfgenaam die wordt uitgewonnen zijn deel in de schuld reeds betaald. De erfgenaam kan slechts aan die uitwinning ontkomen door de gehele schuld van de erflater te betalen. De erfgenaam die de gehele schuld betaalt kan regres nemen op zijn mede-erfgenamen.

De ondeelbaarheid van de pandaflossing kan nu nauwkeuriger worden omschreven als de regel dat het gehele onderpand bezwaard blijft, totdat de gehele schuld is betaald *tot zekerheid waarvan het zekerheidsrecht was gevestigd*. De voorwaarde dat 'de gehele schuld moet zijn betaald' heeft in de erfrechtelijke casus die in deze paragraaf centraal staat dus betrekking op de schuld van de erflater en niet op de schuld van de erfgenaam. Men moet de betaling door een van de erfgenamen van zijn schuld daarom zien als een *deelbetaling*. Wanneer men die betaling namelijk beziet vanuit de verzekerde schuld dan betreft het slechts een deel van de schuld tot zekerheid waarvan het zekerheidsrecht was gevestigd. Een betaling door een erfgenaam van zijn schuld moet met andere woorden op dezelfde wijze worden behandeld als een betaling van een deel van de verzekerde schuld door de schuldenaar zelf. In beide gevallen blijft het zekerheidsrecht onveranderlijk op het gehele onderpand rusten tot zekerheid van de resterende schuld. Men verklaart niet waarom het gerechtvaardigd is dat een deelbetaling door de schuldenaar moet worden gelijkgesteld aan een betaling van zijn deel van de schuld door een van de erfgenamen van de schuldenaar. De gelijke behandeling van deze gevallen is gerechtvaardigd, omdat het voor de schuldeiser niet moet uitmaken dat

33 Asser/Van Mierlo 2016, nr. 56; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 750 en Snijders/Rank-Berenschot 2017, nr. 522.

zijn schuldenaar is overleden en er in diens plaats verschillende schuldenaren zijn gekomen. Het zekerheidsrecht was immers gevestigd tot zekerheid van de gehele schuld van de erflater. Het doel van het zekerheidsrecht was betaling te verkrijgen van € 1.000. Zolang dat doel niet is bereikt, blijft het zekerheidsrecht onveranderlijk bestaan. Dit gold ten aanzien van de schuldenaar zelf en dat recht van de zekerheidsnemer dient niet te worden verminderd door de opkomst van verschillende erfgenamen in de plaats van de schuldenaar. De zekerheidsnemer moet zijn recht ook in dat geval onverminderd kunnen uitoefenen als nog niet de gehele verzekerde schuld is betaald.[34]

De casus die in het bovenstaande is besproken is een betrekkelijk eenvoudig geval, omdat er slechts één goed in zekerheid was gegeven. De casus wordt echter gecompliceerder als men aanneemt dat er verschillende goederen tot zekerheid van dezelfde schuld zijn bezwaard. Er rijzen dan nieuwe vragen ten aanzien van de uitoefening van het zekerheidsrecht. Dit blijkt als we het voorbeeld aanpassen en aannemen dat de schuldenaar niet één, maar twee even waardevolle goederen in zekerheid heeft gegeven tot zekerheid van de schuld van € 1.000. Het kan zich dan voordoen dat de bezwaarde goederen worden verdeeld over de twee erfgenamen, zodat iedere erfgenaam eigenaar is van een bezwaard goed. We hebben al eerder vastgesteld dat het zekerheidsrecht op het gehele onderpand blijft rusten, zolang nog niet de gehele schuld van de erflater is betaald. Wanneer de zekerheidsnemer een bezwaard goed onder een erfgenaam wil uitwinnen, kan de erfgenaam zich dus niet met vrucht tegen die uitwinning verweren door te stellen dat hij zijn schuld al heeft betaald. Er is in deze casus echter nog een ander verweer dat door de erfgenaam kan worden opgeworpen, namelijk het verweer dat de zekerheidsnemer zijn verhaal moet verdelen over de twee bezwaarde goederen. In casu zou de zekerheidsnemer € 500 moeten verhalen op het ene goed en € 500 op het andere. Wanneer dit inderdaad het geval zou zijn, dan zou dat betekenen dat de schuldeiser twee zekerheidsrechten heeft op twee verschillende goederen, ieder tot zekerheid van € 500. De zekerheidsnemer is echter gerechtigd zijn gehele vordering op elk deel van het onderpand te verhalen. In casu kan hij dus zijn vordering van € 1.000 op elk bezwaard goed verhalen. Deze regel wordt algemeen gefundeerd op de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Ook hier geldt echter dat niet wordt aangegeven wat de rationele is van deze regel. Men neemt eenvoudigweg aan dat dit zo is.[35] De reden dat ieder deel van het onderpand strekt tot zekerheid van de gehele verzekerde vordering is gelegen in het feit dat het pand- en hypotheekrecht ondeelbaar zijn. Er is één zekerheidsrecht van de schuldeiser tot zekerheid van zijn vordering van € 1.000. Het is niet zo dat hij twee zekerheidsrechten heeft, namelijk

34 De middeleeuwse juristen waren al van mening dat de rechtspositie van de zekerheidsnemer door dit erfrechtelijke incident niet moest worden aangetast. Zie hoofdstuk 3.

35 Asser/Van Mierlo 2016, nr. 56 en Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2012, nr. 750.

een zekerheidsrecht op goed A tot zekerheid van een vordering van € 500 en een zekerheidsrecht op goed B tot zekerheid van een vordering van € 500.[36] Wanneer de zekerheidsnemer zijn zekerheidsrecht uitoefent doet hij dat met andere woorden tot verhaal van zijn vordering van € 1.000. Een voorbeeld uit het Romeinse recht maakt dit inzichtelijk. In het Romeinse recht stelde de zekerheidsnemer een zakelijke vordering, de *actio hypothecaria*, in om het bezwaarde goed op te eisen van de bezitter. De enige mogelijkheid voor de bezitter om aan een veroordeling tot afgifte van het bezwaarde goed te ontkomen was de gehele vordering te betalen tot zekerheid waarvan het goed was bezwaard. Dat bedrag was namelijk *het belang* dat de zekerheidsnemer had bij afgifte van het goed. Een verweer dat het verzekerde bedrag moest worden verdeeld over de bezwaarde goederen trof geen doel.[37]

> In de hierboven geschetste casus kan in bepaalde gevallen wel met succes het verweer worden opgeworpen dat de zekerheidsnemer eerst de goederen onder de schuldenaar moet uitwinnen, voordat hij de goederen onder de derde mag uitwinnen (het voorrecht van uitwinning). Dit blijkt uit de volgende casus. Een schuldenaar heeft twee even waardevolle goederen (goed 1 & goed 2) bezwaard tot zekerheid van een schuld van € 1.000. Hij overlijdt voordat hij zijn schuld heeft betaald met achterlating van twee erfgenamen. Erfgenaam A verkrijgt door de boedelverdeling bezwaard goed 1 in eigendom, terwijl erfgenaam B bezwaard goed 2 in eigendom verkrijgt. Erfgenaam A betaalt vervolgens zijn schuld van € 500 aan de schuldeiser. De schuldeiser kan in dat geval nog steeds elk bezwaard goed executeren en de resterende schuld van € 500 verhalen op de verkoopopbrengst. Hij is dus gerechtigd om goed 1 uit te winnen onder erfgenaam A, ondanks het feit dat A zijn schuld al heeft betaald. De betaald hebbende erfgenaam A wordt dan geconfronteerd met een zekerheidsrecht tot verhaal van een schuld van een derde. Erfgenaam A kan derhalve een beroep doen op het voorrecht van uitwinning van artikel 3:234 lid 1 BW en de zekerheidsnemer zodoende dwingen eerst het bezwaarde goed 2 onder erfgenaam B uit te winnen. Het bezwaarde goed 1 van erfgenaam A wordt in dit geval immers niet uitgewonnen tot verhaal van een schuld van hemzelf, maar van zijn mede-erfgenaam B. Het betreft met andere woorden een derdenpand.

We hebben nu dus vastgesteld dat het gehele onderpand voor elk deel van de verzekerde schuld kan worden uitgewonnen. Tevens hebben we vastgesteld dat elk deel van het onderpand voor de gehele schuld kan worden uitgewonnen. Wanneer verschillende goederen tot zekerheid van een schuld zijn bezwaard kan de zekerheidsnemer met andere woorden de gehele vordering op ieder goed verhalen.[38] Dit volgt uit de ondeelbaarheid van het pand- en

36 Het is natuurlijk ook niet het geval dat hij twee zekerheidsrechten heeft elk op één goed en elk tot zekerheid van € 1.000.

37 Zie hoofdstuk 2 over het Romeinse recht.

38 Stein 2004, p. 28.

hypotheekrecht. Het doel van het zekerheidsrecht maakt dat het zekerheidsrecht ondeelbaar is. Wanneer er met andere woorden eenmaal een zekerheidsrecht is gevestigd tot zekerheid van een bepaalde schuld, dan maakt het niet uit hoeveel schuldenaren van de verzekerde schuld er zijn, noch hoeveel goederen er zijn bezwaard tot zekerheid van die schuld. Men moet met betrekking tot het zekerheidsrecht uitgaan van het verzekerde bedrag. De eenheid en ondeelbaarheid van het zekerheidsrecht ligt in het feit dat de zekerheidsnemer zijn recht altijd uitoefent tot verhaal van dat verzekerde bedrag. Ook al neemt het aantal schuldenaren toe, of het aantal bezwaarde goederen: dit leidt niet tot een vermenigvuldiging van het aantal zekerheidsrechten. Er is nog steeds één zekerheidsrecht.

7.5 Pluraliteit van schuldeisers

De rechten van pand en hypotheek zijn volgens artikel 3:230 BW ook ondeelbaar wanneer de verbintenis tot zekerheid waarvan het recht is gevestigd twee of meer schuldeisers heeft en de verbintenis tussen hen wordt verdeeld.[39] De wetgever stelt zich dus het geval voor dat er *één verzekerde verbintenis* is waartoe *verschillende schuldeisers* zijn gerechtigd (pluraliteit van schuldeisers) en waarbij de schuldeisers overgaan tot verdeling van de verzekerde verbintenis. Er is discussie over de vraag wat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in dergelijke gevallen behelst. De premisse van die discussie is dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht dwingende regels meebrengt. In § 7.3 is echter vastgesteld dat de ondeelbaarheid van pand- en hypotheekrecht *geen* goederenrechtelijk beginsel is. Er dient dus voorop te worden gesteld dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht geen dwingendrechtelijke regels meebrengt, ook niet in gevallen waarin er verschillende schuldeisers bij het zekerheidsrecht zijn betrokken. De vraag wat er met het zekerheidsrecht gebeurt bij een verdeling van een verzekerde verbintenis tussen verschillende schuldeisers is (primair) een vraag naar de uitleg van de zekerheidsovereenkomst. Nu zou men het bij deze vaststelling kunnen laten. We zullen echter enkele opmerkingen maken over wat deze vaststelling betekent wanneer een verzekerde verbintenis wordt verdeeld tussen verschillende schuldeisers. Eerst zullen echter de gevallen worden genoemd waarin pluraliteit van schuldeisers zich kan voordoen.

Een pluraliteit van schuldeisers kan zich voordoen wanneer bij de *vestiging* van het zekerheidsrecht reeds sprake is van verschillende schuldeisers, bijvoorbeeld wanneer verschillende banken gezamenlijk een lening verstrekken en

39 Art. 3:230 BW: Een recht van pand of hypotheek is ondeelbaar, *zelfs dan wanneer de verbintenis waarvoor het recht is gevestigd, twee of meer schuldeisers of schuldenaars heeft en de verbintenis tussen hen wordt verdeeld*.

tot zekerheid van die lening een pand- of hypotheekrecht verkrijgen.[40] Het hangt dan van de zekerheidsovereenkomst af of er verschillende vorderingen zijn die zijn verzekerd door verschillende zekerheidsrechten, of dat er slechts één vordering is waartoe verschillende schuldeisers zijn gerechtigd en tot zekerheid waarvan slechts één zekerheidsrecht door de schuldenaar is gevestigd.

Een pluraliteit van schuldeisers kan zich ook voordoen wanneer een zekerheidsrecht dat voor één schuldeiser was gevestigd, naderhand toevalt aan verschillende schuldeisers. Dit geval doet zich bijvoorbeeld voor wanneer de zekerheidsnemer overlijdt met achterlating van verschillende erfgenamen. Ten aanzien van de vorderingen van de erflater geldt in het huidige Nederlandse recht namelijk niet meer de Romeinsrechtelijke regel dat vorderingen van rechtswege worden verdeeld over de erfgenamen van de schuldeiser.[41] Een vordering is een vermogensrecht en valt als zodanig in de boedel. Op grond van artikel 6:15 lid 2 juncto artikel 4:182 lid 1 BW zijn de erfgenamen gezamenlijk gerechtigd tot de vorderingsrechten van de erflater. Ten aanzien van een eventueel pand- of hypotheekrecht dat aan een vordering is verbonden zijn de erfgenamen eveneens gezamenlijk gerechtigd.[42] Dit laatste is geen gevolg van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht, maar van het feit dat de vordering, evenals het zekerheidsrecht, in de boedel valt.[43] Net als bij het eigendomsrecht kunnen er ook verschillende gerechtigden van een pand- of hypotheekrecht zijn. Ten aanzien van het zekerheidsrecht gelden dan de regels van de gemeenschap van titel 7 van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek. Aan de hand van die bepalingen zal bijvoorbeeld moeten worden bepaald of de deelgenoten ieder afzonderlijk of slechts gezamenlijk gerechtigd zijn tot executie van het onderpand over te gaan. Er is kortom één vorderingsrecht en één zekerheidsrecht waartoe verschillende schuldeisers gezamenlijk gerechtigd zijn. Deze erfrechtelijke casus is in de praktijk wellicht niet heel relevant. Een zelfde geval kan zich echter ook voordien in een commerciële context, namelijk wanneer een onderneming wordt gesplitst. De ondernemingen die uit de oorspronkelijke onderneming voortkomen zijn opvolgers onder

40 De kredietverlening door een aantal financiële instellingen gezamenlijk (syndicaat) wordt wel een syndicaatslening genoemd. Zie over deze financieringsvorm M. Scheffers, 'Knelpunten bij de securering van syndicaatsleningen door gezamenlijke (bank)hypotheek', *AA* 48 (1999), p. 4-14.

41 Vgl. over dit onderwerp Lokin, J.H.A., 'De vordering tot levering ener ondeelbare zaak die aan meerdere erfgenamen toevalt', in: *Samenleven, samenwerken (Henriquez-bundel)*, Deventer: Kluwer 1983, p. 207 e.v.

42 Asser/Van Mierlo 2016, nr. 56; Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2012, nr. 750 en Stein, GS aantekeningen vermogensrecht, aant. 3.1.2 bij art. 3:230 BW.

43 Van Mierlo en Steneker menen eveneens dat het zekerheidsrecht níet op grond van de ondeelbaarheid gezamenlijk aan de erfgenamen toekomt, maar ze geven geen argument voor het feit dat het zekerheidsrecht gezamenlijk aan de erfgenamen toekomt. Zie Asser/Van Mierlo 2016, nr. 56 en Steneker 2012, nr. 17.

algemene titel. De gevolgen hiervan zijn dezelfde als bij de opvolging onder algemene titel van natuurlijke personen.

In de hierboven genoemde gevallen zal het probleem van de verdeling van de gemeenschappelijke vordering zich niet snel voordoen. De erfgenamen van de schuldeiser zullen de verzekerde vordering waarschijnlijk niet onderling verdelen, maar deze bij de boedelverdeling aan één van hen toedelen.[44] Deze erfgenaam verkrijgt door de boedelscheiding dan niet alleen de vordering, maar ook het daaraan verbonden zekerheidsrecht.[45] Er is kortom één vorderingsrecht en één zekerheidsrecht waartoe slechts één schuldeiser gerechtigd is. De vraag naar de gevolgen van de verdeling van een verzekerde vordering rijst daarentegen wel in gevallen waarin een deel van de verzekerde vordering of vorderingen overgaat op een derde. Verschillende rechtsfiguren zijn hierbij denkbaar, zoals de partiële cessie van een verzekerde vordering, gedeeltelijke subrogatie in een verzekerde vordering en cessie van een vordering bij een bankhypotheek.[46] De vraag naar de gevolgen voor het zekerheidsrecht in dergelijke gevallen wordt vaak besproken bij de rechtsfiguur van de partiële cessie van een verzekerde vordering.[47]

Wanneer een verzekerde vordering wordt gecedeerd is het vaststaand recht dat het zekerheidsrecht van rechtswege overgaat op de cessionaris.[48] Er wordt regelmatig de vraag opgeworpen wat rechtens is ten aanzien van het zekerheidsrecht wanneer de verzekerde vordering niet volledig wordt gecedeerd, maar slechts *een gedeelte van de verzekerde vordering*. Sinds het arrest Sanders/Daumiller (HR 19 februari 1960, *NJ* 1960/178) staat vast dat door partiële cessie twee afzonderlijke vorderingen ontstaan, die zich tot de oorspronkelijke vordering niet verhouden als gedeelten van één inschuld. Hoewel de vordering zich opsplitst in twee vorderingen behouden deze twee nieuwe vorderingen wel de identiteit van de oorspronkelijke vordering.[49]

Ten aanzien van het lot van het zekerheidsrecht vallen er verschillende opvattingen te onderscheiden. In § 7.1 is al gerefereerd aan de twee opvattingen die in dit geval diametraal tegenover elkaar staan. De heersende leer is dat het zekerheidsrecht niet wordt verdeeld, wanneer men de verzekerde

44 Natuurlijk op een zodanige wijze dat de andere erfgenamen worden gecompenseerd voor het feit dat zij na de verdeling niet meer gerechtigd zijn tot (de opbrengst van) de vordering.

45 Dezelfde oplossing werd al in het Romeinse recht gehanteerd. Zie D. 10,2,3 en D. 20,5,14.

46 Zie Steneker 2012, nr. 6 voor een bespreking van deze gevallen. Zie voor de 'bankhypotheek' L. Timmerman, 'Bankhypotheek en afhankelijkheid' in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 409-424. Zie voor gedeeltelijke subrogatie in een verzekerde vordering Steneker 2012, nr. 6.

47 Biemans 2011, nr. 220, 225 en 671; Rongen 2012, nr. 1050; Tweehuysen 2014, p. 293 en Verhagen & Rongen 2000, p. 137-147.

48 Art. 3:82 en art. 6:142 BW.

49 Steneker 2012, nr. 6.

vordering verdeelt tussen verschillende schuldeisers.[50] Er blijft met andere woorden één zekerheidsrecht bestaan dat gemeenschappelijk toekomt aan de verschillende schuldeisers. Deze opvatting sluit goed aan bij de tekst van artikel 3:230 BW, waarin uitdrukkelijk is bepaald dat het *recht* van pand- en hypotheek ondeelbaar is 'zelfs dan wanneer de verbintenis waarvoor het recht is gevestigd, twee of meer schuldeisers of schuldenaars heeft en de verbintenis tussen hen wordt verdeeld'. Bovendien is deze opvatting verenigbaar met de hier voorgestane leer van de *ondeelbaarheid van de pandaflossing* die inhoudt dat het zekerheidsrecht op het gehele onderpand blijft rusten totdat de gehele verbintenis is voldaan tot zekerheid waarvan het zekerheidsrecht is gevestigd. Deze regel heeft, zoals hierboven is besproken, tot gevolg dat het zekerheidsrecht voor elk deel van de verzekerde vordering op het gehele onderpand kan worden uitgeoefend. Wanneer men deze regel toepast op het geval waarin de verzekerde vordering wordt verdeeld dan brengt dit mee dat het het gehele onderpand bezwaard blijft totdat elke vordering is voldaan die is ontstaan uit de verdeling van de verzekerde vordering. De vorderingen die zijn ontstaan uit de verdeling moeten namelijk worden gezien als delen van de oorspronkelijke verzekerde vordering. Wanneer de vordering van één van de schuldeisers wordt betaald, dan blijft het zekerheidsrecht op het gehele onderpand rusten tot zekerheid van de resterende vorderingen.

> In artikel 1206 OBW werd deze regel als volgt uitgedrukt: 'Wederkeerig mag de erfgenaam van den schuldeischer, die zijn aandeel in de schuld ontvangen heeft, het pand niet terug geven ten nadeele van diegenen zijner mede-erfgenamen die niet betaald zijn'. In artikel 1206 OBW was de ondeelbaarheid van het *vuistpand* gecodificeerd. Het vuistpandrecht ging teniet wanneer het onderpand werd teruggegeven aan de schuldenaar, vandaar dat in artikel 1206 OBW uitdrukkelijk werd bepaald dat de erfgenaam van de schuldeiser die betaald was níet het vuistpand mocht teruggeven aan de schuldenaar wanneer één van zijn mede-erfgenamen nog niet was betaald, omdat dit tot gevolg zou hebben dat het vuistpandrecht teniet ging. Hieruit kan worden afgeleid dat het vuistpandrecht strekte tot zekerheid van de vorderingen van alle erfgenamen.

Er wordt algemeen aangenomen dat het gehele onderpand bezwaard blijft tot zekerheid van elk deel van de oorspronkelijke verbintenis en dus bezwaard blijft tot zekerheid van alle vorderingen die uit de oorspronkelijke verbintenis zijn ontstaan. Uit het volgende voorbeeld blijkt goed wat dit meebrengt:

> 'Stel A en B zijn de gezamenlijke gerechtigden tot een vordering van € 10.000 op C, waarvoor C tien toondereffecten van één en dezelfde soort in pand heeft gegeven.

50 Asser/Van Mierlo 2016, nr. 56; Biemans 2011, nr. 220 en 225; Booms 2015, nr. 3; Scheffers 1999, p. 6; Snijders/Rank-Berenschot 2017, nr. 522; Steneker 2012, nr. 6; Storm 2007, p. 213-214; Timmerman 2002, p. 416-417 en Van 't Westeinde 1999, p. 689. Onduidelijk Huijgen: 'De ondeelbaarheid van de hypotheek doet zich dan gevoelen.' Zie Huijgen 2016, nr. 22.

> Stel vervolgens, dat A en B de vordering verdelen in dien zin, dat A € 6.000 daarvan verkrijgt en B € 4.000, dan brengt de bepaling [nl. art. 3:230 BW] mee, dat zij nog steeds gezamenlijk de totaliteit van de tien effecten in pand hebben, niet A 6/10 in die totaliteit en B 4/10 en nog minder A pandrecht op zes en B pandrecht op vier dier effecten.'[51]

De meningen lopen echter uiteen ten aanzien van de vraag hoeveel zekerheidsrechten er in een dergelijk geval zijn. De opvatting dat het zekerheidsrecht ondanks deling van de verzekerde vordering onverdeeld blijft wordt namelijk bestreden.[52] Er is een aantal auteurs dat van mening is dat het pand- en hypotheekrecht wél wordt verdeeld wanneer men de verzekerde vordering verdeelt én indien partijen niet anders zijn overeengekomen.[53] De gedachte is dat de cedent en cessionaris zelf het lot van het zekerheidsrecht kunnen bepalen. Zo zouden zij bijvoorbeeld kunnen overeenkomen dat de cessionaris niet slechts een gedeelte van het hypotheekrecht verkrijgt, maar het gehele hypotheekrecht. Als de cedent en cessionaris bij de partiële cessie niets uitdrukkelijk zijn overeengekomen ten aanzien van het zekerheidsrecht dient te worden uitgegaan van een splitsing van het hypotheekrecht.[54] In dat geval heeft dus zowel de cedent als de cessionaris een afzonderlijk zekerheidsrecht op het gehele onderpand. In deze opvatting wordt het zekerheidsrecht door de deling van de vordering vermenigvuldigd en zijn er evenveel zekerheidsrechten als vorderingen. In het voorbeeld heeft zowel A als B een zekerheidsrecht: A heeft een zekerheidsrecht op de tien effecten tot verhaal van zijn vordering van € 6.000 en B heeft een zekerheidsrecht op dezelfde tien effecten tot verhaal van zijn vordering van € 4.000. Deze vermenigvuldiging van het zekerheidsrecht acht men niet in strijd met de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Volgens deze auteurs brengt de ondeelbaarheid namelijk slechts mee dat het gehele onderpand strekt tot zekerheid van elk deel van de vordering. De ondeelbaarheid heeft volgens hen daarentegen geen betrekking op het *recht* van pand en hypotheek. Deze rechten zijn volgens hen wel deelbaar.

> Molenaar lijkt deze opvatting zelfs te baseren op de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Hij stelt dat wanneer een schuldeiser 'gerechtigd is zijn deel in de gezamenlijke vordering op te eisen of zijn vordering onafhankelijk van de gerechtigde(n) tot de andere vordering(en) op te eisen' hij ook gerechtigd is de rechten uit het zekerheidsrecht uit te oefenen, *omdat* het pand- en hypotheekrecht

51 Het (aangepaste) voorbeeld is ontleend aan Molenaar, zie Molenaar 1999, nr. 14.

52 De Parlementaire Geschiedenis biedt geen uitkomst in deze discussie. Er wordt slechts vermeld dat bij een gedeeltelijk overgang van het vorderingsrecht de in art. 6:142 lid 1 Bw genoemde rechten en voorrechten 'voor hetzelfde breukdeel' mee overgaan, zie PG Boek 6, p. 528.

53 Rongen 2012, nr. 1052 en Verhagen & Rongen 2000, p. 146. Onder het Oud Burgerlijk Wetboek werd dit reeds verdedigd door Suijling, zie Suijling V, nr. 473.

54 Verhagen & Rongen 2000, p. 146-147.

ondeelbaar zijn.[55] Molenaar laat in het midden hoeveel zekerheidsrechten er in dergelijke gevallen zijn, maar deze opvatting komt er op neer dat iedere schuldeiser een zekerheidsrecht heeft en dat er net zoveel zekerheidsrechten zijn als (zelfstandige) vorderingen.[56]

De opvatting dat er verschillende zekerheidsrechten bij verdeling van de verzekerde vordering ontstaan heeft verschillende consequenties. Ten eerste worden er in dit geval zekerheidsrechten gecreëerd die er eerst niet waren. In het voorbeeld was er één zekerheidsrecht voor A en B gezamenlijk, maar na verdeling van de vordering tussen A en B zijn er twee zekerheidsrechten. De schuldenaar kan dus worden geconfronteerd met twee zekerheidsrechten, terwijl hij zelf slechts één zekerheidsrecht had gevestigd. Bovendien zijn de zekerheidsrechten van *gelijke rang*.[57] Ze zijn immers ontstaan uit een en hetzelfde zekerheidsrecht. Wanneer een van de schuldeisers overgaat tot executie gaat het zekerheidsrecht van de andere schuldeiser teniet. Iedere schuldeiser is desondanks gerechtigd over te gaan tot executie van het gehele onderpand, want iedere schuldeiser heeft immers een zekerheidsrecht op het gehele onderpand. De gevolgen van deze opvatting laten zich goed illustreren aan de hand van het geval waarin één van de schuldeisers overgaat tot executie van het onderpand. Wanneer A tot verhaal van zijn vordering van € 6.000 alle effecten executeert en € 10.000 aan opbrengst verkrijgt, dan kan de schuldenaar C € 4.000 als overschot opeisen. De andere schuldeiser, in casu B, heeft in dat geval slechts nog een onverzekerde vordering van € 4.000 op schuldenaar C. B heeft geen vordering op A, want er is geen enkele rechtsverhouding tussen hen. Deze situatie is voor schuldenaar C ook bezwaarlijk. Hij heeft nu een onverzekerde vordering voor het overschot van de executieopbrengst op A en hij kan nog steeds worden geconfronteerd met een vordering van B.

De gedachte dat er verschillende zekerheidsrechten ontstaan bij verdeling van de verzekerde vordering kan rijzen op grond van de gedachte dat men elk deel van de vordering op het gehele onderpand kan verhalen. Men zou uit deze regel kunnen afleiden dat elke vordering die ontstaat uit de verdeling van een verzekerde vordering wordt verzekerd door een eigen zekerheidsrecht. De regel dat het zekerheidsrecht op het gehele onderpand kan worden uitgeoefend voor elk deel van de vordering heeft echter betrekking op het feit dat de *zekerheidsnemer* nog steeds het zekerheidsrecht op het gehele onderpand kan uitoefenen, wanneer al een deel van de verzekerde vordering door de schuldenaar is betaald. Deze regel ziet, met andere woorden, op de verhouding tussen de zekerheidsnemer en de zekerheidsgever. Hij behelst níet dat er voor elk deel van de verzekerde vordering een zekerheidsrecht is: er is één zeker-

55 Molenaar 1999, nr. 14.

56 Vgl. Van Mierlo die stelt dat Molenaar de regeling van de gemeenschap hiermee miskent, zie Asser/Van Mierlo 2016, nr. 56.

57 Rongen 2012, nr. 1057.

heidsrecht tot verhaal van één vordering. Dat geldt in de verhouding tussen de zekerheidsnemer en de zekerheidsgever, maar dit geldt ook als het aantal schuldeisers in de zekerheidsverhouding wordt uitgebreid doordat de verzekerde vordering wordt verdeeld. Wanneer het aantal schuldeisers wordt uitgebreid is er nog steeds één zekerheidsrecht waartoe de verschillende schuldeisers gezamenlijk zijn gerechtigd, nu ter verzekering van verschillende vorderingen. Slechts op deze wijze kan worden gegarandeerd dat het zekerheidsrecht elk deel van de oorspronkelijke verbintenis verzekert. Wanneer namelijk een van de deelgenoten in het gemeenschappelijke zekerheidsrecht wordt betaald, dan gaat zijn aandeel in het zekerheidsrecht teniet en neemt het aandeel in het zekerheidsrecht van de andere schuldeisers toe. Het gehele onderpand strekt dan met andere woorden tot zekerheid van de resterende vorderingen.

De partijen die bij de verdeling van een zekerheidsrecht zijn betrokken, zoals verschillende schuldeisers of een cedent en een cessionaris, kunnen wel afspraken maken over de uitoefening van het zekerheidsrecht. Dergelijke afspraken raken echter niet het zekerheidsrecht zelf, maar moeten worden gekwalificeerd als afspraken met betrekking tot de gemeenschap waarin het zekerheidsrecht valt. Wanneer bijvoorbeeld wordt overeengekomen dat slechts de cessionaris het zekerheidsrecht mag uitoefenen, dan betekent dit niet dat het zekerheidsrecht niet meer strekt tot zekerheid van de vordering van de cedent. Slechts de partijen die de zekerheidsovereenkomst sluiten kunnen bepalen hoe het zekerheidsrecht wordt vormgegeven; door een overeenkomst tussen de schuldeisers onderling of door een schuldeiser met een derde, bijvoorbeeld een cessionaris, kunnen geen nieuwe zekerheidsrechten ten aanzien van de schuldenaar tot stand komen. De conclusie is derhalve dat partiële cessie en andere wijzen van verdeling van een verzekerde vordering tussen verschillende schuldeisers niets veranderen aan het zekerheidsrecht: er blijft één zekerheidsrecht dat strekt tot zekerheid van verschillende vorderingen van verschillende schuldeisers.

7.6 Het keuzerecht van de zekerheidsnemer

In het Nederlandse recht is de gedachte dat pand- en hypotheekhouders *op grond van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht* een keuzerecht hebben wijdverbreid.[58] Deze gedachte heeft pas recent, namelijk na de invoering van de Code civil in 1804, ingang gevonden. Voordien had de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht slechts betrekking op de regel dat het gehele onderpand bezwaard bleef, zolang nog niet de gehele schuld was voldaan.

58 Asser/Van Mierlo 2016, nr. 56; Gerver 2001, p. 13; Molenaar 1999, nr. 14; Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2012, nr. 750; Snijders/Rank-Berenschot 2017, nr. 522; Verstijlen 2013, nr. 14; Tweehuysen 2016, p. 184.

In deze paragraaf zal worden onderzocht of uit de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht inderdaad een keuzerecht voor de zekerheidsnemer voortvloeit.

Eerst zal dan moeten worden vastgesteld wanneer de vraag rijst of de zekerheidsnemer een keuzerecht heeft. Er is vanzelfsprekend geen keuzemogelijkheid als er slechts één goed is bezwaard; de zekerheidsnemer zal zich bij wanprestatie van de schuldenaar op dat ene bezwaarde goed moeten verhalen. Er is pas een keuze mogelijk wanneer er verschillende goederen zijn bezwaard. Bovendien moeten die goederen zijn bezwaard tot zekerheid van één verbintenis. In het geval waarin een schuldeiser verschillende vorderingen heeft die ieder zijn verzekerd door een afzonderlijk zekerheidsrecht op een enkel goed doet de vraag naar het keuzerecht zich niet voor. De schuldeiser kan zich ook in dat geval slechts op een enkel goed verhalen. Slechts in het geval waarin *verschillende goederen tot zekerheid van dezelfde schuld zijn bezwaard* rijst de vraag of de zekerheidsnemer een keuzerecht heeft. De volgende vraag die dan rijst is wat een keuzerecht inhoudt. Er worden verschillende mogelijkheden voor de zekerheidsnemer aangegeven. De zekerheidsnemer zou tot verhaal van zijn vordering alle bezwaarde goederen kunnen uitwinnen, ofwel een aantal goederen ofwel een bepaald goed. Daarnaast zou hij ook een deel van zijn vordering kunnen verhalen op goed A en een ander deel van zijn vordering op een later moment op goed B.[59]

Er dienen twee gevallen te worden onderscheiden voor de bespreking van het keuzerecht. Ten eerste het geval waarin slechts de goederen van de schuldenaar zijn bezwaard en ten tweede het geval waarin naast goederen van de schuldenaar ook goederen van derden zijn bezwaard. Het laatste geval zal als eerste worden besproken.

Als zowel goederen van derden, als van de schuldenaar zijn bezwaard wordt er een inbreuk gemaakt op het keuzerecht van de zekerheidsnemer door het voorrecht van uitwinning zoals dat is gecodificeerd in artikel 3:234 BW. Derden die een zakelijk recht hebben op een goed dat de zekerheidsnemer wil uitwinnen, kunnen verzoeken dat bij de executie ook de goederen van de schuldenaar worden inbegrepen en dat deze goederen als eerste worden verkocht. De zekerheidsnemer kan in het Nederlandse recht dus niet altijd kiezen welk bezwaard goed hij wil uitwinnen.[60] Er wordt daarom vaak gesteld dat artikel 3:234 BW een inbreuk maakt op het 'beginsel van ondeelbaarheid'.[61] Dit is echter alléén het geval als men aanneemt dat de ondeelbaarheid meebrengt dat de zekerheidsnemer vrij kan kiezen uit de bezwaarde goederen. Zoals eerder is vastgesteld ziet de ondeelbaarheid echter op de ondeelbaarheid

59 Gerver 2001, p. 13 en Tweehuysen 2016, p. 184.

60 Zoals de zekerheidsnemer in Duitsland dat bijvoorbeeld wel kan, omdat geen enkele derde daar een voorrecht van uitwinning kan inroepen. Zie voor het Duitse recht § 7.7.

61 Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2012, nr. 750.

van de aflossing van het zekerheidsrecht. De ondeelbaarheid van de aflossing houdt in dat het gehele onderpand bezwaard blijft zolang nog niet de gehele verzekerde schuld is voldaan. Dit geldt ook in het geval een derde met succes het voorrecht van uitwinning inroept. Diens goederen blijven namelijk bezwaard zolang nog niet de gehele vordering van de zekerheidsnemer is voldaan. Dit blijkt uit het feit dat de zekerheidsnemer nogmaals tot executie mag overgaan wanneer de goederen van de schuldenaar niet voldoende hebben opgebracht. Uit dit geval blijkt dus opnieuw dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht ziet op de ondeelbaarheid van de pandaflossing.

Als slechts goederen van de schuldenaar zijn bezwaard lijkt de zekerheidsnemer a priori wel een keuzerecht te hebben: de schuldenaar kan immers niet zelf een volgorde van uitwinning bepalen, noch kan de schuldenaar met succes vorderen dat de schuldeiser zijn verhaal verdeelt over de verschillende bezwaarde goederen. Het keuzerecht van de zekerheidsnemer is echter ook in dat geval niet onbeperkt. Ten eerste dient de zekerheidsnemer bij de uitwinning rekening te houden met de belangen van de schuldenaar.[62] Hij dient zijn zekerheidsrecht met andere woorden te goeder trouw uit te oefenen. Dit brengt mee dat hij geen misbruik mag maken van zijn zekerheidsrecht. Een wijze van uitwinning die enkel tot doel heeft de schuldenaar te benadelen en waarbij de zekerheidsnemer geen belang heeft, zal leiden tot aansprakelijkheid van de zekerheidsnemer op grond van misbruik van recht. Daarnaast zijn ook er regels van executierecht die de vrije keuze van de zekerheidsnemer inperken. De executerende hypotheekhouder is bijvoorbeeld op grond van artikel 546 juncto artikel 522 Rv niet gerechtigd alle goederen te executeren als tijdens de executie blijkt dat de opbrengst van de reeds geëxecuteerde goederen voldoende is om zijn vordering te voldoen. De zekerheidsnemer dient de executie in dit geval te staken. Hetzelfde geldt op grond van artikel 470 lid 1 Rv voor de pandhouder die overgaat tot executie van verschillende roerende zaken. De stelling dat de zekerheidsnemer naar eigen inzicht tot verhaal van zijn vordering alle bezwaarde goederen mag executeren is dus niet vol te houden.

De ondeelbaarheid zou ook meebrengen dat de schuldeiser het verhaal van zijn verzekerde vordering kan verdelen over de verschillende bezwaarde goederen. De zekerheidsnemer kan eerst een deel van de vordering verhalen op het ene goed om vervolgens het resterende deel te verhalen op een ander goed. Gerver geeft het volgende voorbeeld:

> 'Ter verduidelijking: wie € 100.000 heeft geleend en tot zekerheid voor de terugbetaling ervan drie huizen als hypothecair onderpand heeft gekregen kan bij wanbetaling het eerste huis uitwinnen en als dit niet voldoende opbrengt het tweede en zo vervolgens. Ook mag hij in één keer de drie huizen uitwinnen. Zelfs mag hij

62 Vgl. Verstijlen 2013, nr. 14.

het ene huis uitwinnen voor € 25.000 in een later stadium het tweede voor € 10.000 en het derde voor € 65.000.'[63]

Ook anderen stellen dat de zekerheidsnemer kan kiezen welk deel van de vordering hij op welk bezwaard goed verhaalt.[64] Dit recht gaat nog verder dan het recht van de zekerheidsnemer om te kiezen welk goed of welke goederen hij wil *uitwinnen*. De zekerheidsnemer heeft volgens deze auteurs – als wij hen goed begrijpen – namelijk ook het recht te bepalen op welke wijze hij zijn verzekerde vordering met de executieopbrengst verrekent. Dit ziet met andere woorden op een keuzerecht na executie ten aanzien van de executieopbrengst van een bezwaard goed. De zekerheidsnemer kan naar believen de executieopbrengst aanwenden om zijn gehele vordering te verhalen, maar hij kan ook slechts een gedeelte van zijn vordering op de executieopbrengst verhalen. Afgezien van het feit dat deze gang van zaken in de praktijk waarschijnlijk weinig voorkomt, lijkt het mij niet mogelijk dat de zekerheidsnemer slechts een gedeelte van de executieopbrengst aanneemt. Indien de executie van een bezwaard goed voldoende oplevert om de verzekerde vordering te voldoen is de schuldeiser niet gerechtigd zich slechts gedeeltelijk op de opbrengst te verhalen. Als de zekerheidsnemer de executieopbrengst (gedeeltelijk) weigert is hij namelijk in schuldeisersverzuim. De schuldeiser kan dus ook niet zelf zijn vordering verdelen over de bezwaarde goederen. Het recht van de zekerheidsnemer strekt niet zover dat hij kan bepalen hoe de executieopbrengst van een bepaald goed wordt aangewend.[65] Indien hij een zekerheidsrecht heeft op een goed dat wordt uitgewonnen kan *en moet* hij met andere woorden voor zover mogelijk zijn gehele vordering op de opbrengst verhalen. Dat is in overeenstemming met het doel van het zekerheidsrecht en de belangen van de betrokken partijen.

Naar huidig Nederlands recht valt gezien het voorgaande niet vol te houden dat de zekerheidsnemer een onbeperkt keuzerecht heeft wanneer verschillende goederen tot zekerheid van dezelfde vordering zijn bezwaard. De conclusie dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht ziet op de regel dat het gehele onderpand bezwaard blijft, zolang nog niet de gehele schuld is voldaan, kan echter wel worden gehandhaafd. Dit aspect van de ondeelbaarheid is veel fundamenteler dan het zogenoemde keuzerecht van de zekerheidsnemer. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat de zekerheidsnemer nadat het voorrecht van uitwinning is ingeroepen, nogmaals mag executeren wanneer de opbrengst van de goederen onder de schuldenaar niet voldoende blijkt te zijn. De andere grenzen aan het keuzerecht van de zekerheidsnemer,

63 Gerver 2001, p. 13 (voorbeeld enigszins aangepast).
64 Molenaar 1999, nr. 14 en Tweehuysen 2016, p. 184.
65 Opnieuw geldt dat het Duitse recht op dit punt afwijkt van het Nederlandse recht door *wel* een beschikkingsrecht over de executieopbrengst toe te kennen aan de zekerheidsnemer. Zie § 7.7 voor een fraai voorbeeld van de gevolgen van een dergelijke regeling.

zoals de staking van de executie en de uitoefening binnen de grenzen van de redelijkheid en billijkheid, maken ook geen inbreuk op de ondeelbaarheid van de pandaflossing. In alle gevallen blijft het gehele onderpand bezwaard totdat de laatste cent van de verzekerde vordering is voldaan. Dit is in overeenstemming met het karakter van het zekerheidsrecht. Het doel is dat de zekerheidsnemer zijn gehele vordering betaald krijgt. Om dat doel te bereiken kan hij zich op het gehele onderpand verhalen. De zekerheidsnemer heeft er echter geen belang bij te bepalen op welke wijze de vordering op de opbrengst van het onderpand wordt verhaald. Zijn recht strekt dan ook niet zover dat hij dit kan bepalen.

7.7 Excurs: de leer van de 'ongedeelde verhaalsaansprakelijkheid van het onderpand' in het Duitse recht

Er wordt soms betoogd dat er in het Nederlandse recht geen sprake is van ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht, maar van een 'ongedeelde verhaalsaansprakelijkheid' van verpande en verhypothekeerde goederen.[66] In de literatuur onder het Oud Burgerlijk Wetboek werd de term 'ongedeelde verhaalsaansprakelijkheid' niet gebruikt in verband met het pand- en hypotheekrecht. De leer van de 'ongedeelde verhaalsaansprakelijkheid' is pas recent geïntroduceerd en is overgenomen uit het Duitse recht, waar zij bekend staat als de 'ungeteilte Pfandhaftung'.[67] In deze paragraaf zal worden aangetoond dat wij dit leerstuk niet behoren over te nemen. Hij past niet binnen het Nederlandse systeem van de goederenrechtelijke zekerheidsrechten dat op Romeins-Franse leest is geschoeid. Ter adstructie van deze stelling volgt hier een – korte – uiteenzetting over het Duitse recht ten aanzien van dit onderwerp. De hiernavolgende beschouwing is voor het Duitse recht vooral van theoretisch belang, aangezien in de Duitse financieringspraktijk de rechten van vuistpand en hypotheek niet veel worden gebruikt. Men maakt hoofdzakelijk gebruik van de eigendomsoverdracht ten titel van zekerheid bij roerende goederen en de 'Grundschuld' bij onroerende goederen. Desalniettemin is het verhelderend om het Duitse systeem van de beperkte, accessoire zekerheidsrechten te contrasteren met het Nederlandse recht.

66 Tweehuysen gebruikt deze uitdrukking met zoveel woorden. Zij verwijst naar andere auteurs die ook het leerstuk van de ongedeelde verhaalsaansprakelijkheid zouden voorstaan. Zie Tweehuysen 2014, p. 302 en Tweehuysen 2016, p. 184, 187 en 190.

67 Tweehuysen, t.a.p.

De Duitse 'Gesamthypothek'

De ontwerpers van het BGB hebben de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht níet uitdrukkelijk opgenomen in het BGB.[68] Zij kennen daarentegen wel het beginsel van de 'ungeteilte Pfandhaftung' dat als 'algemeines pfandrechtliches Prinzip' aan verschillende bepalingen in het BGB ten grondslag ligt. 'Pfand' moet in deze uitdrukking worden geïnterpreteerd als een niet-wettelijke term voor beperkte zekerheidsrechten in het algemeen, op dezelfde wijze als de term 'Pfand' wordt gebruikt in de uitdrukking 'Gesamtgrundpfand'.[69] 'Haftung' is oorspronkelijk een begrip dat in contrast staat met 'Schuld'. Er kan sprake zijn van een 'Haftung', zonder dat er sprake is van een persoonlijke schuld.[70] In het Nederlandse recht spreekt men dan van 'verhaalsaansprakelijkheid'. De Duitse uitdrukking 'ungeteilte Pfandhaftung' kan derhalve worden vertaald als de 'ongedeelde verhaalsaansprakelijkheid van het onderpand'. Het leerstuk van de 'ungeteilte Pfandhaftung' laat zich echter niet goed vergelijken met het Nederlandse leerstuk van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Dit kan worden verduidelijkt aan de hand van de rechtsfiguur van de 'Gesamthypothek'.[71] De 'Gesamthypothek' is een rechtsfiguur waarbij tot zekerheid van één vordering een hypotheek op verschillende goederen is gevestigd:

> '(1) Besteht für die Forderung eine Hypothek an mehreren Grundstücken (Gesamthypothek), so haftet jedes Grundstück für die ganze Forderung. Der Gläubiger kann die Befriedigung nach seinem Belieben aus jedem der Grundstücke ganz oder zu einem Teil suchen.
> (2) Der Gläubiger ist berechtigt, den Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke in der Weise zu verteilen, dass jedes Grundstück nur für den zugeteilten Betrag haftet. Auf die Verteilung finden die Vorschriften der §§ 875, 876, 878 entsprechende Anwendung.'[72]

---

68 Men vond het leerstuk van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht niet in een burgerlijk wetboek thuishoren, maar in een leerboek. Zie de Protokolle, dl. III, p. 450.

69 Op onroerend goed kan in het Duitse recht geen pandrecht rusten. Het 'Grundpfandrecht' is dus geen 'Pfandrecht' in de wettelijke zin (wat in Duitsland een vuistpandrecht is, zie § 1204 e.v. BGB); de term 'Pfandrecht' wordt hier gebruikt in de meer algemene betekenis van 'beperkt zekerheidsrecht' en heeft dus zowel betrekking op het hypotheekrecht als het pandrecht, zie Staudinger/Wolfsteiner 2015, § 1113, rn. 1.

70 Vgl. Asser/Scholten 1945, p. 459.

71 Tweehuysen stelt dat de rechtsregels die gelden voor de 'Gesamthypothek' in het Nederlandse recht volgen uit de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Zie Tweehuysen 2014, p. 301.

72 § 1132 BGB. Het BGB bevat nog een aantal bepalingen waarin de rechtsgevolgen van de 'Gesamthypothek' nader zijn uitgewerkt. § 1132 BGB bevat echter de kern van deze rechtsfiguur. Dezelfde constructie kende onder het gemene recht verschillende namen, zoals 'Korrealhypothek', 'Solidarhypothek' en 'Verbundhypothek', zie Staudinger/Wolfsteiner 2015, § 1132, rn. 1 en Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', p. 485. In het Oostenrijkse Grundbuchgesetz (1955) wordt deze hypotheek in § 15 'Simulthanhypothek' genoemd.

Het is kenmerkend voor de 'Gesamthypothek' dat de gehele vordering op elk onroerend goed kan worden verhaald en dat de hypotheekhouder kan kiezen op welk goed hij zijn vordering verhaalt. Het verzekerde bedrag komt de schuldeiser echter slechts één keer toe. Om dit bedrag te verkrijgen is de hypotheekhouder wel gerechtigd zich 'nach seinem Belieben' op ieder bezwaard goed voor zijn gehele vordering of een deel van zijn vordering te verhalen (§ 1132 I 2 BGB). Hij kan met andere woorden zelf bepalen op welke wijze hij de bezwaarde goederen uitwint. Hij is gerechtigd alle bezwaarde goederen tegelijk uit te winnen, of een van de goederen, of een aantal goederen (maar niet allemaal), of hij kan één goed uitwinnen voor een deel van het verzekerde bedrag.[73] Het Duitse recht gaat nog verder. De hypotheekhouder kan zijn keuzerecht zelfs uitoefenen *nadat* de executoriale verkoop heeft plaats gevonden. De reden dat dit in het Duitse recht – ondanks de vergaande consequenties – mogelijk wordt geacht, ligt in de zaaksvervanging die plaats vindt bij uitwinning van verhypothekeerde goederen. Na de toekenning bij de executie gaat het zekerheidsrecht op het geveilde goed teniet. De opbrengst van de goederen die door middel van een 'Zwangversteigerung' zijn verkocht treedt in de plaats van die goederen ('Surragationsprinzip').[74] Het keuzerecht geldt dus niet alleen ten aanzien van de bezwaarde goederen, maar eveneens ten aanzien van de executieopbrengst van die goederen. Dit heeft tot gevolg dat de zekerheidsnemer naar eigen inzicht kan beschikken over de executieopbrengst. Een treffend voorbeeld hiervan biedt een uitspraak van het Oberlandesgericht Köln van 29 april 1958.[75] A had een 'Gesamthypothek' van 40.000 Deutsche Mark op onroerende goederen van B, C en D. Nadat al de bezwaarde goederen waren geëxecuteerd en aan veilingkoper E waren toegewezen (de 'Zuschlag'), oefende zekerheidsnemer A zijn keuzerecht uit. De zekerheidsnemer koos ervoor om zijn vordering volledig te verhalen op het goed van B. B droeg dus de volledige last van de 'Gesamthypothek', zonder dat hij regres kon nemen op C en D. Dit arrest laat goed zien dat het Duitse zekerhedenrecht op hele andere uitgangspunten is gebaseerd dan het Nederlandse pand- en hypotheekrecht.

Het verhaal van de zekerheidsnemer is in het Duitse recht bovendien nog op een andere wijze 'ongedeeld'. Het BGB kent namelijk geen voorrecht van uitwinning, zoals de meeste 'Partikularrechten' die voor de totstandkoming van het BGB van kracht waren dit nog wel kenden. De invoering van een voorrecht van uitwinning is na lang beraad door de ontwerpers niet opgenomen in het BGB. Dit uitgangspunt van het BGB bewerkstelligt dat ook bezwaarde goederen van derden voor de gehele schuld uitwinbaar zijn en dat de zekerheidsnemer dus een onbeperkt keuzerecht heeft. In het Nederlandse recht heeft de zekerheidsnemer geen onbeperkt keuzerecht, zoals in § 7.6 is beschreven.

---

73 Baur/Stürner 2009, § 36, nr. 127; Staudinger/Wolfsteiner 2015, § 1132, rn. 50.
74 Staudinger/Wolfsteiner 2015, § 1147, rn. 86 en § 1113, rn. 211.
75 KTS 1958, 155.

Er wordt dan gewezen op het feit dat de zekerheidsnemer in het Duitse recht evenals in het Nederlandse recht zijn zekerheidsrecht moet uitoefenen binnen de grenzen van de rechtsfiguur 'misbruik van recht' ('unzulässige Rechtsausübung'.[76] Dit rechtsmiddel biedt echter weinig soelaas aan derden die worden aangesproken door de zekerheidsnemer. Het inroepen van dit rechtsmiddel leidt voor de derde waarschijnlijk niet tot vergelijkbare resultaten als het inroepen van het voorrecht van uitwinning van artikel 3:234 BW in het Nederlandse recht. In het Duitse recht er is namelijk slechts sprake van misbruik van recht als de uitoefening van een recht slechts tot doel heeft de ander te schaden.[77] De benadeelde derde moet dus stellen en bewijzen dat de uitoefening van het zekerheidsrecht enkel tot doel had hem te schaden. Dit is een hoge drempel, temeer daar § 1132 BGB de hypotheekhouder uitdrukkelijk een keuzerecht geeft. De uitoefening van dit keuzerecht zal dus niet snel leiden tot misbruik van recht. In het Duitse recht kan dus ook om die reden zinvol over een 'ongedeelde verhaalsaansprakelijkheid' ('ungeteilte Pfandhaftung') worden gesproken, omdat elk deel van het onderpand voor een deel of het geheel van de verzekerde vordering kan worden uitgewonnen.

Het moge duidelijk zijn dat het Nederlandse recht een dergelijk leerstuk van de 'ongedeelde verhaalsaanspraakelijkheid van het onderpand' niet kent. In het Nederlandse recht moet de zekerheidsnemer in bepaalde gevallen namelijk wel zijn verhaal verdelen over de bezwaarde goederen, bijvoorbeeld wanneer een derde zich kan beroepen op het voorrecht van uitwinning. Bovendien heeft de pand- of hypotheekhouder naar Nederlands recht geen beschikkingsmacht over de executieopbrengst van het bezwaarde goed. De zekerheidsnemer kan dus niet naar eigen believen zijn vordering verhalen op de verschillende bezwaarde goederen.

7.8 Conclusie

De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is voor het huidige Nederlandse recht neergelegd in artikel 3:230 BW. Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt dat dit artikel een vervanging is van de artikelen 1206 en 1209 OBW. Een belangrijk uitgangspunt voor de interpretatie is dus dat de wetgever met artikel 3:230 BW hetzelfde heeft willen regelen als met artikel 1206 en 1209 OBW. Er zijn echter twee uitzonderingen op dit uitgangspunt. Ten eerste heeft de wetgever van het huidige Burgerlijk Wetboek niet meer bepaald dat de rechten van pand en hypotheek 'uit hun aard' ondeelbaar zijn. Hiermee lijkt de wetgever tegemoet gekomen te zijn aan de kritiek op artikel 1209 OBW waarin was bepaald dat het hypotheekrecht 'uit zijn aard' ondeelbaar was. Deze

76 Tweehuysen 2014, p. 302.

77 § 226 BGB Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.

uitdrukking werd algemeen afgewezen, omdat de ondeelbaarheid van regelend recht werd geacht. Voor het huidige recht wordt eveneens algemeen aangenomen dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht van regelend recht is. Een tweede uitzondering is dat artikel 3:230 BW ruimer is geformuleerd dan de corresponderende artikelen in het Oud Burgerlijk Wetboek. In het Oud Burgerlijk Wetboek was de ondeelbaarheid van toepassing wanneer de verzekerde verbintenis werd verdeeld tussen de erfgenamen van de schuldeiser of de erfgenamen van de schuldenaar. Deze erfrechtelijke context was uitdrukkelijk gecodificeerd in artikel 1206 OBW waarin de ondeelbaarheid van het vuistpandrecht was neergelegd. In artikel 3:230 BW wordt bepaald dat de rechten van pand en hypotheek ondeelbaar zijn wanneer de verzekerde verbintenis tussen twee of meer schuldeisers of schuldenaars wordt verdeeld. De wetgever heeft de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht blijkbaar in meer gevallen dan enkel de erfrechtelijke gevallen van toepassing willen laten zijn.

Hoewel deze uitgangspunten voor de interpretatie van artikel 3:230 BW kunnen worden vastgesteld wordt uit dit artikel niet duidelijk wat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht inhoudt. Het artikel stelt slechts *dat* de rechten van pand en hypotheek ondeelbaar zijn. Dit verklaart dat er verschillende opvattingen over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht bestaan. In dit hoofdstuk is daarom een systematische uiteenzetting van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht gegeven. In § 7.3 is onderzocht wat de ondeelbaarheid inhoudt in de verhouding tussen de schuldeiser en de schuldenaar. De ondeelbaarheid ziet daar op de regel dat het zekerheidsrecht op het gehele onderpand blijft rusten, totdat de gehele verzekerde vordering is betaald. Deze regel wordt algemeen aanvaard, maar er wordt zelden of nooit een verklaring voor gegeven. Er zijn verschillende verklaringen mogelijk waarom de omvang van het onderpand niet afneemt als een deel van de verzekerde schuld is betaald. Een verklaring van de regel is dat het niet mogelijk is om een deel van een goed als vuistpand achter te houden of een deel van een goed te executeren. Er zijn met andere woorden bepaalde beperkingen die samenhangen met de aard van het object waarop het zekerheidsrecht rust. Deze verklaring gaat echter slechts op als het zekerheidsrecht op een ondeelbare zaak rust, zoals in het geval van een hypotheekrecht op een huis. Het is geen afdoende verklaring wanneer het pand- of hypotheekrecht op een deelbare zaak of op verschillende ondeelbare zaken rust. Er wordt echter algemeen aangenomen dat de regel ook in die gevallen opgaat. Een andere verklaring is dat de schuldenaar op deze manier onder druk wordt gezet om de gehele schuld te betalen. Hoe groter de wanverhouding tussen de verzekerde schuld en het onderpand hoe groter de bereidwilligheid van de schuldenaar zal zijn om zijn schuld af te betalen. Dit effect is echter meer een gevolg van de regel dan dat het verklaart waarom de regel er is. De meest overtuigende verklaring is daarom eenvoudigweg dat de regel berust op de vermoede partijwil. De zekerheidsovereenkomst behelst dat de

schuldeiser het onderpand onder zich mag houden en eventueel executeren wanneer de schuldenaar zijn schuld niet betaalt. Een betaling van een deel van de schuld is geen betaling van de schuld en daarom blijft de zekerheidsverhouding in dat geval ongewijzigd in stand. Dit verklaart bovendien waarom de ondeelbaarheid van regelend recht is. Er bestaat overkoepelend niet zoiets als een 'goederenrechtelijk beginsel van ondeelbaarheid'. In alle gevallen waarin ondeelbaarheid een rol speelt hangt het af van wat partijen zijn overeengekomen.

De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is zo vanzelfsprekend in de verhouding tussen de schuldeiser en de schuldenaar dat zij nauwelijks uitleg en verklaring behoeft. Dit geldt echter niet voor de gevallen waarin er sprake is van verschillende schuldenaren of verschillende schuldeisers die bij dezelfde zekerheidsovereenkomst zijn betrokken. Een dergelijke pluraliteit van schuldenaren of schuldeisers bij de zekerheidsovereenkomst kan zich op verschillende manieren voordoen. Historisch gezien deden dergelijke situaties zich met name voor als de schuldeiser overleed met achterlating van verschillende erfgenamen of als de schuldenaar overleed met achterlating van verschillende erfgenamen. De verzekerde verbintenis werd in die gevallen verdeeld over de erfgenamen van de schuldeiser ofwel over de erfgenamen van de schuldenaar. In het laatste geval wordt in het Nederlandse recht nog steeds de verzekerde schuld naar verhouding van de erfdelen van rechtswege verdeeld over de erfgenamen van de schuldenaar. De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht behelst in dit geval dat het zekerheidsrecht op het gehele onderpand blijft rusten totdat alle schulden van de erfgenamen zijn voldaan. Men moet de afzonderlijke schulden van de erfgenamen zien als *delen van de oorspronkelijk verzekerde schuld*. Een betaling door een erfgenaam van zijn schuld moet met andere woorden worden gezien als een deelbetaling. Ook in dit geval blijft het zekerheidsrecht dus op het gehele onderpand rusten totdat de gehele oorspronkelijke, door de erflater verzekerde schuld is voldaan. Deze regel is gerechtvaardigd, omdat de rechtspositie van de schuldeiser niet behoort te worden veranderd door de opkomst van verschillende erfgenamen die de plaats van de schuldenaar innemen. Het goed blijft bezwaard tot zekerheid van de gehele verbintenis tot zekerheid waarvan het oorspronkelijk was bezwaard. De situatie dat er verschillende schuldenaren zijn kan nog worden gecompliceerd door het feit dat er verschillende goederen tot zekerheid van dezelfde schuld zijn bezwaard. Wanneer dit het geval is kan de schuldeiser op ieder goed de gehele vordering verhalen. Hij oefent zijn zekerheidsrecht altijd uit tot verhaal van zijn gehele vordering. De schuldeiser kan dus niet worden gedwongen zijn verhaal te verdelen over de verschillende bezwaarde goederen.

De situatie dat er verschillende schuldeisers betrokken zijn bij het zekerheidsrecht kan zich eveneens op verschillende manieren voordoen. Er kan reeds sprake zijn van een pluraliteit van schuldeisers bij de vestiging van het zekerheidsrecht, maar de pluraliteit van schuldeisers kan ook later ontstaan

doordat de schuldeiser overlijdt met achterlating van verschillende erfgenamen. De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht bewerkt in deze gevallen dat het zekerheidsrecht op het gehele onderpand blijft rusten totdat elke vordering is voldaan. De schuldeisers hebben een gemeenschappelijk zekerheidsrecht waarvoor de regels van de gemeenschap gelden. Deze onwenselijke situatie kan eenvoudig worden opgelost door de verzekerde vordering aan één schuldeiser toe te delen. Deze schuldeiser verkrijgt dan de gehele vordering en het daaraan verbonden zekerheidsrecht. In sommige gevallen wordt de verzekerde vordering echter verdeeld. De vraag wat er in dat geval gebeurt met het zekerheidsrecht wordt op verschillende manieren beantwoord. Een aantal auteurs meent dat het zekerheidsrecht ook kan worden verdeeld, in de zin dat iedere zelfstandige vordering die ontstaat uit een verdeling van de gemeenschappelijke vordering wordt verzekerd door een zekerheidsrecht. Deze opvatting moet echter worden afgewezen. Het zekerheidsrecht blijft onverdeeld wanneer de vordering wordt verdeeld tussen verschillende schuldeisers en blijft dus gemeenschappelijk toekomen aan de schuldeisers. Op deze wijze wordt gegarandeerd dat het zekerheidsrecht dient tot zekerheid van elk deel van de vordering tot zekerheid waarvan het zekerheidsrecht oorspronkelijk was gevestigd. De opvatting waarbij het zekerheidsrecht wordt vermenigvuldigd bij verdeling van de verzekerde vordering leidt tot een ontoelaatbare vermeerdering van zekerheidsrechten. Een dergelijke vermeerdering is immers nadelig voor de schuldenaar. De schuldeisers kunnen niet het zekerheidsrecht vermeerderen zonder medewerking van de schuldenaar. Wanneer één van de schuldeisers overgaat tot executie gaat het zekerheidsrecht van de andere schuldeiser teniet en houdt de laatste slechts een onverzekerde vordering op de schuldenaar over. Bovendien houdt de schuldenaar zelf een onverzekerde, persoonlijke vordering op de executerende schuldeiser over tot verhaal van het overschot. De positie van de schuldenaar is daarmee slechter dan wanneer het zekerheidsrecht dient tot zekerheid van de gehele oorspronkelijke vordering. De rechten van pand en hypotheek zijn dus daadwerkelijk ondeelbaar in de zin dat het zekerheidsrecht niet wordt gedeeld ook al wordt de verzekerde vordering verdeeld. Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* wanneer een verzekerde vordering partieel wordt gecedeerd of wanneer er partieel wordt gesubrogeerd in een verzekerde vordering.

De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht behelst – zo volgt uit het voorgaande – dat de zekerheidsnemer zijn vordering in haar geheel op ieder deel van het onderpand en in haar geheel op het gehele onderpand kan verhalen. Vanuit dit perspectief is het begrijpelijk dat er wordt gesteld dat de rechten van pand en hypotheek 'gelijkelijk rusten op alle goederen', of dat het zekerheidsrecht in zijn geheel rust op het gehele onderpand en in zijn geheel op elk deel van het onderpand. Het feit dat elk bezwaard goed en elk deel van een bezwaard goed voor de gehele schuld kan worden uitgewonnen leidt echter niet noodzakelijkerwijze tot de conclusie dat de zekerheidsnemer zelf kan bepalen op welke wijze hij zijn vordering op de bezwaar-

de goederen verhaalt. De zekerheidsnemer heeft, met andere woorden, geen onbeperkt keuzerecht. Ten eerste maakt artikel 3:234 BW daarop al een inbreuk. Derden kunnen op grond van dat artikel verlangen dat de zekerheidsnemer eerst de bezwaarde goederen van de schuldenaar in veiling brengt, voordat hij de bezwaarde goederen van de derde veilt. Daarnaast heeft de zekerheidsnemer ook in verhouding tot de schuldenaar geen onbeperkt keuzerecht. De zekerheidsnemer heeft rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de schuldenaar. Dit brengt mee dat de zekerheidsnemer in het geval waarin er verschillende goederen voor dezelfde schuld zijn verbonden de executie dient te staken wanneer de opbrengst van de reeds geëxecuteerde goederen voldoende is om de vordering te voldoen. Bovendien is de zekerheidsnemer niet gerechtigd zijn verhaal naar eigen believen te verdelen over de verschillende bezwaarde goederen. Hij dient de gehele executieopbrengst aan te wenden voor het verrekenen van de verzekerde vordering. De zekerheidsnemer is in schuldeisersverzuim indien hij (een gedeelte van) de executieopbrengst weigert. De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht ziet in het Nederlandse recht dus niet, zoals in het Duitse recht, op een ongedeelde verhaalsaansprakelijkheid. Het Duitse zekerhedenrecht is wat dat betreft op geheel andere uitgangspunten gebaseerd.

De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is van toepassing wanneer er eenmaal een zekerheidsrecht is gevestigd. Het zekerheidsrecht blijft ongedeeld ongeacht het aantal schuldeisers of schuldenaren dat bij het recht is betrokken. Het gehele onderpand blijft bezwaard zolang nog niet elk deel van de verzekerde verbintenis is voldaan.

8 Conclusie en samenvatting

8.1 Doel en opzet van het onderzoek

In artikel 3:230 Burgerlijk Wetboek is bepaald *dat* het pand- en hypotheekrecht ondeelbaar is. De wetgever heeft echter niet bepaald *wat* de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht inhoudt. Het doel van dit onderzoek is om licht te werpen op de betekenis van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. De gebruikte methode is rechsthistorisch van aard. Het uitgangspunt van deze studie is namelijk dat de beantwoording van de vraag naar de betekenis van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht nauw samenhangt met de vraag waar de ondeelbaarheid vandaan komt. Het voorliggende onderzoek valt uiteen in drie delen. Ten eerste is er onderzoek gedaan naar de nationale codificaties van het burgerlijk recht waarop het huidige Burgerlijk Wetboek teruggaat, te weten de Code civil van 1804 en het Burgerlijk Wetboek van 1838. Ten tweede is er onderzoek gedaan naar het Romeinse recht zoals dat door keizer Justinianus is neergelegd in het Corpus Iuris, omdat vaak is gesuggereerd dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht op het Romeinse recht teruggaat. De periode tussen de totstandkoming van het Corpus Iuris in de 6e eeuw en de nationale codificaties van het burgerlijk recht in de 19e eeuw wordt in het bestaande onderzoek naar de wortels van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht genegeerd. Ten derde is er daarom onderzoek gedaan naar deze periode van de rechtsgeschiedenis. Zo is het middeleeuwse *ius commune* onderzocht en het invloedrijke traktaat van Charles Dumoulin over deelbaarheid en ondeelbaarheid. Daarnaast is onderzoek gedaan naar het oud-Franse recht, omdat dit recht, naast de Romeinsrechtelijke traditie van het *ius commune*, aan de basis heeft gelegen van de regeling van het pand- en hypotheekrecht in de Code civil van 1804. Tot slot zijn er op basis van dit rechtshistorische onderzoek enkele conclusies getrokken over de betekenis en het karakter van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het huidige Nederlandse recht.

8.2 Het Romeinse recht

De hoeveelheid literatuur over de rechtshistorische wortels van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is veruit het grootst met betrekking tot het Romeinse recht. In de teksten uit het Corpus Iuris komt echter nergens

de term 'ondeelbaar' voor met betrekking tot het pand- of hypotheekrecht. In D. 21,2,65 wordt het pandrecht (*pignus*) wel ongedeeld (*indivisa*) genoemd, maar dit betreft slechts een enkele uitspraak. Bovendien wordt het pandrecht niet *ondeelbaar*, maar *ongedeeld* genoemd. Er was dus geen sprake van een *beginsel* van *ondeelbaarheid* in het Romeinse recht. In het Corpus Iuris zijn wel veel teksten te vinden waaruit blijkt dat het pand- en hypotheekrecht nog steeds op het gehele bezwaarde goed kon worden uitgeoefend, zolang nog niet de gehele verzekerde vordering was voldaan. Deze regel gold niet alleen in de verhouding tussen de zekerheidsgever en de zekerheidsnemer, maar ook in gevallen waarin de verzekerde verbintenis was verdeeld. De Romeinse juristen betrokken namelijk de voorwaarde dat de gehele verbintenis moest zijn voldaan altijd op de oorspronkelijk verzekerde verbintenis. Wanneer met andere woorden deze oorspronkelijke verbintenis technisch gezien was teniet gegaan, omdat zij was verdeeld in verschillende nieuwe verbintenissen, dan bleef het zekerheidsrecht nog steeds dienen tot zekerheid van de gehele oorspronkelijke vordering. Dit was bijvoorbeeld relevant wanneer de schuldenaar overleed met achterlating van verschillende erfgenamen, of wanneer de schuldeiser overleed met achterlating van verschillende erfgenamen. Deze regel was waarschijnlijk gebaseerd op een interpretatie van de zekerheidsovereenkomst. Deze teksten waarin deze regels zijn geformuleerd vormden in het *ius commune* het uitgangspunt voor de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht.

8.3 Het *ius commune*

Eén van de conclusies van deze studie is dat het *ius commune* ten onrechte is genegeerd in het onderzoek naar de historische wortels van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Het leerstuk van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is namelijk ontwikkeld in het middeleeuwse *ius commune*. Enkele glossatoren en commentatoren waren de eersten die de rechten van pand en hypotheek 'ondeelbaar' (*individua*) noemden. Met name Odofredus (†1265), een tijd- en plaatsgenoot van Accursius, gebruikt in zijn *lecturae* veelvuldig en consequent de uitdrukking *causa pignoris individua est*. De *sedes materiae* voor deze regel was C. 8,27,6. In deze constitutie was neergelegd dat de zekerheidsnemer zijn verkooprecht (*ius vendendi*) behield zolang nog niet de gehele verzekerde schuld was voldaan. Odofredus gebruikt de uitdrukking *causa pignoris individua est* in de zin dat het zekerheidsrecht op het gehele onderpand blijft rusten, zolang nog niet de gehele verzekerde schuld is betaald. Deze regel heeft niet alleen werking jegens de schuldenaar zelf, maar ook jegens zijn erfgenamen. De schuld van de erflater werd namelijk bij zijn overlijden naar verhouding van de erfdelen verdeeld over de erfgenamen, maar het pand- of hypotheekrecht dat de schuldenaar had gevestigd ging pas teniet als de gehele schuld tot zekerheid waarvan het was gevestigd

was teniet gegaan. In het geval waarin de schuldeiser overleed met achterlating van verschillende erfgenamen, het omgekeerde geval, refereerde Odofredus ook aan de regel *causa pignoris individua est*. Het zekerheidsrecht bleef in dat geval op het gehele onderpand rusten, zolang nog niet de gehele oorspronkelijke vordering van de erflater was voldaan. Een treffende formulering van deze regel is van de hand van Butrigarius (1273-1348). Hij spreekt over de 'ondeelbaarheid van de pandaflossing' (*pignoris liberatio individua est*). Butrigarius stelt de mogelijkheid van de deling van de verzekerde vordering en daarmee van de deling van de aflossing (*liberatio*) van deze vordering tegenover de ondeelbaarheid van de *pandaflossing*. Volgens Butrigarius heeft een deelbetaling van de verzekerde schuld wel bevrijding van een deel van de schuld tot gevolg, maar heeft dit niet tot gevolg dat het pandrecht (gedeeltelijk) teniet gaat. De aflossing van het pand is ondeelbaar, in de zin dat de gehele verzekerde schuld moet zijn voldaan voordat het zekerheidsrecht teniet gaat. De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht bij de glossatoren en commentatoren kan wellicht het beste worden gekarakteriseerd als een 'leerstuk'. Het is namelijk niet zozeer een geheel nieuw dogma ten opzichte van het Romeinse recht; het betreft slechts het onder één noemer scharen van verschillende teksten uit het Corpus Iuris. Men bedenke bovendien dat Odofredus het leerstuk vooral in zijn collegedictaten (*lecturae*) gebruikte.

De Franse jurist Charles Dumoulin (1500-1566) bestreed de leer van de glossatoren en commentatoren. Volgens hem zijn het pand- en hypotheekrecht *deelbaar*. Dit betekent echter niet dat Dumoulin geheel nieuwe regels opstelt. Ook hij was van mening dat het pand- en hypotheekrecht op het gehele bezwaarde goed bleven rusten, zolang nog niet de gehele verzekerde vordering was voldaan. Dumoulins beschouwingen zijn verhelderend, omdat hij duidelijk maakt dat de ondeelbaarheid – of ongedeeldheid – van het pand- en hypotheekrecht niet is gebaseerd op een intrinsiek kenmerk van deze rechten, maar op de wil van partijen. Dumoulins theorie over deelbaarheid en ondeelbaarheid heeft veel invloed gehad op de Code civil van 1804.

8.4 Het oud-Franse recht

Naast de Romeinsrechtelijke traditie van de glossatoren, commentatoren en Dumoulin heeft ook het oud-Franse recht invloed gehad op de Code civil. Dit geldt zeker ook voor de regeling van het pand- en hypotheekrecht. Het oud-Franse recht bestond uit verschillende gewoonterechten die in het noorden van Frankrijk van kracht waren. In deze gebieden werd in de loop van het Ancien Régime het Romeinse recht gerecipieerd. Dit gebeurde op een zodanige wijze dat de inheemse rechtsfiguur van grondrente werd geïnterpreteerd in termen van de Romeinsrechtelijke hypotheek. Het hypotheekrecht van het oud-Franse recht kreeg daarmee kenmerken van de grondrente. Zo kon er met de 'action hypothécaire' *betaling* van de schuld worden gevorderd van de bezitter

van een bezwaard goed. De 'action hypothécaire' was ook ondeelbaar. Dit werd wel uitgedrukt door de rechsspreuk 'hypothèque ne se divise pas'. De ondeelbaarheid van het hypotheekrecht hield in dat men met de hypothecaire actie van iedere bezitter van een bezwaard goed *betaling* van de gehele schuld kon vorderen. Deze oud-Franse regeling heeft invloed gehad op de regeling van de aansprakelijkheid van de erfgenamen van de schuldenaar in de Code civil van 1804 en ook op die van het Burgerlijk Wetboek van 1838. De bepalingen in de Code civil en het Oud Burgerlijk Wetboek over de ondeelbaarheid van de hypothecaire *verbintenis* ten aanzien van de erfgenamen van de schuldenaar waren een overblijfsel van het oud-Franse recht. De hypothecaire schuldeiser kon namelijk van iedere erfgenaam van de schuldenaar betaling vorderen van de gehele schuld.

8.5 De Code civil van 1804 en het Burgerlijk Wetboek van 1838

In de Code civil van 1804 en het Burgerlijk Wetboek van 1838 zijn twee, vrijwel identieke bepalingen over de ondeelbaarheid van het vuistpandrecht en de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht opgenomen. De formulering van de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht was afkomstig van Dumoulin, namelijk dat het hypotheekrecht rust op 'alle de verbondene onroerende goederen in hun geheel, op elk van die goederen en op ieder gedeelte van dezelve'. In de 19e eeuw onderscheidde men de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht scherp van de ondeelbaarheid van verbintenissen en de ondeelbaarheid van erfdienstbaarheden. De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht was – in tegenstelling tot de ondeelbaarheid van verbintenissen en erfdienstbaarheden – van regelend recht. Men baseerde zich nog op Dumoulins theorie dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht was gebaseerd op de wil van partijen. In recente tijden is dit regelendrechtelijke karakter van de ondeelbaarheid in de Franse literatuur meer en meer op de achtergrond geraakt. Waarschijnlijk heeft dit te maken met het feit dat niet alleen de conventionele ('bedongen') zekerheidsrechten als ondeelbaar gelden, maar ook de legale zekerheidsrechten, zoals de wettelijke hypotheken en privileges. Men ging de ondeelbaarheid baseren op het feit dat de betreffende zekerheidsrechten *zakelijke* rechten waren. In het Nederlandse recht onder vigeur van het Oud Burgerlijk Wetboek ontwikkelde het karakter van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht zich op een andere wijze. Men zocht niet naar een achterliggende verklaring van de ondeelbaarheid, laat staan dat men de bepalingen over de ondeelbaarheid rechtshistorisch benaderde. De artikelen 1206 OBW (ondeelbaarheid vuistpand) en artikel 1209 OBW (ondeelbaarheid hypotheekrecht) werden daarentegen zeer legistisch benaderd. Het waren met name de bewoordingen van artikel 1209 OBW die leidend werden voor de gevolgen van dit beginsel. De ondeelbaarheid werd bovendien vaak als een

'beginsel' aangeduid. Deze ontwikkeling heeft zich in het huidige Nederlandse recht doorgezet.

8.6 SLOT: HET HUIDIGE NEDERLANDSE RECHT

De status quo van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het huidige Nederlandse recht kan worden gekarakteriseerd als een onverwerkt dogma uit de rechtsgeschiedenis. Zij is lapidair gecodificeerd als een algemene bepaling van de rechten van pand en hypotheek. In dezelfde afdeling 1 van titel 9 van boek 3 zijn verschillende dwingendrechtelijke regels van het pand- en hypotheekrecht opgenomen, zoals het verbod op toe-eigening (art. 3:235 BW). Het is dan ook niet verwonderlijk dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in de literatuur vaak wordt gekarakteriseerd als een goederenrechtelijk beginsel of principe. Bovendien wordt de ondeelbaarheid vaak voetstoots aangenomen en wordt er zelden of nooit een verklaring gegeven van de ondeelbaarheid. Het oorspronkelijke karakter van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht als een wettelijk vermoeden van de partijwil is daarbij min of meer uit het oog verloren. De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht dient echter ook naar Nederlands recht níet te worden opgevat als een goederenrechtelijk beginsel. De regels die in verband met de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht worden geformuleerd zijn te herleiden tot wat partijen (worden vermoed te) zijn overeengekomen. In de debatten in de literatuur behoeft men zich daarom niet te bekommeren om 'wat de ondeelbaarheid meebrengt'. De ondeelbaarheid brengt – enigszins gechargeerd gezegd – niks mee. Eén van de algemene conclusies van deze studie is daarom dat men, in dergelijke gevallen in plaats van een beroep te doen op het 'beginsel van ondeelbaarheid', meer aandacht moet besteden aan wat de partijen bij de zekerheidsovereenkomst zijn overeengekomen. Deconstructie van het dogma van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht illustreert dat ook binnen het goederenrecht, en bij zekerheidsrechten in het bijzonder, in belangrijke mate leidend kan zijn wat partijen zijn overeengekomen.

Samenvatting

1 INLEIDING: DOEL EN OPZET VAN HET ONDERZOEK

De voorliggende studie handelt over de historische wortels van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Het huidige Nederlandse recht is daarbij als uitgangspunt genomen. In het Nederlandse recht is de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht gecodificeerd in artikel 3:230 van het Burgerlijk Wetboek. In dit artikel wordt bepaald *dat* de rechten van pand en hypotheek ondeelbaar zijn, maar wordt niet aangegeven *wat* deze ondeelbaarheid inhoudt. Het doel van deze studie is door middel van rechtshistorisch onderzoek inzicht te verkrijgen in de betekenis en aard van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Een rechtshistorische methode ligt voor de hand, omdat de Nederlandse wetgever zelf voor de betekenis en herkomst van artikel 3:230 BW verwijst naar het Nederlandse Burgerlijk Wetboek van 1838 (het Oud Burgerlijk Wetboek, OBW). Deze verwijzing als uitgangspunt nemend is er vanuit het heden teruggewerkt naar het verleden. Er is daarom onderzoek gedaan naar het Oud Burgerlijk Wetboek en de Code civil van 1804 (Cc oud). De bepalingen over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het Oud Burgerlijk Wetboek waren namelijk gebaseerd op de bepalingen over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in de Code civil van 1804. Uit het onderzoek naar de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in deze wetboeken blijkt dat het leerstuk ouder is dan deze 19e-eeuwse nationale codificaties van het burgerlijke recht. De periode vóór de totstandkoming van deze codificaties is daarom ook in het onderzoek betrokken. De uitdrukking in artikel 1209 OBW en 2114 Cc (oud) dat het hypotheekrecht is 'gevestigd op alle de verbondene onroerende goederen in hun geheel, op elk van die goederen en op ieder gedeelte van dezelve' is afkomstig uit een traktaat van de Franse jurist Charles Dumoulin (Carolus Molinaeus, 1500-1566). In zijn traktaat *Extricatio labyrinthi dividui et individui* reageert Dumoulin op de leer van enkele glossatoren en commentatoren dat de rechten van pand en hypotheek ondeelbaar zijn. Het middeleeuwse *ius commune* is daarom ook onderzocht. Daarnaast is aandacht besteed aan het oud-Franse recht, omdat deze gewoonterechtelijke traditie, naast de Romeinsrechtelijke traditie van het *ius commune*, invloed heeft gehad op de regeling van het pand- en hypotheekrecht in de Code civil van 1804. Het Romeinse recht is afzonderlijk onderzocht. Tot slot zijn op grond van het historische onderzoek enkele conclusies getrokken voor het huidige Nederlandse recht.

2 HET ROMEINSE RECHT

Traditioneel is er altijd veel aandacht besteed aan de Romeinsrechtelijke wortels van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Het leerstuk is door rechtshistorici zelfs enkel en alleen voor het Romeinse recht bestudeerd. De periode tussen de totstandkoming van het Corpus Iuris in de 6e eeuw en de totstandkoming van de nationale codificaties van burgerlijk recht in de 19e eeuw is ten onrechte genegeerd.

Het Romeinse recht kende geen beginsel van ondeelbaarheid. Het pand- en hypotheekrecht worden nergens ondeelbaar genoemd. Bovendien was het Romeinse recht te casuïstisch van aard om een dergelijk 'beginsel' te hanteren. Eén van de conclusies van deze studie is dan ook dat het leerstuk van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is ontwikkeld in het middeleeuwse *ius commune* (zie § 8.3). In de voorliggende studie is het Romeinse recht derhalve benaderd vanuit het *ius commune*. De teksten uit het Corpus Iuris die in het *ius commune* werden gebruikt om het leerstuk te formuleren zijn als uitgangspunt genomen voor de bespreking van het Romeinse recht.

De literatuur over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het Romeinse recht is voornamelijk van Duitse origine. In de pandektistische literatuur is er bijvoorbeeld veel aandacht aan het leerstuk besteed. Een exemplarische benadering is die van Heinrich Dernburg in zijn monografie over het pandrecht.[1] Het Romeinse recht werd, zoals ook blijkt uit de titel van Dernburgs werk, door de pandektisten niet historisch benaderd, maar werd benaderd als geldend recht. Daarnaast is er literatuur van na de invoering van het BGB. In die literatuur wordt het Romeinse recht benaderd vanuit de paragrafen van het BGB. Het belangrijkste artikel in dit verband is het omvangrijke 'Ungeteilte Pfandhaftung' van Andreas Wacke.[2] Het bezwaar tegen deze benaderingen is dat de tussenliggende fasen van de rechtsgeschiedenis niet worden bestudeerd en dat men door de exclusieve aandacht voor het Romeinse recht het karakter van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht op de verkeerde wijze opvat. Zo verdwijnt het besef dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht géén Romeinsrechtelijk beginsel was. Daarnaast worden opnieuw bepaalde gevolgtrekkingen getrokken die reeds lang waren getrokken in het *ius commune*. In de 19e eeuw werd het bijvoorbeeld een misvatting geacht dat de *rechten* van pand en hypotheek ondeelbaar zijn. Dergelijke rechten kunnen immers op een onverdeeld aandeel (*pars pro indiviso*) worden gevestigd, zo was de gedachte. Vandaar dat men het nieuwe leerstuk van de 'ungeteilte Pfandhaftung' introduceerde. Men besefte blijkbaar niet dat het leerstuk van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht bij

1 H. Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts I-II*, Leipzig 1860-1864.

2 A. Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', *Index* 3, 1972, p. 454-502.

de glossatoren en commentatoren geen betrekking had op de vraag of een pand- of hypotheekrecht kon worden gevestigd op een onverdeeld aandeel. De mogelijkheid van dit laatste werd namelijk niet ontkend in het middeleeuwse *ius commune*. Bovendien had Dumoulin dit misverstand met betrekking tot de term 'ondeelbaar' in de 16e eeuw al recht gezet. Daarnaast wordt de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in de genoemde literatuur betrokken op regels waarop het leerstuk oorspronkelijk in het *ius commune* geen betrekking had. Zo stelt Wacke bijvoorbeeld dat de zekerheidsnemer een keuzerecht heeft op basis van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Een dergelijk keuzerecht werd in het *ius commune* echter nooit gebaseerd op de ondeelbaarheid. De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht zag in het *ius commune* enkel en alleen op de regel dat het gehele onderpand bezwaard bleef, totdat de gehele schuld was voldaan.

In het Corpus Iuris zijn er verschillende teksten die bevestigen dat de rechten van pand (*pignus*) en hypotheek (*hypotheca*) op het gehele bezwaarde goed bleven rusten, zolang nog niet de gehele verzekerde vordering was voldaan. De vuistpandhouder was gerechtigd het gehele bezwaarde goed onder zich te houden zolang nog niet de gehele schuld was betaald. De *actio pigneraticia* van de vuistpandgever ontstond pas als de gehele verzekerde vordering was betaald (D. 13,7,9,3). Daarnaast mocht de zekerheidsnemer ook het gehele goed verkopen, zelfs als het grootste gedeelte van de schuld al was betaald (C. 8,27,6). De zekerheidsnemer kon het gehele bezwaarde goed opeisen met een zakelijke actie, de *actio Serviana*, ook wel de *actio hypothecaria* genoemd, en overgaan tot executie. Dit betekende echter niet dat de zekerheidsnemer in alle gevallen recht had op de gehele executieopbrengst. De zekerheidsnemer kon slechts zijn vordering met voorrang boven de andere schuldeisers op de executieopbrengst verhalen. De zekerheidsgever kon met een persoonlijke actie (de *actio pigneraticia*) het bedrag opvorderen dat de executieopbrengst uitsteeg boven het bedrag van de verzekerde vordering, het zogenoemde overschot (*superfluum*). De vordering tot betaling van het overschot betrof dus slechts een persoonlijk recht van de zekerheidsgever op de zekerheidsnemer. De zekerheidsgever kon met andere woorden niet met succes, nadat hij een deel van de schuld had betaald, een deel van het onderpand met een zakelijk recht opeisen. Het zekerheidsrecht was in het Romeinse recht, nog weer anders gezegd, niet proportioneel. Wanneer een deel van de schuld was betaald werd niet een evenredig gedeelte van het onderpand bevrijd van het zekerheidsrecht.

Deze regel had in het Romeinse recht niet te maken met het feit dat het pand- en hypotheekrecht *zakelijke* rechten waren die op (ondeelbare) zaken rustten. Het pand- en hypotheekrecht konden in het Romeinse recht immers ook op een onverdeeld aandeel (*pars pro indiviso*) in een zaak worden gevestigd. In principe was het dus ook mogelijk geweest dat het onderpand in omvang afnam wanneer een deel van de verzekerde schuld was betaald. Dit was echter niet het geval. De regel dat het gehele onderpand bezwaard bleef, zolang nog niet de gehele vordering was voldaan, werd niet gebaseerd op een goederen-

rechtelijk beginsel, maar op de partijwil. De Romeinse jurist Paulus verduidelijkt dit door in twee teksten een vergelijking te maken tussen de werking van een boetebeding en de werking van het pandrecht (D. 10,2,25,14 en D. 45,1,85,6). Volgens Paulus diende nog steeds de gehele boete te worden betaald, ook al was het grootste gedeelte van de prestatie al gepresteerd. Paulus interpreteerde het boetebeding dus op die manier dat partijen ermee beoogden te garanderen dat de gehele verschuldigde prestatie werd voldaan. Op dezelfde manier moest volgens Paulus het gehele verschuldigde bedrag worden betaald, voordat het zekerheidsrecht tenietging. Daarnaast blijkt uit D. 20,1,19 dat de regel eveneens opging wanneer er *verschillende* goederen waren bezwaard tot zekerheid van dezelfde schuld. De schuldeiser hoefde ook in dit geval bij een deelbetaling niet een gedeelte van het onderpand aan de schuldenaar terug te geven. Het gehele onderpand diende tot zekerheid van elk deel van de vordering.

Deze regel gold niet alleen in de verhouding tussen de schuldenaar en de schuldeiser, maar ook wanneer de oorspronkelijke verzekerde verbintenis was verdeeld tussen de erfgenamen van één van de partijen bij de zekerheidsovereenkomst. Wanneer bijvoorbeeld de schuldenaar overleed met achterlating van verschillende erfgenamen werd zijn schuld verdeeld tussen de erfgenamen. Uit verschillende teksten blijkt dat het zekerheidsrecht strekte tot zekerheid van de *oorspronkelijk* verzekerde vordering. De zekerheidsnemer was dus gerechtigd het goed onder zich te houden, totdat elke erfgenaam van de schuldenaar zijn schuld had voldaan (D. 13,7,8,2 en C. 8,30,1). Bovendien was de schuldeiser gerechtigd het gehele bezwaarde goed op te eisen met de *actio hypothecaria.* De erfgenaam kon dan slechts ofwel het gehele goed afgeven, ofwel de gehele schuld van de erflater betalen (C. 8,31,2). In nog weer een andere tekst wordt bevestigd dat de schuldeiser het opgeëiste goed ook mocht verkopen (C. 8,27,16). In het omgekeerde geval waarin de schuldeiser overleed met achterlating van verschillende erfgenamen werd de verzekerde vordering verdeeld over zijn erfgenamen. Het zekerheidsrecht diende vervolgens tot zekerheid van elke nieuw ontstane vordering. De erfgenamen van de schuldeiser waren ieder afzonderlijk gerechtigd het gehele bezwaarde goed op te eisen met de *actio Serviana in solidum* (C. 8,31,1). Het is onduidelijk of de erfgenamen het onderpand gezamenlijk dienden te executeren. Een dergelijke regel blijkt nergens uit de bronnen. Het enige dat kan worden geconcludeerd is dat het pand- en hypotheekrecht tot zekerheid diende van de gehele, oorspronkelijk verzekerde vordering

3 HET *IUS COMMUNE*

Het leerstuk van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is, zoals eerder gezegd, ontwikkeld in het middeleeuwse *ius commune*. In deze studie is onderzoek gedaan naar Accursius, Baldus, Bartolus, Butrigarius, Cynus en Revigny. Odofredus (†1265), een tijdgenoot en concurrent van Accursius, was waarschijnlijk één van de eerste glossatoren, zo niet dé eerste, die veelvuldig en consequent de regel 'het pandrecht is ondeelbaar' ('*pignoris obligatio individua est*') en vergelijkbare uitdrukkingen gebruikte. De *sedes materiae* was C. 8,27,6. Deze tekst handelt over het verkooprecht (*ius vendendi*) van de hypotheekhouder. De hypotheekhouder was gerechtigd de bezwaarde zaak te verkopen, zolang nog niet de gehele verzekerde vordering was betaald. Hoewel Odofredus de term 'ondeelbaarheid van het pandrecht (*pignus*)' gebruikte, heeft de regel ook betrekking op het hypotheekrecht (*hypotheca*). In het middeleeuwse *ius commune* werd daar geen onderscheid tussen gemaakt. Deze regel was van toepassing in de rechtsverhouding tussen de schuldenaar en hypotheekhouder, maar ook in de rechtsverhouding tussen de erfgenamen van de schuldenaar en de hypotheekhouder en in de rechtsverhouding tussen de erfgenamen van de hypotheekhouder en de schuldenaar. De ondeelbaarheid hield dus, nauwkeurig gezegd, in dat het onderpand in zijn geheel bezwaard bleef zolang nog niet de gehele schuld was voldaan *tot zekerheid waarvan het zekerheidsrecht was gevestigd*.

Butrigarius (1274-1348) en Baldus de Ubaldis (1327-1400) gebruikten ook 'ondeelbaarheidsterminologie' met betrekking tot het pandrecht. Butrigarius heeft het in zijn Codexcommentaar consequent over 'de ondeelbaarheid van de pand*aflossing*' (*pignoris* liberatio *individua est*). Hij contrasteert de aflossing van de persoonlijke schuld, die wel deelbaar was, met de ondeelbare aflossing van het zekerheidsrecht. Dit leerstuk van de ondeelbare pandaflossing behelsde dat het zekerheidsrecht op het volledige onderpand bleef rusten, zolang nog niet de volledige vordering was voldaan tot zekerheid waarvan het zekerheidsrecht was gevestigd. Baldus was daarentegen niet consequent en gebruikte vier verschillende uitdrukkingswijzen. Ondanks verschillen in uitdrukkingswijzen kunnen er tussen deze juristen geen materieelrechtelijk verschillen worden aangewezen. Net zomin als er overigens materieelrechtelijke verschillen vallen aan te wijzen tussen de glossatoren en commentatoren die het pand- en hypotheekrecht wel ondeelbaar noemen en de glossatoren en commentatoren die het pand- en hypotheekrecht niet ondeelbaar noemen. Tot de laatste groep van de in deze studie onderzochte juristen behoren Azo, Accursius, Revigny, Cynus en Bartolus.

Op het werk van de glossatoren en commentatoren kwam in de 16e eeuw een reactie van de Franse jurist Charles Dumoulin. In zijn traktaat *Extricatio ex labyrinthi dividui et individui* stelde hij een nieuwe, overkoepelende theorie over deelbaarheid en ondeelbaarheid op. Hij reageerde in dit traktaat afwijzend op het middeleeuwse *ius commune*. Zo zette hij zich af tegen de verschillende

vormen van ondeelbaarheid in het werk van de glossatoren en commentatoren. Volgens Dumoulin was er slechts één vorm van ondeelbaarheid. Hij zette zich in dit traktaat ook met betrekking tot het leerstuk van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht af tegen de opvattingen van de '*glossae*' en '*doctores*'. Zo bestreed Dumoulin de opvatting dat het pand- en hypotheekrecht ondeelbaar waren. Zowel ten aanzien van de vestiging als ten aanzien van de aflossing zijn de rechten van pand en hypotheek *deelbaar*. Zo kan een pand- of hypotheekrecht worden gevestigd op een onverdeeld aandeel (*pars pro indiviso*) in een goed. Het is ook mogelijk om een deel van een vordering te verzekeren door een pand- of hypotheekrecht. De aflossing van het zekerheidsrecht is bovendien strikt genomen ook niet ondeelbaar. De partijen kunnen namelijk overeenkomen dat een deel van het onderpand wordt bevrijd van het zekerheidsrecht, wanneer een deel van de verzekerde schuld is betaald. Dumoulin lijkt met zijn stelling dat de *aflossing* van het zekerheidsrecht deelbaar is te reageren op de middeleeuwse jurist Butrigarius. Butrigarius gebruikte namelijk de uitdrukking dat de aflossing van het pandrecht ondeelbaar is. Dumoulin noemt echter nergens zijn naam.

Ondanks deze polemiek met de glossatoren en de commentatoren was er geen materieelrechtelijk verschil in uitkomst tussen de leer van de glossatoren en commentatoren en de leer van Dumoulin. Volgens beide bleef het pand- en hypotheekrecht op de gehele bezwaarde zaak rusten, zolang nog niet de gehele vordering was betaald tot zekerheid waarvan het zekerheidsrecht was gevestigd. Dit noemde Dumoulin, in subtiel onderscheid met de door hem verworpen leer van de 'ondeelbaarheid', de 'ongedeeldheid' van het pand- en hypotheekrecht. Dumoulin betrok de ongedeeldheid op de rechtsverhouding tussen de schuldeiser en de schuldenaar, en op de gevallen waarin de verzekerde verbintenis werd verdeeld tussen de erfgenamen van de schuldenaar of van de schuldeiser. Volgens Dumoulin bleef het zekerheidsrecht op het gehele onderpand rusten, zolang nog niet de gehele verzekerde vordering was voldaan. Hij noemde dit leerstuk alleen anders dan de commentatoren en glossatoren. Zijn benaming heeft echter nooit ingang gevonden en wordt ook in deze studie niet gehanteerd. Dumoulins benadering van het leerstuk van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is wel verhelderend, omdat hij inzichtelijk maakte waarop de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht betrekking had. Dumoulin gaf aan dat de ongedeeldheid van het pand- en hyotheekrecht was gebaseerd op de partijwil. De regel dat het het gehele onderpand bezwaard bleef tot zekerheid van elk deel van de verzekerde vordering was dus niet dwingendrechtelijk van aard. Het was een vermoeden dat partijen dit waren overeengekomen, en partijen konden dit vermoeden zelf opzij zetten door uitdrukkelijk een andere regeling overeen te komen. Dumoulin beschouwde de ongedeeldheid van het pand- en hypotheekrecht bovendien als een regel die in het *gemeenschappelijk belang* van de schuldeiser en de schuldenaar was. Partijen kennen namelijk bij het sluiten van de zekerheidsovereenkomst vaak niet de waarde van de goederen die

worden bezwaard. Bovendien kan, als partijen de waarde op het moment van het sluiten van de overeenkomst wel kennen, die waarde later veranderen. Het was daarom volgens Dumoulin goed dat het gehele onderpand bezwaard bleef, totdat de gehele vordering was voldaan. De ongedeeldheid van het pand- en hypotheekrecht bewerkstelligde dat eventuele waardeschommelingen in het onderpand werden opgevangen, aangezien de zekerheidsnemer zijn recht altijd op het gehele onderpand mocht uitoefenen.

Het traktaat van Dumoulin heeft veel invloed gehad op de redacteuren van de Code civil. Het vormt om die reden de onmisbare schakel tussen het middeleeuwse *ius commune* en de nationale codificaties van het burgerlijk recht, te weten de Code civil van 1804 en het Burgerlijk Wetboek van 1838. Voordat deze codificaties worden besproken volgt echter eerst een bespreking van een andere invloedslijn op de Code civil van 1804, namelijk het oud-Franse recht.

4 HET OUD-FRANSE RECHT

In deze studie is naast de Romeinsrechtelijke traditie van het *ius commune* ook onderzoek gedaan naar de Franse gewoonterechtelijke traditie, het zogenoemde oud-Franse recht ('ancien droit français'). Hiermee wordt gedoeld op de verschillende gewoonterechten die in het noorden van Frankrijk gedurende het Ancien Régime van kracht waren. Deze traditie stond namelijk mede aan de basis van de regeling van het pand- en hypotheekrecht in de Code civil van 1804. In de 19e-eeuwse commentaren op de Code civil van 1804 wordt bij artikel 2114 over de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht dan ook verwezen naar het oud-Franse recht. Enkele eigenaardigheden in de Code civil van 1804 en het Oud Burgerlijk Wetboek kunnen slechts worden verklaard tegen de achtergrond van dit oud-Franse recht en de receptie van het Romeinse recht binnen de context van het oud-Franse recht. Deze receptie leidde namelijk tot een vermenging van de inheemsrechtelijke rechtsfiguur van de grondrente ('rente foncière') en de Romeinsrechtelijke hypotheek. De grondrente was een rechtsfiguur waarbij de grond zelf de schuldenaar van de verbintenis was. Dit betekende in de praktijk dat de bezitter van de grond werd aangesproken tot *betaling* van de rente. Deze grondrente nu is men gaan interpreteren als een hypotheek, met als gevolg dat men met de 'action hypothécaire' onder het oud-Franse recht *betaling* kon vorderen van iedere bezitter van een bezwaard goed. De ondeelbaarheid van het hypotheekrecht bewerkstelligde dat men bovendien *betaling van de gehele schuld* kon vorderen.

In de costumen van Parijs en Orléans was iedere erfgenaam gehouden de gehele schuld van de erflater te betalen ('tenu payer le tout'), indien de erfgenaam in het bezit was van (een deel van de) goederen die door de erflater waren bezwaard. De hypothecaire schuldeiser kon met andere woorden met de hypothecaire actie *betaling* van de gehele schuld vorderen van iedere erfgenaam-bezitter. Volgens de bewoordingen van artikel 333 van de Coutume

de Paris en artikel 358 van de Coutume d'Orléans had de erfgenaam niet eens het recht om een veroordeling tot betaling van de gehele schuld te voorkomen door het goed af te staan ter executie ('délaisser'). Hieruit blijkt eens te meer het afwijkende karakter van het hypotheekrecht onder het oud-Franse recht.

In de loop van de 17e eeuw kwam er enige kritiek op deze regeling. Het hypotheekrecht en de aansprakelijkheid van de erfgenamen werd namelijk steeds Romeinsrechtelijker geïnterpreteerd, zoals bijvoorbeeld door Le Brun (1640-1708) in zijn *Traité des successions*. De bevoegdheid van de schuldeiser om met de hypothecaire actie *betaling* van de erfgenaam-bezitter te vorderen is onder het oud-Franse recht echter nooit verdwenen. Zelfs Pothier (1699-1772) was nog van mening dat de schuldeiser met de 'persoonlijke hypothecaire actie' – vanuit Romeinsrechtelijk oogpunt een *contradictio in terminis* – van zowel de schuldenaar zelf, als van iedere erfgenaam-bezitter betaling van de gehele verzekerde schuld kon vorderen. Oorspronkelijk kon de erfgenaam-bezitter, zoals gezegd, niet aan een veroordeling tot betaling van de gehele schuld ontkomen door het bezwaarde goed af te staan ('délaissement'). Dit standpunt werd uiteindelijk wel losgelaten. Het is een symptoom van de steeds verdergaande receptie van Romeinsrechtelijke begrippen en rechtsfiguren in het Franse gewoonterecht. Dientengevolge werd ook in alle gevallen waarin de erfgenaam geen bezitter meer was, aangenomen dat hij niet meer kon worden veroordeeld tot betaling van de gehele schuld. De erfgenamen waren in dat geval slechts nog hun erfdeel in de schuld verschuldigd. Indien een erfgenaam in het bezit was van bezwaarde goederen kon echter tot aan de invoering van de Code civil betaling van de hele schuld van hem worden gevorderd. Deze gewoonterechtelijke regel is nooit helemaal verdwenen ná de invoering van de Code civil. Er zijn nog sporen van te vinden in de Code civil van 1804 en daarmee dus ook in het Oud Burgerlijk Wetboek.

5 De Code civil van 1804 en het Burgerlijk Wetboek van 1838

De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht werd in 1804 in de Code civil gecodificeerd in respectievelijk artikel 2083 Cc (oud) en artikel 2114 Cc (oud). Deze bepalingen waren geïnspireerd door Dumoulins traktaat over deelbaarheid en ondeelbaarheid. De bewoordingen van de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht in artikel 2114 Cc (oud) waren zelfs vrijwel letterlijk afkomstig uit het traktaat van Dumoulin. De tweede zin van artikel 2114 Cc (oud) luidde: 'Elle est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles'. Deze uitdrukking was gebaseerd op de uitdrukking '*omnis hypotheca sive legis sive hominis est tota in toto, et in qualibet parte*' uit deel 11, paragraaf 91 van Dumoulins traktaat. In de 19e eeuw nam men dan ook algemeen aan dat het leerstuk van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in de Code civil van 1804 was gebaseerd op het werk van Dumoulin. Men oriënteerde

zich dienovereenkomstig ook op Dumoulins beschouwingen over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Zo werd de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht scherp onderscheiden van de ondeelbaarheid van erfdienstbaarheden en de ondeelbaarheid van verbintenissen. De laatste twee categorieën rechten waren namelijk *absoluut* ondeelbaar, in de zin dat partijen niet van die ondeelbaarheid konden afwijken. Een erfdienstbaarheid kon bijvoorbeeld niet op een onverdeeld aandeel (*pars pro indiviso*) van het dienend erf worden gevestigd, zelfs al zouden partijen dat hebben gewild. De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht was daarentegen niet dwingendrechtelijk van aard. De regels die voortvloeiden uit de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht waren een vermoeden van wat de partijen waren overeengekomen.

De regels die voortvloeiden uit de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht zijn al verschillende malen hierboven geformuleerd. In het Franse recht onder vigeur van de Code civil kwamen er echter ook nieuwe elementen bij. Zo had de hypotheekhouder wanneer er verschillende goederen tot zekerheid van dezelfde schuld waren bezwaard een keuzerecht. Hij kon kiezen welk goed of welke goederen hij wilde uitwinnen tot verhaal van zijn vordering. Een dergelijk keuzerecht was onder het *ius commune* nooit onderdeel van het leerstuk van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht geweest. Een andere ontwikkeling in het Franse recht onder vigeur van de Code civil was dat men na verloop van tijd de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht niet meer baseerde op de partijwil, maar op het feit dat het pand- en hypotheekrecht zakelijke rechten zijn. Deze zoektocht naar een nieuwe rationale voor de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is waarschijnlijk ingegeven door het feit dat niet alleen conventionele ('bedongen') zekerheidsrechten ondeelbaar werden geacht, maar ook legale ('wettelijke') zekerheidsrechten zoals de verschillende wettelijke voorrechten ('privilèges'). De ondeelbaarheid van de legale zekerheidsrechten kon niet worden verklaard vanuit een vermoeden van de partijwil, aangezien deze zekerheidsrechten *van rechtswege* tot stand kwamen. De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht ontwikkelde zich zo tot een beginsel van goedenrechtelijke zekerheidsrechten in het algemeen. Een min of meer vergelijkbare ontwikkeling deed zich voor in het Nederlandse recht.

De artikelen over de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het Nederlandse Burgerlijk Wetboek van 1838 waren overgenomen uit de Code civil van 1804. Voor de achtergrond van de rechtsregels die in het Nederlandse recht onder de vigeur van het Oud Burgerlijk Wetboek voortvloeiden uit de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht kan dan ook worden verwezen naar het Franse recht onder vigeur van de Code civil van 1804. Het karakter van de ondeelbaarheid maakte in het Nederlandse recht echter een eigen ontwikkeling door. Door de codificatie in het Burgerlijk Wetboek van 1838 kreeg de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in het Nederlandse recht evenals in het Franse recht een ander karakter dan in het *ius*

commune. In de 19e eeuw was de Nederlandse rechtswetenschap namelijk sterk legistisch van aard. Men argumenteerde voornamelijk op basis van de wettekst en gebruikte niet of nauwelijks rechtshistorische argumenten. Illustratief is de discussie die ontstond over de uitdrukking in artikel 1209 OBW dat het hypotheekrecht 'uit deszelfs aard' ondeelbaar was. Men interpreteerde deze woorden soms zelfs als betekenend dat het hypotheekrecht *absoluut* ondeelbaar was, namelijk in de zin dat partijen niet van de ondeelbaarheid konden afwijken. De heersende leer was echter dat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht van regelend recht was. Op een enkeling na wist men echter niet dat dit laatste oorspronkelijk ook bedoeld werd met de uitdrukking 'de sa nature' ('uit deszelfs aard') in artikel 2114 Cc (oud), het artikel waarop artikel 1209 OBW was gebaseerd.

De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht werd bovendien meer en meer geïnterpreteerd als een 'beginsel' dat in verschillende wetsbepalingen tot uitdrukking zou komen. De gangbare interpretatie van artikel 1336 lid 1 sub 1 OBW vormt in dit verband een goed voorbeeld. In dit artikel werden 'hypothecaire schulden' (schulden die door een hypotheekrecht waren verzekerd) uitgezonderd van de regel dat deelbare schulden tussen de erfgenamen van de schuldenaar werden verdeeld (art. 1335 OBW). Volgens de meeste juristen behelsde deze bepaling eenvoudigweg een toepassing van het 'beginsel van ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht'. In feite was zij dus overbodig. Diephuis wees er echter terecht op dat de erfgenamen die in het bezit waren van een bezwaard goed op grond van deze bepaling *aansprakelijk* waren voor de gehele schuld van de erflater. De schuldeiser was met andere woorden op grond van deze bepaling gerechtigd *betaling* te vorderen van de gehele verzekerde verbintenis van iedere erfgenaam die in het bezit was van een bezwaard goed, ongeacht of die erfgenaam draagplichtig was voor de gehele vordering. Deze regeling was een overblijfsel uit het oud-Franse recht en geen uitvloeisel van de ondeelbaarheid van het hypotheekrecht. Deze fixatie op 'het beginsel van ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht' heeft zich voortgezet in het Nederlandse recht onder vigeur van het Burgerlijk Wetboek van 1992.

6 SLOT: HET HUIDIGE NEDERLANDSE RECHT

In het huidige Nederlandse recht is de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht in artikel 3:230 van het Burgerlijk Wetboek (BW) gecodificeerd: 'Een recht van pand of hypotheek is ondeelbaar, zelfs dan wanneer de verbintenis waarvoor het recht is gevestigd, twee of meer schuldeisers of schuldenaars heeft en de verbintenis tussen hen wordt verdeeld.' Uit de wetgevingsgeschiedenis blijkt slechts dat de bepaling een hercodificatie is van de artikelen 1206 en 1209 OBW. Desalniettemin is er een aantal significante wijzigingen ten opzichte van de codificatie van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheek-

recht in het Oud Burgerlijk Wetboek. Zo zijn de rechten van pand en hypotheek niet meer 'uit deszelfs aard' ondeelbaar. Daarmee lijkt de wetgever zich te hebben aangesloten bij de kritiek op deze uitdrukking. Bovendien is artikel 3:230 BW abstracter geformuleerd, waaruit lijkt te volgen dat de wetgever de ondeelbaarheid in meer gevallen van toepassing wil laten zijn. In het Oud Burgerlijk Wetboek waren bijvoorbeeld in artikel 1206 OBW nog uitdrukkelijk de gevolgen voor het pandrecht geregeld wanneer de verzekerde verbintenis tussen de erfgenamen van de schuldenaar of tussen de erfgenamen van de schuldeiser werd verdeeld. Artikel 3:230 BW is ruimer geformuleerd, in de zin dat meer in het algemeen wordt bepaald dat het pand- en hypotheekrecht ondeelbaar zijn, 'zelfs dan wanneer de verbintenis waarvoor het recht is gevestigd, twee of meer schuldeisers of schuldenaars heeft en de verbintenis tussen hen wordt verdeeld'.

Het artikel verzuimt echter te vermelden wat de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht inhoudt. In de huidige Nederlandse literatuur is er dan ook verwarring over de betekenis van de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Men vraagt zich met betrekking tot allerlei uiteenlopende casus af of de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht van toepassing is. Een vraag die bijvoorbeeld wordt gesteld is of de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht meebrengt dat er slechts één zekerheidsrecht kan zijn als er verschillende goederen worden bezwaard tot zekerheid van dezelfde schuld. Dit vraagstuk werd historisch gezien nooit besproken in verband met de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht. Deze ontwikkeling kan waarschijnlijk als volgt worden verklaard. Ten eerste benadert men het leerstuk niet meer rechtshistorisch. Men weet niet waar het leerstuk vandaan komt en derhalve ook niet wat het inhoudt. Ten tweede zet zich daarbij in het huidige Nederlandse recht een ontwikkeling door die onder het Oud Burgerlijk Wetboek reeds was ingezet. Vanwege de codificatie van de ondeelbaarheid ziet men de ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht als een wettelijk 'beginsel' of 'principe'. Dit 'beginsel van ondeelbaarheid' wordt vervolgens voetstoots aangenomen, zonder dat men zich afvraagt wat de rationale ervan is. Men leidt allerlei regels uit dit beginsel af. De formule die nog in artikel 1209 OBW was opgenomen (het hypotheekrecht is 'gevestigd op alle de verbondene onroerende goederen in hun geheel, op elk van die goederen en op ieder gedeelte van dezelve') is daarbij vaak leidend. Er worden zelfs regels op grond van dit 'beginsel' geformuleerd die in strijd zijn met andere rechtsregels. De volgende twee voorbeelden illustreren dit punt. Men leidt bijvoorbeeld uit de aangehaalde formule af dat de zekerheidsnemer gerechtigd is te bepalen hoe hij zijn vordering verhaalt, wanneer de goederen A en B zijn bezwaard tot zekerheid van dezelfde schuld. De zekerheidsnemer zou bijvoorbeeld slechts *een deel van de executieopbrengst* van goed A kunnen kunnen aanwenden om een deel van zijn vordering te voldoen, om vervolgens na verloop van tijd het resterende gedeelte van zijn vordering te verhalen op de executieopbrengst van goed B. De gedachtegang is dat ieder deel van het onderpand tot zekerheid

dient van elk deel van de verzekerde vordering. Een dergelijke wijze van uitwinning leidt echter tot schuldeisersverzuim: de schuldeiser dient de gehele executieopbrengst aan te wenden om zijn vordering te voldoen, want anders is hij in schuldeisersverzuim. Het is niet zo dat deze laatste regel opzij wordt gezet door het 'beginsel van ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht'. Een ander voorbeeld in dit verband is het geval waarin verschillende schuldeisers ieder afzonderlijk een vordering hebben en waarbij die vorderingen zijn verzekerd door één zekerheidsrecht. Er is wel betoogd dat in dit geval iedere schuldeiser gerechtigd is over te gaan tot executie van het onderpand. Deze regel wordt ook afgeleid uit de gedachte dat het gehele onderpand tot zekerheid van elk deel van de vordering kan worden uitgeoefend. In deze opvatting wordt echter de regeling van de gemeenschap miskend. De uitoefening van het gemeenschappelijke zekerheidsrecht wordt niet bepaald door het 'beginsel van ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht'.

De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht is ook naar huidig Nederlands recht géén goederenrechtelijke beginsel. Het is een wettelijk vermoeden dat partijen zijn overeengekomen dat het gehele onderpand bezwaard blijft totdat de gehele schuld is voldaan. Partijen kunnen derhalve anders overeenkomen. In alle andere gevallen blijft het zekerheidsrecht op het gehele onderpand rusten, totdat de gehele schuld is betaald. Deze regel werkt ook in het voordeel van degenen die hun recht afleiden van de oorspronkelijke partijen bij de zekerheidsovereenkomst. Zo blijft het zekerheidsrecht bijvoorbeeld ook dienen tot zekerheid van de vorderingen van de rechtsopvolgers van de schuldeiser.

Zusammenfassung

Die Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek; Dekonstruktion einer Lehre. *Eine historisch-komparistische Studie*

1 Einleitung: Ziel und Aufbau der Studie

Die vorliegende Studie befasst sich mit den historischen Wurzeln der Lehre der Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek. Das heutige, niederländische Recht wird dabei als Ausgangspunkt genommen. Im niederländischen Recht ist die Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek in Artikel 230 des Dritten Buches des Bürgerlichen Gesetzbuches kodifiziert. In diesem Artikel wird angegeben, *dass* Pfandrecht und Hypothek unteilbar sind, aber nicht *was* diese Unteilbarkeit beinhaltet. Das Ziel dieser Studie ist es, auf rechtsgeschichtlicher Basis, Einsicht zu bekommen in Bedeutung und Art der Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung ist naheliegend, da der niederländische Gesetzgeber für Bedeutung und Herkunft des Artikels 230 des Dritten Buches des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches nach dem niederländischen BGB von 1838 (das alte, niederländische Bürgerliche Gesetzbuch, aNBGB) verweist. Diese Verweisung als Ausgangspunkt nehmend, wurde von der Gegenwart zurück in die Vergangenheit gearbeitet. Sowohl das alte, niederländische Bürgerliche Gesetzbuch als auch der Code civil von 1804 (Cc alt) wurden untersucht. Die Bestimmungen über die Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek im alten, niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuch waren nämlich auf den Bestimmungen über die Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek im Code civil 1804 basiert. Aus der Untersuchung nach der Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek in diesen Gesetzbüchern tritt hervor, dass die Lehre älter ist als die nationalen Kodifikationen des bürgerlichen Rechts des neunzehnten Jahrhunderts. Auch die Periode vor dem Entstehen dieser Kodifikationen wird deshalb bei der Untersuchung mit einbezogen. Die Ausdrucksweise in Artikel 1209 aNBGB und 2114 Cc, dass die Hypothek "auf alle verbundenen, unbeweglichen Sachen in ihrer Gesamtheit, auf jede dieser Sachen und auf jeden Teil dieser Sachen, bestellst ist" stammt aus einem Traktat des französischen Juristen Charles Dumoulin (Carolus Molinaeus, 1500-1566). In seinem Traktat *Extricatio labyrinthi dividui et individui* reagiert Dumoulin auf die Lehre einiger mittelalterlichen Glossatoren und Kommentatoren des gemeinen Rechts, beinhaltend

das Pfandrecht und Hypothek unteilbar sind. Darum wird auch das mittelalterliche *ius commune* untersucht. Zudem wird das alt-französische Recht berücksichtigt, da diese gewohnheitsrechtliche Tradition, neben der römischrechtlichen Tradition des *ius commune*, Einfluss hatte auf die Regulierung van Pfandrecht und Hypothek im Code civil von 1804. Das klassische römische Recht wird separat untersucht. Zum Schluss werden aufgrund der historischen Untersuchung einige Schlussfolgerungen für das heutige, niederländische Recht gezogen.

2 Das klassische römische Recht

Traditionell werden die "römischrechtlichen" Wurzeln der Lehre der Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek im Schrifttum betont. Die Lehre wurde daher von Rechtshistorikern fast ausnahmslos lediglich für das klassische römische Recht untersucht. Die Periode zwischen der Entstehung des Corpus iuris civilis im sechsten Jahrhundert und der Entstehung der nationalen Kodifikationen des bürgerlichen Rechts im neunzehnten Jahrhundert wurde negiert. Das klassische römische Recht kannte das Prinzip der Unteilbarkeit dieser Rechte nicht. Pfandrecht und Hypothek wurden nirgends unteilbar genannt. Außerdem war das römische Recht nach seiner Art zu kasuistisch orientiert um ein derartiges "Prinzip" zum Ausgangpunkt zu nehmen. Eine der Schlussfolgerungen dieser Studie ist daher, dass die Lehre der Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek nicht im klassischen römischen Recht, sondern im mittelalterlichen *ius commune* entwickelt wurde (siehe Paragraph 3 dieser Zusammenfassung). In der vorliegenden Studie wird das klassische römische Recht deshalb von der Perspektive des *ius commune* heraus betrachtet. Die Texte aus dem Corpus iuris civilis, die im *ius commune* verwendet wurden, um die Lehre der Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek zu begründen, werden für die Besprechung des klassischen römischen Rechts zum Ausgangspunkt genommen.

Das Schrifttum über die Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek im klassischen römischen Recht ist hauptsächlich deutschen Ursprungs. Zumal in der pandektistischen Literatur wurde der Lehre viel Aufmerksamkeit gewidmet. Das Vorgehen Heinrich Dernburgs in seiner einflussreichen Monografie über das Pfandrecht ist exemplarisch.[1] Das römische Recht wurde, wie der Titel von Dernburgs Arbeit bereits verrät, durch die Pandekten nicht historisch betrachtet, sondern als geltendes Recht behandelt. Zudem gibt es Literatur aus der Zeit nach der Einführung des BGBs. In dieser Literatur wird das klassische römische Recht von der Perspektive der Paragrafen des BGBs heraus betrachtet. Die diesbezüglich wichtigste Studie ist Andreas Wackes

1 H. Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts I-II*, Leipzig 1860-1864.

"Ungeteilte Pfandhaftung" .[2] Der offensichtliche Nachteil dieser Betrachtungsweise ist, dass die dazwischen liegenden Fasen der Rechtsentwicklung nicht berücksichtigt werden und man daher, d.h. der exklusiven Inanspruchnahme des klassischen römischen Rechts zufolge, die Art der Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek falsch auffasst. So verliert man die wichtige Einsicht, dass die Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek kein klassisch-römischrechtliches Prinzip war, aus dem Auge. Außerdem werden erneut bestimmte Schlussfolgerungen gezogen, die im *ius commune* bereits lange feststanden. Im neunzehnten Jahrhundert galt es zum Beispiel im deutschen Schrifttum als ein Irrtum, dass Pfandrecht und Hypothek unteilbar seien. Die Überlegung dabei war, dass Pfandrecht und Hypothek auch auf einen ungeteilten Anteil (*pars pro indiviso*) bestellt werden konnten. Hier liegt der Ursprung der Lehre der sogenannten "ungeteilten Pfandhaftung". Man erkannte anscheinend nicht, dass sich die Lehre der Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek bei den Glossatoren und Kommentatoren nicht auf die Frage ob Pfandrecht oder Hypothek auf einen ungeteilten Anteil bestellt werden konnten, bezog. Diese Möglichkeit wurde im mittelalterlichen *ius commune* nämlich allgemein anerkannt. Außerdem hatte Dumoulin diesen "Irrtum" in Bezug auf den Ausdruck "unteilbar" bereits im sechszehnten Jahrhundert klargestellt. Zudem wird die Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek im modernen romanistischen Schrifttum auf Regeln bezogen, auf die sie im *ius commune* ursprünglich keinen Bezug hatte. So nimmt Wacke an, dass der Sicherungsnehmer aufgrund der Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek ein Optionsrecht hat. Ein derartiges Optionsrecht wurde im *ius commune* jedoch nie aus der Unteilbarkeit hergeleitet. Die Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek bezog sich im *ius commune* einzig und allein auf die Regel, dass das gesamte Unterpfand belastet blieb, bis die gesamte Schuld beglichen war.

Im Corpus iuris civilis gibt es verschiedene Texte, die bestätigen, dass Pfandrecht (*pignus*) und Hypothek (*hypotheca)* auf der gesamten belasteten Sache bestellt blieben, solange die gesamte, versicherte Forderung noch nicht bezahlt war. Der Pfandgläubiger war berechtigt die gesamte, belastete Sache zu behalten, solange die gesamte Schuld noch nicht beglichen war. Die *actio pigneraticia* des Pfandbestellers entstand erst nachdem die gesamte, versicherte Forderung bezahlt war (D. 13,7,9,3). Außerdem durfte der Sicherungsnehmer die gesamte Sache verkaufen, selbst wenn der größte Teil der Schuld bereits bezahlt war (C. 8,27,6). Der Sicherungsnehmer konnte die gesamte, belastete Sache mit einer sachlichen Klage, der *actio Serviana*, auch *actio hypothecaria* genannt, einklagen und zur Verwertung übergehen. Das bedeutete jedoch nicht, dass der Sicherungsnehmer in allen Fällen Recht hatte auf den gesamten Verwertungserlös. Der Sicherungsnehmer konnte seine Forderung lediglich vorrangig, vor den anderen Gläubigern, aus dem Verwertungserlös befriedigen.

2 A. Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', *Index* 3, 1972, p. 454-502.

Der Sicherungsgeber konnte mit einer persönlichen Klage (der *actio pigneraticia*) die Differenz zwischen dem Verwertungserlös und der gesicherten Forderung, den sogenannten Mehrerlös (*superfluum*), zurückfordern. Die Forderung zur Rückzahlung des Mehrerlöses war also lediglich ein persönliches Recht des Sicherungsgebers gegen den Sicherungsnehmer. Der Sicherungsgeber konnte, mit anderen Worten, nachdem er einen Teil der Schuld bezahlt hatte, nicht einen Teil des Unterpfandes (eine *pars pro indiviso*) mit einer dinglichen Klage zurückfordern. Das Sicherheitsrecht war also im klassischen römischen Recht nicht "proportional". Wenn ein Teil der Schuld bezahlt war, wurde kein entsprechender Teil des Unterpfandes von dem Sicherheitsrecht befreit.

Diese Regel wurde im klassischen römischen Recht nicht aus der Tatsache hergeleitet, dass Pfandrecht und Hypothek *sachliche* Rechte waren, die auf (unteilbaren) Sachen lasteten. Pfandrecht und Hypothek konnten schon im klassischen römischen Recht auch auf den ungeteilten Anteil (*pars pro indiviso*) einer Sache bestellt werden. Grundsätzlich wäre es daher auch möglich gewesen, dass das Unterpfand in Umfang abnimmt, wenn ein Teil der versicherten Schuld bezahlt ist. Das war jedoch nicht der Fall. Die Regel, dass das gesamte Unterpfand belastet blieb, solange die gesamte Forderung noch nicht bezahlt war, wurde nicht auf ein sachenrechtliches Prinzip basiert, sondern auf den Parteienwille. Der römische Jurist Paulus hat diesen Grundsatz in zwei Texten durch einen Vergleich zwischen der Funktionsweise einer Vertragsstrafe und der Funktionsweise des Pfandrechts (D. 10,2,25,14 und D. 45,1,85,6) erläutert. Paulus zufolge, musste die gesamte Strafe bezahlt werden, sogar wenn der größte Teil der Leistung bereits erbracht war. In Paulus Interpretation der Vertragsstrafe beabsichtigten die Parteien damit also zu garantieren, dass die gesamte verschuldete Leistung erbracht wird. Ebenso musste, Paulus zufolge, der gesamte verschuldete Betrag bezahlt sein, bevor das Sicherungsrecht erlisch. Zudem zeigt sich in D. 20,1,19, dass die Regel ebenfalls aufging, wenn *mehrere* Sachen zur Sicherung derselben Schuld, belastet worden waren. Der Gläubiger musste auch in diesem Fall bei einer Teilleistung nicht einen Teil des Unterpfandes an den Schuldner zurückgeben. Das gesamte Unterpfand diente zur Sicherung der ganzen Leistung.

Diese Regel galt nicht nur in der Beziehung zwischen Schuldner und Gläubiger, sondern auch wenn die ursprüngliche, versicherte Schuld unter den Erben einer der Parteien des Sicherungsvertrags, verteilt war. Wenn z.B. der Schuldner starb und mehrere Erben hinterließ, wurde seine Schuld unter den Erben verteilt. Aus verschiedenen Texten folgt, dass das Sicherungsrecht zur Sicherung der *ursprünglich* versicherten Schuld diente. Der Sicherungsnehmer war also berechtigtberechtigt die Sache zu behalten, bis jeder Erbe des Schuldners seine Schuld bezahlt hatte (D. 13,7,8,2 und C. 8,30,1). Außerdem war der Gläubiger berechtigt berechtigtdie gesamte, belastete Sache mit einer *actio hypothecaria* ein zu klagen. Der Erbe konnte dann entweder die ganze Sache herausgeben, oder die gesamte Schuld des Erblassers bezahlen (C. 8,31,2). In wieder einem anderen Text wird bestätigt, dass der Gläubiger die eingeklag-

te Sache auch verkaufen durfte (C. 8,27,16). Im umgekehrten Fall, wenn der Gläubiger starb und mehrere Erben hinterließ, wurde die versicherte Forderung unter seinen Erben verteilt. Das Sicherungsrecht diente dann zur Sicherung jeder neuentstandenen Forderung. Jeder Erbe des Gläubigers war eigens berechtigt die ganze, belastete Sache mit der *actio Serviana in solidum* (C. 8,31,1) ein zu klagen. Es ist nicht deutlich, ob die Erben das Unterpfand gemeinsam verwerten mussten. Eine derartige Regel ergibt sich aus keiner der Quellen. Die einzige Schlussfolgerung die gezogen werden kann ist, dass Pfandrecht und Hypothek zur Sicherung der gesamten, ursprünglich versicherten Schuld dienten.

3 DAS *IUS COMMUNE*

Die Lehre der Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek ist, wie bereits zuvor erwähnt, im mittelalterlichen *ius commune* entstanden. Dabei sind nur wenige Glossatoren und Kommentatoren beteiligt gewesen. In dieser Studie sind besonders die Schriften des Accursius, Baldus, Bartolus, Butrigarius, Cynus und Revigny berücksichtigt. Odofredus (†1265), ein Zeitgenosse und Konkurrent des Accursius, war wahrscheinlich einer der ersten Glossatoren, wenn nicht der erste, der vielfach und konsequent das Axiom "das Pfandrecht ist unteilbar" ('*pignoris obligatio individua est*') und vergleichbare Äußerungen verwendete. Die *sedes materiae* war C. 8,27,6. Dieser Text handelt vom Verkaufsrecht (*ius vendendi*) des Hypothekargläubigers. Der Hypothekargläubiger war berechtigt die belastete Sache zu verkaufen, solange die gesamte versicherte Schuld noch nicht bezahlt war. Obwohl Odofredus die Bezeichnung "Unteilbarkeit des Pfandrechts (*pignus*)" verwendete, umfasste die Regel auch die Hypothek (*hypotheca*). Im mittelalterlichen *ius commune* wurde zwischen beiden Sicherheitsrechten kein Unterschied gemacht. Die Regel war anwendbar im Rechtsverhältnis zwischen Schuldner und Hypothekargläubiger, aber auch im Rechtsverhältnis zwischen den Erben des Schuldners und dem Hypothekargläubiger, und im Rechtsverhältnis zwischen den Erben des Hypothekargläubigers und dem Schuldner. Genauer gesagt, beinhaltete die Unteilbarkeit, dass das gesamte Unterpfand belastet blieb, solange die gesamte Schuld noch nicht bezahlt war, *zur Sicherung dessen wofür das Sicherungsrecht bestellt war.*

Auch Butrigarius (1274-1348) und Baldus de Ubaldis (1327-1400) verwendeten die "Unteilbarkeitsterminologie" in Bezug auf das Pfandrecht. Butrigarius sprach in seinem Codex-Kommentar konsequent über "die Unteilbarkeit der Pfandlöschung" (*pignoris* liberatio *individua est*). Er unterschied die Tilgung der persönlichen Schuld, die teilbar war, von der unteilbaren Erlöschung des Sicherungsrechts. Diese Lehre der unteilbaren Pfandlöschung beinhaltete, dass das Sicherungsrecht auf dem Unterpfand lasten blieb, solange die gesamte Schuld, zu deren Sicherung das Sicherungsrecht bestellt war, noch

nicht bezahlt war. Baldus dagegen war nicht konsequent und benutzte vier verschiedene Ausdrucksweisen. Trotz Unterschiede in der Ausdrucksweise können jedoch zwischen diesen Juristen keine materiell-rechtlichen Unterschiede aufgezeigt werden. Genauso wenig sind materiell-rechtliche Unterschiede auf zu weisen zwischen den Glossatoren und Kommentatoren, die Pfandrecht und Hypothek unteilbar nennen und den Glossatoren und Kommentatoren, die Pfandrecht und Hypothek nicht unteilbar nennen. Von den in dieser Studie untersuchten Juristen gehören Azo, Accursius, Revigny, Cynus und Bartolus zur letzteren Gruppe.

Auf die Arbeit der Glossatoren und Kommentatoren kam im sechzehnten Jahrhundert eine Reaktion des französischen Juristen Charles Dumoulin. In seinem Traktat *Extricatio ex labyrinthi dividui et individui* stellte er eine neue, übergreifende Theorie über die Teilbarkeit und Unteilbarkeit auf. In diesem Traktat reagierte er abweisend auf das mittelalterliche *ius commune*. So wand er sich von den verschiedenen Formen der Unteilbarkeit in den Arbeiten der Glossatoren und Kommentatoren ab. Laut Dumoulin gab es nur *eine* Form der Unteilbarkeit. Auch kehrte er sich, in diesem Traktat, in Bezug auf die Lehre der Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek gegen die Auffassungen der *"glossae"* und *"doctores"*. So bestritt Dumoulin die Auffassung das Pfandrecht und die Hypothek seien unteilbar. Sowohl in Bezug auf die Bestellung, als auch in Bezug auf die Erlöschung sind Pfandrecht und Hypothek *teilbar*. So können Pfandrecht oder Hypothek auf den ungeteilten Anteil (*pars pro indiviso*) einer Sache bestellt werden. Es ist auch möglich einen Teil einer Schuld mit einem Pfandrecht oder einer Hypothek zu versichern. Die Erlöschung des Sicherungsrechts sei außerdem strenggenommen auch nicht unteilbar. Die Parteien können nämlich vereinbaren, dass ein Teil des Unterpfandes von dem Sicherungsrecht befreit wird, wenn ein Teil der versicherten Schuld bezahlt ist. Dumoulin scheint mit der Behauptung, dass die *Erlöschung* des Sicherungsrechts teilbar ist, auf den mittelalterlichen Juristen Butrigarius zu reagieren. Butrigarius behauptete nämlich, dass die Erlöschung des Pfandrechts unteilbar sei. Dumoulin erwähnt dessen Namen jedoch nirgends.

Trotz dieser Polemik mit den Glossatoren und Kommentatoren gab es keinen materiell-rechtlichen Unterschied zwischen dem Resultat der Lehre der Glossatoren und Kommentatoren und dem der Lehre Dumoulins. Beiden Lehren zufolge blieben Pfandrecht und Hypothek, solange die gesamte Schuld, zu deren Sicherung das Sicherungsrecht bestellt war, noch nicht bezahlt war, auf der gesamten Sache lasten. Dies nannte Dumoulin, im subtilen Unterschied zu der durch ihn verworfenen Lehre der "Unteilbarkeit", die "Ungeteiltheit" des Pfandrechts und der Hypothek. Dumoulin bezog die Ungeteiltheit auf das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner und auf die Situation in der das versicherte Schuldverhältnis zwischen den Erben des Schuldners oder denen des Gläubigers aufgeteilt wird. Laut Dumoulin blieb das Sicherungsrecht auf dem gesamten Unterpfand lasten, solange die gesamte versicherte Schuld noch nicht bezahlt war. Er nannte diese Lehre nur anders als

die Kommentatoren und Glossatoren. Seine Bezeichnung ist jedoch nie rezipiert worden und wird deshalb in dieser Studie weiterhin nicht verwendet. Dumoulins Standpunkt zur Lehre der Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek ist trotzdem aufschlussreich, da er ersichtlich machte worauf sich die Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek bezog, indem er betonte, dass die Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek auf dem Parteienwille basierte. Die Regel, dass das gesamte Unterpfand, zur Sicherung jedes Teiles der versicherten Schuld, belastet blieb, war also nicht zwingendes Recht. Es wurde lediglich unterstellt, dass die Parteien dies vereinbart hatten, aber die Parteien konnten eine andere Regelung vereinbaren. Dumoulin beschaute die Ungeteiltheit des Pfandrechts und der Hypothek außerdem als eine Regel, die im *gemeinsamen Interesse* des Gläubigers und des Schuldners war. Die Parteien kannten beim Abschluss des Sicherungsvertrages nämlich oft den Wert der Sachen, die belastet wurden, nicht. Außerdem kann sich der Wert, falls die Parteien diesen beim Abschluss des Vertrages doch kennen, mit der Zeit verändern. Dumoulin zufolge war es deshalb gut, dass das gesamte Unterpfand belastet blieb bis die gesamte Schuld bezahlt war. Die Ungeteiltheit des Pfandrechts und der Hypothek bewirkte, dass eventuelle Wertschwankungen des Unterpfandes aufgefangen wurden, da der Sicherungsnehmer sein Recht immer auf das gesamte Unterpfand ausüben konnte.

Das Traktat von Dumoulin hatte viel Einfluss auf die Redakteure des Code civils. Aus diesem Grund ist es das unverkennbare Zwischenglied zwischen dem mittelalterlichen *ius commune* und den nationalen Kodifikationen des Bürgerlichen Rechts, dem Code civil 1804 und dem niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuch 1838. Bevor diese Kodifikationen besprochen werden folgt jedoch erst die Besprechung einer anderen Strömung, die Einfluss hatte auf den Code civil 1804, das alt-französische Recht ("ancien droit français").

4 Das alt-französische Recht

In dieser Studie ist, neben der römischrechtlichen Tradition des *ius commune*, auch die französische, gewohnheitsrechtliche Tradition des sogenannten alt-französischen Rechts ("ancien droit français") berücksichtigt. Damit sind die verschiedenen Gewohnheitsrechte gemeint, die im Norden Frankreichs während dem Ancien Régime in Kraft waren. Auch diese Tradition gehört zu den Grundlagen der Regelung des Pfandrechts und der Hypothek im Code civil 1804. In den Kommentaren aus dem neunzehnten Jahrhundert über den Code civil 1804 wird daher beim Artikel 2114 über die Unteilbarkeit der Hypothek auch auf das alt-französische Recht hingewiesen. Einige Eigenheiten des Code civiles 1804 und des alten, niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches können nur vor dem Hintergrund dieses alt-französischen Rechts und der Rezeption des römischen Rechts, innerhalb des alt-französischen Rechts, erklärt werden. Diese Rezeption hat nämlich zur einer Vermengung der

einheimischen französischen Rechtsfigur der Grundschuld ('rente foncière') und der römischrechtlichen Hypothek geführt. Die französische Grundschuld war eine Rechtsfigur bei der eine Liegenschaft selbst zum Schuldner eines Schuldverhältnisses wurde. In der Praxis bedeutete das, dass jeder Besitzer einer mit Grundschuld belasteten Liegenschaft verpflichtet war die "Rente" zu *zahlen*. Diese Rentenschuld wurde jedoch im Laufe der Zeit als Hypothek interpretiert, was zur Folge hatte, dass der Sicherheitsgläubiger im alt-französischen Recht mit der 'action hypothécaire' von jedem Besitzer einer belasteten Sache, *Bezahlung* der Schuld fordern konnte, statt, wie im römischen Recht, lediglich auf die Herausgabe der belasteten Sache klagen zu können. Die Unteilbarkeit der Hypothek bewirkte außerdem, dass man die Bezahlung der *gesamten* Schuld fordern konnte.

Die römischrechtliche Hypothek wurde im französischen Ancien Régime mindestens seit der zweiten Hälfte des vierzehnten Jahrhunderts als "unteilbar" aufgefasst. Dies zeigt sich in den Arbeiten von D'Ableiges (†1402) und Jean le Coq (ca. 1340-1399). Die Unteilbarkeit der 'action hypothécaire' wird in den Quellen aus dem vierzehnten Jahrhundert im Rahmen des Erbrechts behandelt. Seit dieser Zeit, ist dies eigentlich auch die wichtigste Anwendung der Unteilbarkeit der Hypothek im alt-französischen Recht geblieben. D'Ableiges setzt die Unteilbarkeit der hypothekarischen Klage ausdrücklich in Kontrast zu der Verteilung der persönlichen Schuld unter den Erben des Schuldners. Was die Unteilbarkeit der hypothekarischen Klage jedoch genau beinhaltete wird aus den Quellen des vierzehnten Jahrhunderts nicht deutlich. D'Ableiges scheint an zu nehmen, dass der Gläubiger mit der hypothekarischen Klage von jedem Erben des Schuldners die Bezahlung der gesamten Schuld fordern konnte. In jedem Fall, war dies sicher ab dem sechszehnten Jahrhundert in zwei der wichtigsten gewohnheitsrechtlichen Kreisen Frankreichs der Fall, nämlich in Paris und Orléans. Den Gewohnheiten von Paris und Orléans zufolge, war jeder Erbe, verpflichtet die gesamte Schuld des Erblassers zu bezahlen ('tenu payer le tout'), wenn er im Besitz (von einem Teil) der Sachen war, die von dem Erblasser belastet worden waren. Der Hypothekargläubiger konnte, mit anderen Worten, mit der hypothekarische Klage von jedem Erben, der Besitzer der belasteten Sache geworden war, die *Bezahlung* der gesamten Schuld fordern. Dem Wortlaut von Artikel 333 der Coutume de Paris und Artikel 358 der Coutume d'Orléans zufolge, hatte der Erbe nicht einmal das Recht einer Verurteilung zur Bezahlung der gesamten Schuld zuvor zu kommen indem er die Sache zur Verwertung abtrat ('délaissement'). Hieraus erweist sich einmal mehr der vom römischen Recht stark abweichende Charakter der alt-französischen Hypothek.

Im Laufe des siebzehnten Jahrhunderts machte sich im damaligen französischen Schrifttum einige Kritik auf diese Regelung laut. Die Hypothek und die Haftung der Erben wurden allmählich mehr und meht im Sinne des römischen Rechts interpretiert, zum Beispiel von Le Brun (1640-1708) in seinem *Traité des successions*. Die Befugnis des Gläubigers um mit der hypothekarischen Klage

Bezahlung vom Erben, der Besitzer der belasteten Sache war, zu fordern, ist jedoch im alt-französischen Recht nie verschwunden. Sogar Pothier (1699-1772) war noch der Ansicht, dass der Gläubiger mit der "*persönlichen* hypothekarischen Klage" – aus römischrechtlicher Sicht eine *contradictio in terminis* – von sowohl dem Schuldner selbst, als auch von jedem Erben, der Besitzer der belasteten Sache geworden war, die Zahlung der gesamten, versicherten Schuld fordern konnte. Ursprünglich konnte der Erbe, der zum Besitzer wurde, wie bereits erwähnt, einer Verurteilung zur Bezahlung der gesamten Schuld nicht entkommen indem er die belastete Sache abtrat ('délaissement'). Dieser Standpunkt wurde letztendlich losgelassen. Es ist ein Symptom der stets weitergehenden Rezeption römischrechtlicher Begriffe und Rechtsfiguren in das damalige französische Gewohnheitsrecht. Demzufolge wurde auch, in allen Fällen in denen der Erbe kein Besitzer mehr war, angenommen, dass er nicht mehr verurteilt werden konnte zur Bezahlung der gesamten Schuld. Der Erbe haftete in diesem Fall nur noch für seinen Erbanteil in der Schuld. Wenn der Erbe im Besitz der belasteten Sachen war, konnte jedoch, bis zur Einführung des Code civiles, Bezahlung der gesamten Schuld von ihm gefordert werden. Diese gewohnheitsrechtliche Regel ist selbst nach der Einführung des Code civiles nie völlig verschwunden. Im Code civil von 1804 sind noch Spuren davon zu finden und damit auch im alten, niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuch.

5 Der französische Code civil 1804 und das niederländische Bürgerliche Gesetzbuch 1838

Die Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek wurde 1804 im Code civil in den Artikeln 2083 Cc (alt) und 2114 Cc (alt) kodifiziert. Diese Bestimmungen waren von Dumoulins Traktat über die Teilbarkeit und Unteilbarkeit inspiriert. Die Formulierung der Unteilbarkeit der Hypothek des Artikel 2114 Cc (alt) stammt sogar fast wörtlich aus dem Traktat Dumoulins. Der zweite Satz von Artikel 2114 Cc (alt) lautete: "Elle est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles". Diese Ausdrucksweise ist auf der Formulierung "*omnis hypotheca sive legis sive hominis est tota in toto, et in qualibet parte*" aus Teil 11, Paragraf 91 des Traktats Dumoulins basiert. Im französischen Schrifttum des 19. Jahrhundert wurde daher auch allgemein angenommen, dass die Lehre der Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek im Code civil 1804 auf der Schrift Dumoulins basierte. Dementsprechend orientierte man sich auch an Dumoulins Sichtweise auf die Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek. So wurde die Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek scharf von der Unteilbarkeit der Grunddienstbarkeiten und der Unteilbarkeit der vertraglichen und außervertraglichen Obligationen unterschieden. Die letzten zwei Rechtskategorien seien nämlich *absolut* unteilbar, in dem Sinne,

dass die Parteien nicht von der Unteilbarkeit abweichen könnten. Eine Grunddienstbarkeit konnte zum Beispiel nicht auf einen ungeteilten Anteil (*pars pro indiviso*) des dienenden Grundstückes bestellt werden, selbst nicht wenn die Parteien das gewollt hätten. Die Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek hingegen war nicht zwingendes Recht. Die Regeln, die aus der Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek hervorgingen, waren lediglich eine *praesumptio iuris* über dasjenige was die Parteien vereinbart hatten.

Die Regeln, die aus der Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek hervorgingen, sind weiter oben bereits mehrere Male ausformuliert worden. Im französischen Recht kamen unter dem Code civil jedoch auch neue Elemente hinzu. So hatte der Hypothekargläubiger, wenn verschiedene Sachen zur Sicherheit derselben Schuld belastet waren, ein Wahlrecht. Er konnte wählen welche Sache oder welche Sachen er zur Befriedigung seiner Forderung verwerten wollte. Ein derartiges Wahlrecht ist im *ius commune* nie mit der Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek in Verbindung gebracht. Eine andere Entwicklung im französischen Recht unter dem Code civil war, dass man im Laufe der Zeit die Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek nicht mehr, wie anfänglich schon, auf den Parteienwille, sondern auf die Tatsache, dass Pfandrecht und Hypothek dingliche Rechte sind, basierte. Diese Suche nach einer neuen Grundlage der Lehre der Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek wurde höchstwahrscheinlich durch die Tatsache, dass nicht nur konventionelle ("vereinbarte") Sicherungsrechte als unteilbar galten, sondern *auch* rechtliche ("gesetzliche") Sicherungsrechte, wie die unterschiedlichen, gesetzlichen Vorrechte ("privilèges"), ausgelöst. Die Unteilbarkeit der gesetzlichen Sicherungsrechte konnte ja nicht mit der Vermutung über den Parteienwillen erklärt werden, da diese Sicherungsrechte *von Rechts wegen* zustande kamen. Die Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek entwickelte sich damit zu einem Prinzip der dinglichen Sicherungsrechte im Allgemeinen. Eine mehr oder weniger vergleichbare Entwicklung trat auch im niederländischen Recht ein.

Die Artikel über die Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek im niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1838 wurden buchstäblich aus dem Code civil 1804 übernommen. Für den Hintergrund der Rechtsregeln, die im niederländischen Recht unter dem alten Bürgerlichen Gesetzbuch aus der Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek hervorgingen, kann also nach dem französischen Recht unter dem Code civil 1804 verwiesen werden. Der Charakter der Unteilbarkeit machte jedoch im niederländischen Recht eine eigene Entwicklung durch. Durch die Kodifikation im Bürgerlichen Gesetzbuch 1838 bekam die Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek im niederländischen Recht, ebenso wie im französischen Recht, einen anderen Charakter als im *ius commune*. Im 19. Jahrhundert war die niederländische Rechtswissenschaft nämlich sehr legistisch. Man argumentierte hauptsächlich auf Basis des Gesetzestextes und benutzte keine oder kaum rechtsgeschichtliche Argumente. Illustrativ ist die Diskussion, die über die Ausdrucksweise in

Artikel 1209 aNBGB, dass die Hypothek "uit deszelfs aard" ("nach ihrer Art") unteilbar war, entstanden ist. In diese Worte wurde mitunter hineininterpretiert, dass sie bedeuteten, dass die Hypothek *absolut* unteilbar war, in dem Sinne, dass die Parteien nicht von der Unteilbarkeit abweichen konnten. Die herrschende Meinung war jedoch, dass die Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek abdingbar war. Bis auf einige wenige, wusste man jedoch nicht, dass letzteres ursprünglich auch mit den Worten 'de sa nature' ('uit deszelfs aard') in Artikel 2114 Cc (alt), der Artikel auf dem Artikel 1209 aNBGB basiert war, gemeint war.

Die Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek wurde außerdem mehr und mehr als "Grundsatz" aufgefasst, der sich in unterschiedlichen Rechtsvorschriften manifestieren sollte. Die gängige Interpretation des Artikel 1336 Absatz 1 Ziffer 1 aNBGB ist ein gutes Beispiel. In diesem Artikel wurden "hypothekarische Schulden" (Schulden, die mit einer Hypothek versichert waren) von der Regel, dass teilbare Schulden unter den Erben des Schuldners verteilt werden (Artikel 1335 aNBGB), ausgenommen. Laut den meisten Juristen enthielt diese Bestimmung einfach eine Anwendung des "Prinzips der Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek". Sie wäre also eigentlich überflüssig. Der Groninger Zivilist Gerard Diephuis wies jedoch zurecht darauf hin, dass die Erben, die im Besitz einer belasteten Sache waren, auf Grund dieser Bestimmung für die gesamte Schuld des Erblassers, *haftbar* waren. Der Gläubiger war, mit anderen Worten, auf Grund dieser Bestimmung berechtigt von jedem Erben, der im Besitz einer belasteten Sache war, *Bezahlung* der gesamten, versicherten Schuld zu fordern, ungeachtet ob der Erbe im Innenverhältnis verpflichtet war die gesamte Forderung zu bezahlen. Diese Regelung war also tatsächlich ein Überbleibsel aus dem alt-französischen Recht und keine Auswirkung des "Prinzips" der Unteilbarkeit der Hypothek. Diese unglückliche Fixierung auf ein angebliches "Prinzip" der Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek" hat auch im heutigen niederländischen Recht unter dem Bürgerlichen Gesetzbuch 1992 angedauert.

6 SCHLUSS: DAS HEUTIGE, NIEDERLÄNDISCHE RECHT

Im heutigen, niederländischen Recht ist die Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek in Artikel 230 des Dritten Buches des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches kodifiziert: "Pfandrecht und Hypothek sind unteilbar, selbst dann wenn die Verpflichtung für die das Recht bestellt wurde, zwei oder mehr Gläubiger oder Schuldner hat und die Verpflichtung unter ihnen verteilt wird.". Aus der legislativen Entstehungsgeschichte ergibt sich nur, dass die Bestimmung eine Re-kodifikation der Artikel 1206 und 1209 aNBGB ist. Trotzdem gibt es einige, bedeutende Veränderungen hinsichtlich der Kodifikation der Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek im alten, niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuch. So sind Pfandrecht und Hypothek

nichtmehr "uit deszelfs aard" ("nach ihrer Art") unteilbar. Damit scheint sich der Gesetzgeber der Kritik gegen diese Ausdrucksweise angeschlossen zu haben. Außerdem ist Artikel 230 des Dritten Buches des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches abstrakter formuliert. Daraus scheint zu folgen, dass der Gesetzgeber die Unteilbarkeit in mehreren Situationen anwendbar sein lassen will. Im alten, niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuch waren, z.B. in Artikel 1206 aNBGB, die Auswirkungen auf das Pfandrecht, wenn die versicherte Schuld zwischen den Erben des Schuldners oder zwischen den Erben des Gläubigers verteilt wurden, noch ausdrücklich geregelt. Artikel 230 des Dritten Buches des heutigen niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches ist breiter formuliert, in dem Sinne, dass mehr im Allgemeinen festgelegt wird, dass Pfandrecht und Hypothek unteilbar sind, "selbst dann wenn die Verpflichtung für die das Recht bestellt wurde zwei oder mehr Gläubiger oder Schuldner hat und die Verpflichtung unter ihnen verteilt wird".

Der Artikel versäumt es jedoch zu vermelden was die Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek tatsächlich beinhaltet. Im heutigen, niederländischen Schrifttum herrscht daher Verwirrung über die Bedeutung der Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek. In vielen, verschiedenen Situationen fragt man sich, ob das "Prinzip" der Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek anwendbar ist. Eine Frage, die z.B. gestellt wird, ist ob die Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek mit sich bringt, dass wenn mehrere Sachen zur Sicherung derselben Schuld belastet werden, nur ein Sicherungsrecht bestellt worden ist. Diese Frage wurde, historisch betrachtet, im Zusammenhang mit der Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek nie besprochen. Diese Entwicklung kann wahrscheinlich wie folgt erklärt werden. Erstens betrachtet man die Lehre nicht mehr rechtsgeschichtlich. Man weiß nicht woher die Lehre kommt und daher auch nicht was sie beinhaltet. Zweitens setzt sich damit im heutigen, niederländischen Recht eine Entwicklung durch, die unter dem alten Bürgerlichen Gesetzbuch bereits eingesetzt hatte. Durch die Kodifikation der Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek wird sie als gesetzlicher "Grundsatz" oder gesetzliches "Prinzip" betrachtet. Dieser "Grundsatz der Unteilbarkeit" wird dann ohne weiteres anerkannt, ohne dass man sich fragt was der Grund dafür ist. Aus diesem Grundsatz werden diverse Regeln abgeleitet. Die Formel, die noch in Artikel 1209 des alten, niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches aufgenommen war (die Hypothek ist "auf alle verbundenen, unbeweglichen Sachen in ihrer Gesamtheit, auf jede dieser Sachen und auf jeden Teil davon, bestellt"), ist dabei oft leitend. Auf Grund dieses "Grundsatzes" werden selbst Regeln verfasst, die anderen Rechtsregeln widersprechen. Die folgenden zwei Beispiele verdeutlichen dies. Man leitet aus der genannten Formel zum Beispiel ab, dass der Sicherungsnehmer berechtigt ist zu bestimmen wie er seine Forderung einfordert, wenn die Sachen A und B zur Sicherung derselben Schuld belastet sind. Der Sicherungsnehmer könnte zum Beispiel nur *einen Teil des Verwertungserlöses* von Sache A verwenden, um einen Teil seiner Forderung zu befriedigen, um

dann im Laufe der Zeit den verbleibenden Teil seiner Forderung mit dem Verwertungserlös von Sache B zu befriedigen. Die Überlegung ist, dass jeder Teil des Unterpfandes für jeden Teil der versicherten Schuld aufkommt. Diese Art der Verwertung führt jedoch zu Annahmeverzug: der Gläubiger muss den gesamten Verwertungserlös verwenden, um seine Forderung zu befriedigen, denn sonst ist er im Annahmeverzug. Es ist nicht so, dass diese letzte Regel durch "den Grundsatz der Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek" beiseitegesetzt wird. Ein anderes Beispiel in diesem Zusammenhang, ist die Situation, in der verschiedene Gläubiger einzeln eine Forderung haben, und wobei die Forderungen durch nur ein Sicherungsrecht versichert sind. Es wird argumentiert, dass in diesem Fall jeder Gläubiger berechtigt ist zur Verwertung des Unterpfandes über zu gehen. Diese Regel wird auch aus der Überlegung, dass das gesamte Unterpfand zur Sicherung jedes Teiles der Forderung verwendet werden kann, abgeleitet. Diese Deutung negiert jedoch die Regelung der Gemeinschaft. Die Ausübung des gemeinschaftlichen Sicherungsrechts wird von den gesetzlichen Regeln der Gemeinschaft, nicht aber von dem angeblichen "Grundsatz der Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek" bestimmt.

Die Unteilbarkeit des Pfandrechts und der Hypothek ist auch nach heutigem, niederländischen Recht kein sachenrechtliches Grundprinzip. Es ist lediglich eine gesetzliche Vermutung, dass die Parteien vereinbart haben, dass das gesamte Unterpfand belastet bleibt bis die gesamte Schuld bezahlt ist. Die Parteien können deshalb auch anders verabreden. In allen anderen Fällen bleibt das Sicherungsrecht auf dem gesamten Unterpfand lasten, bis die gesamte Schuld bezahlt ist. Diese Regel ist auch von Vorteil für diejenigen, die ihr Recht von den ursprünglichen Parteien des Sicherungsvertrages ableiten. So dient das Sicherungsrecht zum Beispiel auch zur Sicherung der Forderungen von den Erben der Gläubiger.

Literatuurlijst

TEKSTEDITIES

Accursius, *Acursii glossa in digestum vetus,* in: *Corpus Glossatorum Juris Civilis VII curante iuris italici historiae instituto taurinensis universitatis rectore ac moderatore Mario Viora*, Turijn: ex officina Erasmiana 1969.

Accursius, *Acursii glossa in digestum novum,* in: *Corpus Glossatorum Juris Civilis IX curante iuris italici historiae instituto taurinensis universitatis rectore ac moderatore Mario Viora*, Turijn: ex officina Erasmiana 1968.

Accursius, *Acursii glossa in codicem,* in: *Corpus Glossatorum Juris Civilis X curante iuris italici historiae instituto taurinensis universitatis rectore ac moderatore Mario Viora*, Turijn: ex officina Erasmiana 1968.

Azo, *Azonis lectura super codicem, Hugolini apparatus in tres libros*, Augustae Taurinorum (Turijn): ex officina erasmiana (Bottega d'Erasmo) 1966. Herdruk: Corpus Glossatorum Juris Civilis III curante iuris italici historiae instituto taurinensis universitatis rectore ac moderatore Mario Viora. Oude editie: *Azonis, ad singulas leges xii. Librorum codicis iustinianei, commentarius et magnus apparatus nunquam antea in lucem editus*, Parijs : apud Sebastianum Nivellium sub Ciconiis 1577.

Baldus de Ubaldis, *Baldi Ubaldi perusini iurisconsulti in quartum et quintum codicis libros commentaria*, Venetië 1577.

Baldus de Ubaldis, *Baldi Ubaldi perusini iurisconsulti in vii, viii, ix, x & xi codicis libros commentaria*, Venetië 1577.

Baldus de Ubaldis, *Baldi Ubaldi perusini iurisconsulti in secundam digesti veteris partem commentaria*, Venetië 1577.

Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria cum additionibus Thomae Diplovatatii aliorumque excellentissimorum doctorum, una cum amplissimo Repertorio noviter elucubrato per dictum clarissimum doctorem dominum Thomam Diplovatatium,* curavit G. Polara, Bartolus de Saxoferrato commentaria tomus 1 : Bartolus super prima digesti veteris, Instituto giuridico Bartolo da Sassoferrato, Il cigno Galileo Galilei, Roma 1996.

Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria cum additionibus Thomae Diplovatatii aliorumque excellentissimorum doctorum, una cum amplissimo Repertorio noviter elucubrato per dictum clarissimum doctorem dominum Thomam Diplovatatium,* curavit G. Polara, Bartolus de Saxoferrato commentaria tomus II : Bartolus super secunda digesti veteris, Instituto giuridico Bartolo da Sassoferrato, Il cigno Galileo Galilei, Roma 1996.

Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria cum additionibus Thomae Diplovatatii aliorumque excellentissimorum doctorum, una cum amplissimo Repertorio noviter elucubrato per dictum clarissimum doctorem dominum Thomam Diplovatatium,* curavit G. Polara,

Bartolus de Saxoferrato commentaria tomus VII : Bartolus super prima codicis, Instituto giuridico Bartolo da Sassoferrato, Il cigno Galileo Galilei, Roma 1996.

Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria cum additionibus Thomae Diplovatatii aliorumque excellentissimorum doctorum, una cum amplissimo Repertorio noviter elucubrato per dictum clarissimum doctorem dominum Thomam Diplovatatium,* curavit G. Polara, Bartolus de Saxoferrato commentaria tomus VIII : Bartolus super secunda codicis, Instituto giuridico Bartolo da Sassoferrato, Il cigno Galileo Galilei, Roma 1996.

Basnage, *Traité des hypotheques*

H. de Basnage de Franquesnay, *Traité des hypotheques*, Rouen 1724.

Brodeau, *Commentaire*

J. Brodeau, *Commentaire sur la Coustume de la Prévosté et Vicomté de Paris*, Parijs 1658 (waarin: *Coustumes tenues toutes notoires et jugées au Chastellet de Paris* en *Décisions de Maistre Jean des Marés*).

J. Butrigarius, *Lectura super codice,* herdruk: Arnaldo Forni editore Bologna 1973; Opera iuridica rariora selecta cura et studio Dominici Maffei, Ennii Cortese, Guidonis Rossi XIII. Oude editie: Parijs 1516.

P. de Castro, *Pauli Castrensis in secudam codicis partem commentaria*, Venetië 1582.

Cynus de Pistoia, *Cyni Pistoriensis in codicem et aliquot titulos primi pandectorum tomi, id est, digesti veteris, doctissima commentaria, Tomus II*, Turijn: Bottega d'Erasmo 1964. Oude editie: Frankfurt am Main 1578.

Davot, *Traités sur diverses matieres de droit François*

G. Davot, *Traités sur diverses matieres de droit François a l'usage du duché de Bourgogne, et des autres pays qui ressortissent au Parlement de Dijon, avec des notes de seu Jean Bannelier,* deel 4, 2e druk, Dijon 1789.

Dumoulin, *Extricatio*

C. Dumoulin, *Extricatio labyrinthi dividui et individui*, in: C. Molinaeus, *Opera omnia*, dl. II, Parijs 1624, p. 161-546.

Ferrière, *Nouveau commentaire*

C. de Ferrière, *Nouveau commentaire sur la coutume de la prévoté et vicomté de Paris*.

Guyot, *Répertoire*

J.N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, Parijs 1779, volume 30, sub 'hypotheque'.

Le Brun, *Traité des successions*

D. Le Brun, *Traité des successions divisé en quatre livres*, Parijs 1692.

Louet, *Receuil*

G. Louet, *Receuil d'aucuns notables arrests, donnez en la cour de Parlement de Paris,* nouv. ed. par Brodeau, Parijs 1661.

Loyseau, *Traité du deguerpissement*

C. Loyseau, *Traité du deguerpissement et delaissement par hypotheque*, Parijs 1615.

Loysel, *Institutes coutumières*

A. Loysel, *Institutes coutumières ou Manuel de plusieurs et diverses règles, sentences et proverbs, tant anciens que modernes du droit coutumier et plus ordinaire de la France* (met de noten van Eusèbe de Laurière), ed. Dupin en Laboulaye, 2 delen, Parijs 1846.

A. Negusantius, *Tractatus de pignoribus et hypothecis*, Coloniae Agrippina 1656.
Odofredus, *Lectura super digesto veteri I*, Bologna: Arnaldo Forni editore 1967; *Opera iuridica rariora selecta cura et studio Dominici Maffei, Ennii Cortese, Guidonis Rossi II.1*. Oude editie: Lyon 1550.
Odofredus, *Lectura super digesto veteri II*, Bologna: Arnaldo Forni editore 1968; *Opera iuridica rariora selecta cura et studio Dominici Maffei, Ennii Cortese, Guidonis Rossi II.2*. Oude editie: Lyon 1552.
Odofredus, *Lectura super digesto novo*, Bologna: Arnaldo Forni editore 1968; *Opera iuridica rariora selecta cura et studio Dominici Maffei, Ennii Cortese, Guidonis Rossi IV*. Oude editie: Lyon 1552.
Odofredus, *Lectura super infortiato*, Bologna: Arnaldo Forni editore 1968; *Opera iuridica rariora selecta cura et studio Dominici Maffei, Ennii Cortese, Guidonis Rossi III*. Oude editie: Lyon 1552.
Odofredus, *Lectura super codice I*, Bologna : Arnaldo Forni editore 1968 ; *Opera iuridica rariora selecta cura et studio Dominici Maffei, Ennii Cortese, Guidonis Rossi V 1*. Oude editie: Lyon 1552.
Odofredus, *Lectura super codice II*, Bologna : Arnaldo Forni editore 1969 ; *Opera iuridica rariora selecta cura et studio Dominici Maffei, Ennii Cortese, Guidonis Rossi V 2*. Oude editie: Lyon 1552.
Pothier, *Traité de l'hypothèque*
R.J. Pothier, *Traité de l'hypothèque*, in: M. Dupin, *Œuvres de Pothier*. *Tome huitième,* Parijs 1827.
Pothier, *Coutumes d'Orléans*
R.J. Pothier, *Coutumes des duché, bailliage et prévoté d'Orléans, et ressort d'iceux* in: M. Dupin, *Œuvres de Pothier*. *Tome dixième,* Parijs 1827.
Petrus de Bella Pertica, J. de Revigny, *Super IX libros codicis* [*Lectura super codice*], Parijs 1519; herdruk: P. de Belle Pertica, *Super IX libros codicis*, Frankfurt am Main: Minerva GmbH 1968.
A. de Rosate, *Commentarii in secundam codicis partem*, Bologna : Arnoldo Forni editore 1979; *Opera iuridica rariora selecta cura et studio Dominici Maffei, Ennii Cortese, Guidonis Rossi XXVIII*. Oude editie: Venetië 1585.

Secundaire literatuur

1. Inleiding en 2. Romeins recht

Ankum, 'Pignoris causa indivisa est'
J.A. Ankum, 'Pignoris causa indivisa est', in: J.E. Spruit en M. van de Vrugt (red.), *Brocardica in honorem G.C.J.J. van den Bergh. 22 studies over oude rechtspreuken*, Deventer: Kluwer 1987, p. 1-8.
Bachofen, *Pfandrecht*
J.J. Bachofen, *Das römische Pfandrecht*, Erster Band, Basel 1847.
Berger, *Teilungsklagen*
A. Berger, *Zur Entwickelungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, Weimar: H. Böhlau 1912.

Calonge, *Eviccion*
A. Calonge, *Eviccion: Historia del concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano clásico*, Universidad de Salamanca 1968.
Dernburg, *Pfandrecht I*
H. Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts I*, Leipzig 1860.
Dernburg, *Pfandrecht II*
H. Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts II*, Leipzig 1864.
Fehr, *Beiträge*
M. Fehr, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit* (diss. Upsala), Upsala 1910.
Furche, *Gesamtgrundpfandrecht*
S. Furche, *Das Gesamtgrundpfandrecht in der Insolvenz*, De Gruyter: Berlijn 2005.
Goebel, 'Roman law of Real Security'
R.J. Goebel, 'Reconstructing the Roman Law of Real Security', *Tulane Law Review* 36 (1961-1962), p. 29-66.
Heumann en Seckel
H.G. Heumann en E. Seckel, *Heumanns Handlexicon zu den quellen des römischen Rechts*, Fischer: Jena 1907.
Kaser, *RP I*
M. Kaser, *Das römische Privatrecht I: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München: C.H. Beck 1971.
Kaser, *Studien*
M. Kaser, *Studien zum römischen Pfandrecht*, Napoli 1982.
Van Kralingen, 'Tekst & Uitleg D. 13,7,11,4'
J. van Kralingen, 'Tekst & Uitleg D.13,7,11,4 Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum', *GrOM* XXXI (2014), p. 55-62.
Krämer, *Das besitzlose Pfandrecht*
G. Krämer, *Das Besitzlose Pfandrecht: Entwicklungen in der römischen Republik und im frühen Prinzipat* (diss. Bonn), Köln 2007.
Lenel, *EP*
O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig: B. Tauchnitz 1956.
Macqueron, *Contractus scripturae*
J. Macqueron, *Contractus scripturae. Contrats et quittances dans la pratique romaine*, Camerino-Nice 1982
Manigk, 'Pignus'
A. Manigk, Art. 'Pignus' in *PWRE* XX,1 (1941), koll. 1239-1284.
Manigk, *Gläubigerbefriedigung*
A. Manigk, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung: ein Institut der antiken Rechte*, Berlijn 1910
Mayer-Maly, *Leitfall*
Th. Mayer-Maly, 'Ein Leitfall der Digesten zur Vindikation eines Pfandes in der Hand eines Dritten', *ZSS* 72 (1955), p. 347-357.
Nardi, *Studi sulla retenzione*
E. Nardi, *Studi sulla retenzione in diritto Romano* (3 dln.), Milaan 1947-1958.

Noordraven, *Fiducia*
G. Noordraven, *De fiducia in het Romeinse recht* (diss. Amsterdam), Arnhem: Kluwer 1988.
Out, *Accessoiriëteit*
J.C. Out, *Vormen van accessoriëteit, een romanistische studie over het verschijnsel accessoriëteit bij het goederenrechtelijke zekerheidsrecht* (diss. Leiden), Leiden 2005.
Potjewijd, *Beschikkingsbevoegdheid*
G.H. Potjewijd, *Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging en convalescentie. Een romanistische studie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998.
Rabel, 'Grundzüge'
E. Rabel, 'Grundzüge des römischen Privatsrechts', in: Fr. von Holtzendorff & J. Kohler, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, bnd. I, München 1915, p. 495.
Schulz, *Einführung*
F. Schulz, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen 1916.
Schulz, *Classical Roman Law*
F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951.
Sintenis, *Handbuch*
K.F.F. Sintenis, *Handbuch des gemeinen Pfandrechts*, Halle 1836.
Sirks, 'Pluralité'
A.J.B. Sirks, 'La pluralité des créanciers hypothécaires sans rang en droit romain classique et Paul. 5 'ad Plaut.' D. 20,4,13', *BIDR* 89 (1986), p. 305-326.
Sohm, Mitteis en Wenger, *Institutionen*
R. Sohm, L. Mitteis en L. Wenger, *Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts*, München & Leipzig 1928.
Ubbelohde, *Obligationen*
A. Ubbelohde, *Die Lehre von den untheilbaren Obligationen*, Hannover: C. Rümpler 1862.
Von Wächter, 'Theilung'
C.G. von Wächter, 'Ueber Theilung und Theilbarkeit der Sachen und Rechte', *Archiv für die civilistische Praxis* 27. Bnd, Zweites Heft, Heidelberg 1844.
Wacke, 'Prozessformel und Beweislast'
A. Wacke, 'Prozessformel und Beweislast im Pfandrechtsprätendentenstreit', *TvR* 37 (1969), p. 369-414.
Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung'
A. Wacke, 'Ungeteilte Pfandhaftung', *Index (Quaderni camerti di studi romanistici)* 3, 1972, p. 454-502.
Wacke, 'Pfand-adjudikation'
A. Wacke, 'Paulus Dig. 10,2,29: zur Pfand-adjudikation im Erbteilungsprozess und zur Entwickelung der sog. Hypothekarischen Sukzession', in: D. Medicus und H.H. Seiler (Hrsg.), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München: C.H. Beck 1976, p. 499-532.
Wimmer, 'D. 13,7,11,4 (Ulp. ad ed.)'
M. Wimmer, 'D. 13,7,11,4 (Ulp. ad ed.): Ungeteilte Pfandhaftung und Schuldnerschutz', *ZSS* 121 (2004), p. 359-362.
Windscheid/Kipp, *Pandekten I*
B. Windscheid en Th. Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts I-II*, 9e dr., Frankfurt 1906.

Wubbe, *Res aliena*
F.B.J. Wubbe, *Res aliena pignori data, de verpanding van andermans zaak in het klassieke Romeinse Recht* (diss. Leiden), Leiden 1960.
Wubbe, 'Streitwert'
F.B.J. Wubbe, 'Der Streitwert bei der actio Serviana', in: D. Medicus und H.H. Seiler (Hrsg.), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München: C.H. Beck 1976, pp. 179-200.
Zimmermann, *Obligations*
R. Zimmermann, *The law of obligations*, *Roman foundations of the Civilian Tradition*, Kaapstad 1992.

3 *Ius Commune I:* glossatoren en commentatoren

Hänel, *Dissensiones*
G.F. Hänel, *Dissensiones dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum qui glossatores vocantur*, Aalen: Scientia 1964.
Koschaker, *Europa en het Romeinse recht*
P. Koschaker, *Europa en het Romeinse recht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995.
Lange, *Die Glossatoren*
H. Lange, *Römisches Recht im Mittelalter: 1. Die Glossatoren*, München: Beck 1997.
Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*
H. Lange en M. Kriechbaum, *Römisches Recht im Mittelalter: 2. Die Kommentatoren*, München: Beck 2007.
Schrage, *Utrumque ius*
E.J.H. Schrage, *Utrumque ius. Een inleiding tot de studie van de bronnen van het middeleeuwse geleerde recht*, Amsterdam: VU Uitgeverij 1987.

4 *Ius commune II*: Dumoulin

De Boer, *The science of the soul*
S.W. de Boer, *The science of the soul: the commentary tradition on Aristotle's* De Anima, *c. 1260-c.1360*, Leiden: Leiden University Press 2013.
Gebauer, 'Charles Dumoulin zum 450. Todestag'
M. Gebauer, 'Charles Dumoulin zum 450. Todestag', *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2016 (4), p. 928-949.
Thireau, 'Origines'
J.L. Thireau, 'Aux origines des articles 1217 à 1225 du code civil: l'extricatio labyrinthi dividui et individui de Charles du Moulin', *TvR* 1983/51, p. 51-109.
Toullier, dl. VI
C.-B.M. Toullier, *Le droit civil français, suivant le ordre du code*, tome VI, Brussel 1821.

5 OUD-FRANS RECHT

Arabeyre, *Dictionnaire historique*
P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, en J. Krynen (ed.), *Dictionnaire historique des juristes français XII^e – XX^e siècle*, Parijs: Presses Universitaires de France 2007.
Bart, *Histoire du droit privé*
J. Bart, *Histoire du droit privé, de la chute de l'Empire romain au xix^e siècle*, Parijs: Montchrestien 2009.
Egger, *Vermögenshaftung*
A. Egger, *Vermögenshaftung und Hypothek nach frankischem Recht*, Breslau 1903.
Herman, *Karakter*
A. Herman, *Het karakter van ons hypotheekrecht, historisch beschouwd*, Amsterdam 1914.
Lepointe, *Droit Romain et ancient droit français*
G. Lepointe, *Droit Romain et ancient droit français: régimes matrimoniaux, liberalités, successions*, Parijs 1958.
Lévy & Castaldo, *Histoire*
J.Ph. Lévy en A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, Parijs 2002.
Lokin & Zwalve, *Codificatiegeschiedenis*
J.H.A. Lokin en W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.
Zwalve, *Contemporaine ongelijktijdigheid*
W.J. Zwalve, *Contemporaine ongelijktijdigheid. Een bijdrage tot de juridische paleontologie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.
Zwalve & Jansen, *Publiciteit*
W.J. Zwalve en C.J.H. Jansen, *Publiciteit van jurisprudentie*, Deventer: Kluwer 2013.

6 CODE CIVIL EN OUD BURGERLIJK WETBOEK

Asser/Scholten 1927
P. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht II – Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1927 (6^e druk).
Asser/Scholten 1945
P. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht II – Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1945 (8^e druk).
Aubry/Rau, dl. IV
C. Aubry en C. Rau, *Cours de droit civil français IV*, Parijs 1871.
Aynès/Crocq, *Droit civil*
L. Aynès en P. Crocq, *Droit civil: les sûretés, la publicité foncière*, 8^e ed., Parijs 2014.
Baudry-Lacantinerie/De Loynes, dl.VI-2
G. Baudry-Lacantinerie en P. de Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil VI: du nantissement, des privilèges & hypothèques et de l'expropriation forcée II*, Parijs 1896.
Van Bruggen 1929
A.C. van Bruggen, 'Bij- en hulpzaken onder hypothecair verband', *WPNR* 3102 (1929), p. 319-320 m.o. van J. Eggens.

De Bruijn 1928
A.R. de Bruijn, 'Hypotheekhouders, past op Uw Saeck!', *NJB* 275 (1929), m.o. van V.O.

Cabrillac/Mouly/Pétel
M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac en Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 8e ed., Parijs: Litec 2007.

Diephuis, dl. VII
G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt VII*, 2e druk, Groningen: J.B. Wolters 1886.

Diephuis, dl. X
G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt X*, Groningen: J.B. Wolters 1886.

Drobnig, 'La réforme'
U. Drobnig, 'La réforme française du droit des sûretés réelles', *Receuil Dalloz* 21 (2007), p. 1488.

Duranton, dl. XIX
A. Duranton, *Cours de droit français: suivant le code civil XIX*, Parijs 1844.

Eggens, *WPNR* 3020
J. Eggens, 'Rechtsvragen', *WPNR* 3020 (1927), p. 799-800.

Eggens, *WPNR* 3367
J. Eggens, 'Rechtsvragen', *WPNR* 3367 (1934), p. 296-297.

Eggens, *WPNR* 3399
J. Eggens, 'Rechtsvraag VII', *WPNR* 3399 (1935), p. 89.

Van Eyssel, *RMThemis* 1892
A.P.Th. van Eyssel, 'De gevolgen der ondeelbaarheid van het recht van hypotheek bij uitoefening er van voor een deel der schuld of van het onderpand', *RMTh* 1892, p. 209.

Hamaker, 'Een rechtsvraag omtrent de hypotheek II'
H.J. Hamaker, 'Een rechtsvraag omtrent de hypotheek, verleend aan onderscheidene schuldeischers gezamenlijk II (Slot)', *WPNR* 1689 (1902), p. 225-227.

Herman, *Karakter*
A. Herman, *Het karakter van ons hypotheekrecht, historisch beschouwd*, Amsterdam 1914.

Land, dl. III
N.K.F. Land, *Verklaring van het burgerlijk wetboek III*, Haarlem: De erven F. Bohn 1902.

Land, dl. IV
N.K.F. Land, *Verklaring van het burgerlijk wetboek IV*, Haarlem: De erven F. Bohn 1907.

Laurent, dl. XXX
F. Laurent, *Principes de droit civil français XXX,* Brussel/Parijs 1878.

Marcadé & Pont, dl. XIII
V. Marcadé en P. Pont, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon XIII: Commentaire-traité des privileges et hypothèques II*, Parijs 1856.

Mestre/Putman/Billiau, *Droit special des sûretés réelles*
J. Mestre, E. Putman en M. Billiau, *Traité de droit civil: droit special des sûretés réelles*, Parijs 1996.

Van Nierop 1937
A.S. van Nierop, *Hypotheekrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1937 (tweede druk).
Opzoomer, dl. IV
C.W. Opzoomer, *Het burgerlijke wetboek verklaard IV*, Den Haag 1879.
Picod, *Droit des sûretés*
Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2e ed., Parijs: Presses Universitaires de France 2011.
Planiol/Ripert/Becqué, dl. XII
M. Planiol en G. Ripert (ed. E. Becqué), *Traité pratique de droit civil français XII: Suretés réelles I,* 2e druk, Parijs 1953.
Planiol/Ripert/Becqué, dl. XIII
M. Planiol en G. Ripert (ed. E. Becqué), *Traité pratique de droit civil français XIII: Suretés réelles II,* 2e druk, Parijs 1953.
Rodière, *De la solidarité*
A. Rodière, *De la solidarité et de l'indivisibilité*, Toulouse 1852.
Schermer & Eggens 1928
J.P.W. Schermer en J. Eggens, *Ontwerpen van notarieele akten: volgens de aanteekeningen en mededeeling van Rechtspraak en Litteratuur. Dl. 4: Bevattende de ontwerp-akten met betrekking tot het tweede boek van het Burgerlijk Wetboek: 3e gedeelte (Pandrecht en hypotheek)*, S. Gouda Quint: Arnhem 1928.
Schermer & Eggens 1936
J.P.W. Schermer en J. Eggens, *Ontwerpen van notarieele akten: volgens de aanteekeningen en mededeeling van Rechtspraak en Litteratuur. Dl. 4: Bevattende de ontwerp-akten met betrekking tot het tweede boek van het Burgerlijk Wetboek: 3e gedeelte (Pandrecht en hypotheek)*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1936.
Souhami, 'Retour'
J. Souhami, 'Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles', *Revue trimestrielle de droit civil* 2008, afl. 1, p. 27-61.
Suijling, 5e stuk
J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht, 5e stuk: Zakenrecht*, Haarlem: de erven F. Bohn NV 1940.
Thireau, 'Origines'
Zie 3. *Ius commune*: Dumoulin
Thorbecke 1880
W.J.R. Thorbecke, *Stelsel en toepassing der Onteigeningswet*, Gouda: Quint 1880.
Troplong, dl. I
R.Th. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code: des privilèges et hypothèques*, deel I, Brussel 1844.
Troplong, dl. II
R.Th. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code: des privilèges et hypothèques*, deel I, Brussel 1844.
Voorduin, dl. IV
J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken volgens de beraadslagingen deswege gehouden bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal uit oorspronkelijke, grootendeels onuitgegeven staatsstukken opgemaakt en aan den Koning opgedragen*, Deel IV, Utrecht 1838.
Weill, *Précis*
A. Weill, *Précis Dalloz droit civil: les sûretés, la publicité foncière*, Parijs 1979.

7 NEDERLANDS RECHT BW 1992

Asser-Van Mierlo 2016
A.I.M. van Mierlo, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht 3-VI-Goederenrecht: zekerheidsrechten*, Deventer: Kluwer 2016.

Bartels & Timmerman 2006
S.E. Bartels en L. Timmerman, 'Eén hypotheekrecht op meer registergoederen, kan dat?', *NTBR* 11 (2006), p. 94-100.

Biemans 2011
J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011.

Booms 2015
T.E. Booms, 'Gevolgen van kwantitatieve splitsing van goederen voor beperkte rechten', *NTBR* 44 (2015).

Fesevur 1988
J.E. Fesevur, *Retentierecht*, Deventer: Kluwer 1988.

Fesevur 2017
J.E. Fesevur, *Voorrechten en retentierechten* (Mon. BW nr. B13), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Gerver 2001
P.H.M. Gerver, *Het recht van hypotheek*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

De Groot 1990
J.J.A. de Groot, 'Samenloop van hypotheek- en pandhouders', *WPNR* 5953 (1990), p. 187-189.

Huijgen 2016
W.G. Huijgen, *Hypotheek*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Lokin 1983
J.H.A. Lokin, 'De Vordering tot Levering ener ondeelbare zaak die aan meerdere erfgenamen toevalt', in: *Samenleven, samenwerken (Henriquez-bundel)*, Deventer: Kluwer 1983.

Molenaar 1999
F. Molenaar, *Algemene bepalingen zekerheidsrechten op goederen* (Mon. BW nr. B11), Deventer: Kluwer 1999.

Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012
W.H.M. Reehuis en A.H.T. Heisterkamp, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

Rongen 2012
M.H.E. Rongen, *Cessie* (Serie Onderneming en Recht deel 80), Deventer: Kluwer 2012.

Scheffers 1999
M. Scheffers, 'Knelpunten bij de securering van syndicaatsleningen door gezamenlijke (bank)hypotheek', *AA* 48 (1999), p. 4-14.

Snijders & Rank-Berenschot 2017
H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2017.

Snijders/Klaassen en Meijer 2007
H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen, en G.J. Meijer, *Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Stein 2004
P.A. Stein, *Zekerheidsrechten, hypotheek*, Deventer: Kluwer 2004.
Stein 2015
P.A. Stein, Groene Serie Vermogensrecht, aantekeningen bij artikel 3:230 BW.
Steneker 2012
A. Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW nr. B12a), Deventer: Kluwer 2012.
Storm 2007
J.J. Storm, 'De executiebevoegdheid bij een gemeenschappelijk hypotheekrecht', *WPNR* 6701 (2007), p. 213-214.
Swinnen 2014
K. Swinnen, *Accessoriteit in het vermogensrecht*, Antwerpen: Intersentia 2014.
Timmerman 2002
L. Timmerman, 'Bankhypotheek en afhankelijkheid', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar Nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 409-424.
Tweehuysen 2014
V. Tweehuysen, 'A comparative analysis of the principle of indivisibility', p. 293-303 in: Akkermans, B., Ernst, M. en Ramaekers, E., *Property law perspectives II,* Cambridge: Intersentia 2014.
Tweehuysen 2016
V. Tweehuysen, *Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
Verhagen & Rongen 2000
H.L.E. Verhagen en M.H.E. Rongen, *Cessie* (Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2000.
Verstijlen 2013
F.M.J. Verstijlen, *Algemene bepalingen pand en hypotheek* (Mon. BW nr. B11), Deventer: Kluwer 2013.
Van 't Westeinde 1999
M.G. van 't Westeinde, 'De overgangsperikelen van een bankhypotheek (I)', *WPNR* 6371 (1999), p. 689-692.

Bronnenregister

Verwezen wordt naar de paginanummers.

PRE-JUSTINIAANSE BRONNEN

Cato, *De agri cultura* 146 12

Instituten van Gaius

2,60 10
4,35 12
4,47 16
4,62 9,16

CORPUS IURIS CIVILIS

Instituten

3,14,4 9,14
4,6,7 9

Digesten

6,1,38 58
6,1,65 *pr.* 42
10,2,1 *pr.* 25
10,2,3 25,173
10,2,4 *pr.* 25
10,2,2,5 25
10,2,18,4 25,55
10,2,18,7 24,30
10,2,25,1 25,45
10,2,25,9 26,52,55
10,2,25,10 26
10,2,25,13 26-27
10,2,25,14 19,25-27,55,83-84,86,198,210
10,2,25,20 27
10,2,29 32,38-44

10,3,7,12 40-41
12,1,1,1 15
13,6,3,3 37
13,6,5,15 40
13,7,1 *pr.* 14
13,7,1,1 14
13,7,4 11
13,7,7 17
13,7,8,2 23,53,55,198,210
13,7,9,3 18,22,36
13,7,9,4 15
13,7,9,5 18
13,7,11 *pr.* 18
13,7,11,3 18
13,7,11,4 33-37,55,66-68,84-85
13,7,13,1 41
13,7,24,2 16,36
13,7,28 *pr.* 42
13,7,29 10
13,7,32 15
13,7,35,1 10
13,7,36,1 15
13,7,37 10
18,1,7 60
19,1,13,8 86
20,1,4 9
20,1,5,1 10
20,1,10 41
20,1,11,1 11
20,1,13,4 18
20,1,16,3 13
20,1,16,4 13
20,1,16,6 13
20,1,16,8 71
20,1,17 11
20,1,19 21,54-55,59,62,198,210
20,1,21,3 13
20,4,1 28
20,4,12 *pr.* 10
20,4,12,10 10
20,5,5,1 40
20,5,8 49,54-55,58-60
20,5,11 25,44-45,47
20,5,13 12
20,5,14 25,45,173
20,6,6 *pr.* 17
20,6,7,3 83

20,6,7,4 83
20,6,12,1 11
21,2,65 8,28-30,85,190
21,2,66 *pr*. 12
22,1,41,1 62
27,9,5,10 55
30,111 55
31,33 *pr*. 72
35,1,56 84
39,2,15,18 71
39,3,1,12 55,58
41,2,3,5 40
41,3,33,6 10
44,2,30,1 64-65,
44,3,12 12
44,7,1,6 9,14
45,1,2,2 63,65
45,1,5,3a 20
45,1,5,4 20
45,1,85 63
45,1,85,2 56
45,1,85,4 72
45,1,85,6 19,27,59,198,210
46,3,1 59
46,3,9,1 83
46,7,18 60
50,16,238,2 9
50,17,21 60
50,17,25 8
50,17,45 *pr*. 64
50,17,167,1 41
50,17,169 *pr*. 41

Codex

2,3,26 22,34
2,18(19),3 24
3,36,6 31
4,16,1 53,64-65
4,16,2 55-56
4,24,4 11,17
6,43,1,5 54,69-72,74
8,13,9 14
8,26,1,2 43
8,27,4 17,60
8,27,5 72
8,27,6 19,49,52-55,57-60,62-64,81,86, 190, 197,199,209,211

8,27,9	17
8,27,16	21,23-24,53-54,63-66,198,211
8,27,20	16
8,28(29),2	18-19
8,28(29),2,1	55
8,29(30),5	17
8,30(31),1	22,54,63-65,83-84,198,210
8,31(32),1	22,31-32,34,47,55-56,63,65-68,198,211
8,31(32),2	22-23,34,54-55,65,70,74,101,103,198,210
8,34(35),3	11
11,33,2	70-71
11,33,2,1a	56

GEWOONTERECHT

Coutume de Paris

101 (anc.)	91,97-99
150 (anc.)	95
332 (nouv.)	94-95
333 (nouv.)	94-96,99,103,106,201,214

Coutume de Touraine

217	100
218	100

Coutume du Maine

471	101

Coutume d'Orléans

358	103-104,202,214

WETTEN

Duitsland

Bürgerliches Gesetzbuch

226	184
875	182
876	182
878	182

1132 182-184
1204 182

Frankrijk

Code civil

700 (oud) 109
873 (oud) 115
875 (oud) 115
1217 (oud) 77,108,116
1218 (oud) 77,108,116
1219 (oud) 77,108
1220 (oud) 77,108,115
1221 (oud) 77,108,115
1222 (oud) 77,108
1223 (oud) 77,108
1224 (oud) 77,108
1225 (oud) 77,108
1244 (oud) 118
1356 (oud) 109
2076 (oud) 111
2083 (oud) 89
2092 (oud) 109
2093 (oud) 109
2094 (oud) 111-112
2095 (oud) 111
2096 (oud) 111
2114 (oud) 77-78,89,94,109-110,112,116,125-127,157,195,201-202,204, 207,213,215,217
2116 (oud) 111
2117 (oud) 111,116
2118 (oud) 109
2121 (oud) 111
2134 (oud) 111
2286 (nieuw) 110
2349 (nieuw) 107
2393 (nieuw) 125,107

Nederland

Oud Burgerlijk Wetboek

563 147
737 137
741 137
1185 140,144

1193 144
1196 121
1198 121,124
1201 123
1205 122-123
1206 1,2,120-125,129,138,157-158,167,174,184-185,192,204-205, 217-218
1208 121
1209 1,2,78,82,120,125-127,129,131,134,136,138,144,147,150,152, 157-159,184,192,195,204-205,207,217
1210 147
1211 144
1212 138
1213 147
1222 147
1224 121
1244 139,145,151,153
1245 146-147,149
1246 140,148-152
1247 1149
1252 148
1334 133
1335 124,128,135-136,204,217
1336 134-137,204,217
1438 148
1652 123
1766 123
1849 123
1868 145
2020 133

Burgerlijk Wetboek

3:82 173
3:230 1,78,107,156-159,165-167,171-172,174-175,184-185,189,195, 204-205
3:234 170,178,184,188
3:235 193
3:292 164
4:182 167,172
6:15 172
6:29 160
6:58 160
6:142 173,175

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

470	179
522	179
546	179

Faillissementswet

182	140,142
187	143

Onteigeningswet

43	151-152

Curriculum vitae

J. (Hans-Jan) van Kralingen werd geboren op 25 maart 1988 te Rotterdam. Hij behaalde zijn eindexamen in 2006 aan het Wartburg College te Rotterdam. In hetzelfde jaar begon hij daarnaast met de studie Griekse en Latijnse Taal en Cultuur aan de Universiteit Leiden. Daarnaast begon hij in 2007 met de studie Rechtsgeleerdheid aan dezelfde universiteit. In 2010 behaalde hij zijn Bachelor Griekse en Latijnse Taal en Cultuur. In 2013 behaalde hij zijn Master Rechtsgeleerdheid, met als specialisatie Burgerlijk Recht. In datzelfde jaar begon hij als Ph.D.-fellow bij de vakgroep Historische Ontwikkeling van het Recht aan de Universiteit Leiden. Hij is tegenwoordig werkzaam als advocaat bij Houthoff (Amsterdam).

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden zijn in 2018, 2019 en 2020 verschenen:

MI-300 N.N. Koster, *Crime victims and the police: Crime victims' evaluations of police behavior, legitimacy, and cooperation: A multi-method study,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018

MI-301 J. Zhu, *Straightjacket: Same-Sex Orientation under Chinese Family Law – Marriage, Parenthood, Eldercare*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018

MI-302 X. Li, *Collective Labour Rights and Collective Labour Relations of China*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 0280 924 4

MI-303 F. de Paula, *Legislative Policy in Brazil: Limits and Possibilities*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 028 0957 2

MI-304 C. Achmad, *Children's Rights in International Commercial Surrogacy: Exploring the challenges from a child rights, public international human rights law perspective*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 028 1061 5

MI-305 E.B. Beenakker, *The implementation of international law in the national legal order – A legislative perspective,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018

MI-306 Linlin Sun, *International Environmental Obligations and Liabilities in Deep Seabed Mining,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018

MI-307 Qiulin Hu, *Perspectives on the Regulation of Working Conditions in Times of Globalization – Challenges & Obstacles Facing Regulatory Intervention*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 028 1096 7

MI-308 L.M. de Hoog, *De prioriteitsregel in het vermogensrecht*, (diss. Leiden), Vianen: Proefschrift maken.nl 2018

MI-309 E.S. Daalder, *De rechtspraakverzamelingen van Julius Paulus. Recht en rechtvaardigheid in de rechterlijke uitspraken van keizer Septimius Severus,* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2018, ISBN 978 94 6290 556 6

MI-310 T.H. Sikkema, *Beginsel en begrip van verdeling,* (diss. Leiden), Vianen: Proefschrift maken.nl 2018, ISBN 978 94 9301 997 3

MI-311 L. Kools, *Essays on wealth, health and data collection*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 0281 168 1

MI-312 S. Voskamp, *Onderwijsovereenkomst. Contractenrechtelijke leerstukken toegepast op de rechtsverhouding tussen school, leerling en ouders in het primair en voortgezet bekostigd onderwijs*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2018, ISBN 978 94 6290 585 6

MI-313 S. van der Hof e.a. (red.), *Recht uit het hart,* (liber amicorum W. Hins), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 028 1310 4

MI-314 D. Kong, *Civil Liability for Damage caused by Global Navigation Satellite System,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018

MI-315 T.B.D. van der Wal, *Nemo condicit rem suam. Over de samenloop tussen de rei vindicatio en de condictio*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019

MI-316 R. Zandvliet, *Trade, Investment and Labour: Interactions in International Law,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019

MI-317 M. de Jong-de Kruijf, *Legitimiteit en rechtswaarborgen bij gesloten plaatsingen van kinderen. De externe rechtspositie van kinderen in gesloten jeugdhulp bezien vanuit kinder- en mensenrechten*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019, ISBN 978 94 6290 600 6

MI-318 R.J.W. van Eijk, *Web Privacy Measurement in Real-Time Bidding Systems. A Graph-Based Approach to RTB system classification*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019, ISBN 978 94 028 1323 4

MI-319 M.P. Sombroek-van Doorm, *Medisch beroepsgeheim en de zorgplicht van de arts bij kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders,* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019, ISBN 978 94 6236 906 1

MI-320 Y. Tan, *The Rome Statute as Evidence of Customary International Law,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019

MI-321 T. van der Linden, *Aanvullend Verrijkingsrecht,* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019, ISBN 978 94 6290 678 5, e-ISBN 978 94 6274 544 5

MI-322 L.B. Louwerse, *The EU's Conceptualisation of the Rule of Law in its External Relations. Case studies on development cooperation and enlargement,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019

MI-323 I. Antonaki, *Privatisations and golden shares. Bridging the gap between the State and the market in the area of free movement of capital in the EU*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019

MI-324 E. Cammeraat, *Economic Effects of Social Protection*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019

MI-325 L.B. Esser, *De strafbaarstelling van mensenhandel ontrafeld. Een analyse en heroriëntatie in het licht van rechtsbelangen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019, ISBN 978 94 6290 697 6

MI-326 L.G.A. Janssen, *EU bank resolution framework. A comparative study on the relation with national private law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019

MI-327 L.Y. d'Hondt, *Addressing Industrial Pollution in Indonesia. The Nexus between Regulation and Redress Seeking* (diss. Leiden) Amsterdam: Ipskamp Printing 2019, ISBN 978 94 028 1697 6

MI-328 L.F. Fiallos Pazmiño, *Legal Perspectives on the Cross Border Operations of Unmanned Aircraft Systems,* (diss. Leiden)

MI-329 M. Lochs, *Contempt of court. Een meerwaarde voor de goede strafrechtspleging in Nederland?* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019, ISBN 978 94 6290 714 0

MI-330 M.V. Antonov, *Formalism, Realism and Conservatism in Russian Law*, (diss. Leiden) Amsterdam: Ipskamp Printing 2019

MI-331 P. van Berlo, *Human Rights Elephants in an Era of Globalisation. Commodification, Crimmigration, and Human Rights in Confinement* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020, ISBN 978 94 6240 565 3

MI-332 M. Wensveen, *Eigen haard is goud waard? Een studie naar de woonsituatie, het verhuisgedrag en recidive van (ex-)gedetineerden* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019, ISBN 978 94 0281 780 5

MI-333 J. Brouwer, *Detection, Detention, Deportation. Criminal justice and migration control through the lens of crimmigration* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6236 988 7

MI-334 H. Bosdriesz, *Furthering the fight against impunity in Latin America. The contributions of the Inter-American Court of Human Rights to domestic accountability processes*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019

MI-335 M.R. Bruning e.a., *Kind in proces: van communicatie naar effectieve participatie. Het hoorrecht en de procespositie van minderjarigen in familie- en jeugdzaken*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020

MI-336 J. van Kralingen, *De ondeelbaarheid van het pand- en hypotheekrecht; deconstructie van een leerstuk. Een historisch-comparatieve studie* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, ISBN 978 94 6290 782 9