



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



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

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 empfanden 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 11^e 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 Hänel’s *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 12^e 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 13^e 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 13^e 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 gestudeerd¹¹, heeft hun gedachtegoed invloed gehad op de 14^e-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 14^e 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 ‘pandverbintenis 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 betreft 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 'pandaaflossing' (*'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 pandaaflossing (*'liberatio pignoris'*) daarentegen ondeelbaar is. Op deze casus zal hieronder in de hoofdttekst 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 waar- bij 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 schaaft 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 pandaaflossing.' (*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 interpreterden 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 bovenschrijf 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 bovenschrijven 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. ercisc. 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 viliorum 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 ‘obnoxiois’ 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, overlijdt 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 (12^e 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 pand-overeenkomst 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 negotium 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 niet 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 betreft 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 herkegen, 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. 50,17,45pr. 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 cohaerentem reperitur, insolidum conveniatur. Contra, quia hypothecaria est extincta 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 cohaerentum. Sol. attendita 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-betalde 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 verkooprecht 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 verkooprecht (*ius vendendi*) in *solidum* overgaat op iedere erfgenaam van de schuldeiser.⁶⁶ Het verkooprecht 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 rechtsovereenkomst tegen hem kan worden ingesteld, als dat slechts de goederen zijn verhypothecerd 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. 31,33pr. '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. ‘*convenientur*’ 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. ‘*obnoxii*’ 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 convenientur 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 opvoerden.

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 11^e 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 pandaflossing' (*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.

