

Tekst & Uitleg

D. 40,1,10 Paulus imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum ex libris sex libro secundo

Aelianus debitor fiscalis Euemeriam ancillam ante annos multos emerat hac lege, ut manumitteret, eamque manumiserat: procurator cum bona debitoris non sufficientia quaereret, etiam Euemeriae status quaestionem faciebat. Placuit non esse iuri fiscali locum, quo omnia bona debitorum iure pignoris tenerentur, quia ea lege empta est, et, si non manumitteretur, ex constitutione divi Marci ad libertatem perveniret.

Aelianus, een schuldenaar van de fiscus, had vele jaren eerder de slavin Euemeria gekocht onder dit beding, namelijk dat hij haar zou vrijlaten, en hij had haar vrijgelaten. Een vertegenwoordiger van de keizer begon, toen hij vermogen van de schuldenaar niet toereikend aantrof, echter een proces over de status van Euemeria. Het heeft de keizer behaagd dat er geen plaats was voor het recht van de fiscus, waardoor alle goederen van debiteuren met een recht van hypotheek jegens hem verbonden zijn, omdat zij onder dit beding was gekocht en, als zij niet zou zijn vrijgelaten, op grond van de constitutie van de vergoddelijkte Marcus de vrijheid zou verkrijgen.

De bovenstaande tekst¹ is afkomstig uit het tweede boek van de zogeheten 'Zes Boeken met Keizerlijke Beslissingen genomen in Gerechtelijke Procedures' (*Libri Sex Imperialium Sententiarum in Cognitionibus Prolatarum*) van de Romeinse jurist Julius Paulus.² Dit werk bevat, tezamen met een ander in de Digesten opgenomen werk getiteld 'Drie Boeken met

-
- 1 Waarover in de literatuur: F. Schulz, 'Die fraudatorische Freilassung im klassischen und justinianischen römischen Recht' *ZSS* 48 (1928), 279-280; F. Wieacker, 'Protopraxie und ius pignoris im klassischen Fiskalrecht' in: *Festschrift Paul Koschaker I*, Weimar 1939, 245-246; H. Wagner, 'Zur Freiheitserteilung an den einem Generalpfandnexus unterliegende Sklaven' *SDHI* 33 (1967), 175-177; *idem*, *Die Entwicklung der Legalthypothenken am Schuldvermögen im römischen Recht*, Keulen 1974, 93-95; M. Rizzi, *Imperator cognoscens decrevit. Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, Milaan 2012, 394-403.
 - 2 Zie over Julius Paulus A. Berger, *RE* s.v. Iulius Paulus, 690-752, C.A. Maschi, 'La conclusione della giurisprudenza classica all'età dei Severi. Iulius Paulus' *ANRW* II,15, 667-707, H.T. Klami, 'Iulius Paulus : comments on a Roman lawyer's career in the III century' in: V. Giuffrè, *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, deel 4, Napels 1984-1985, 1829-1841, D. Liebs, '§423. Iulius Paulus' in: K. Sallmann (ed.), *Die Literatur des Umbruchs. Von der römischen zur christlichen Literatur 117 bis 284 n. Chr. (Handbuch der Lateinischen Literatur der Antike 4)*, München 1997, 150-175, *idem*, *Hofjuristen der römischen Kaiser bis Justinian*, München 2010, 55 e.v., W. Kunkel, *Die Römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, Keulen 2001, 244-245 en W.J. Zwalve, *Keizers, soldaten en juristen*, Den Haag 2008, 115-137. Kritische kanttekingen bij de traditionele beschrijvingen van de carrière van Paulus worden gemaakt door R. Syme, 'Three Jurists' in: *idem*, *Roman Papers*, Oxford 1979-1991, 790-804 (= *Bonner Historia-Augusta-Colloquium 1968/69* (1970), 309-323) en *idem*, 'Fiction about Roman jurists' *ZSS* 97 (1980), 78-104.

Decreten' (*Decretorum Libri Tres*),³ verslagen van gerechtelijke procedures voor de keizer en de uitspraken die hierop volgden. Zij werden door Paulus opgetekend in zijn functie van lid van het *consilium* van Septimius Severus,⁴ een adviesraad die de keizer bijstond in de uitoefening van zijn taken als rechter.⁵ Andere leden van dit *consilium* waren bijvoorbeeld de juristen Papinianus, Messius en Tryphoninus en de Griekse schrijver Cassius Dio.⁶ Zijn positie gaf Paulus de mogelijkheid om niet alleen de gebeurtenissen ter terechtzitting in zijn verslagen op te nemen, maar ook de beraadslagingen van het *consilium* en de gronden voor de uiteindelijke beslissing te beschrijven.

De bovenstaande tekst is een voorbeeld van een dergelijk verslag van Paulus. Het betreft een zaak over de civiele status van een slavin, Euemeria genaamd, waarbij de keizerlijke *fiscus* nauw was betrokken. Aelianus had enige jaren voordat de procedure speelde de slavin Euemeria gekocht. Bij deze koop was door de verkoper een bijzonder beding gemaakt: Aelianus was verplicht om op enig moment (wanneer wordt uit de tekst van Paulus niet duidelijk) de slavin vrij te laten ('*ut manumitteret*'). Dergelijke bedingen gericht op vrijlating werden vaker gemaakt in een koopovereenkomst met betrekking tot slaven.⁷ Zij konden door verschillende motieven zijn ingegeven.⁸ Het kon gaan om een welwillende verkoper die graag wilde dat zijn slaaf op enig moment de vrijheid verkreeg, maar ook om een overdracht met een meer zakelijke insteek, bijvoorbeeld om patronaatsrechten jegens de vrij te laten slaaf aan de koper te laten toekomen (al dan niet in ruil voor een goede koopprijs). Uit de tekst kan niet worden opgemaakt om welke reden het beding in het geval van Aelianus was gemaakt.

Op enig moment was Aelianus een verbintenis met de keizerlijke schatkist, de *fiscus*, aangegaan. Dit kan voor of na de aankoop van de slavin zijn geweest.⁹ Vele jaren na het sluiten van de koopovereenkomst had Aelianus voldaan aan zijn verplichtingen uit de

-
- 3 Er bestaat in de literatuur een debat over de verhouding tussen beide werken. Zie voor een overzicht hiervan C. Sanfilippo, *Pauli Decretorum Libri Tres*, Milaan 1938, 2-7 en Rizzi, *Imperator*, 108 e.v.
- 4 Zie voor deze datering reeds Cujacius, *Observationes* II, 26. Zie verder o.a.: H. Fitting, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, Halle 1908, 93; P. Krüger, *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*, München/Leipzig 1912, 236; T. Honoré, *Emperors and Lawyers*, Oxford 1992, 20; E. Koops, 'Moschis' case. On the execution of fiscal debts and the *beneficium excussionis*' *TvR* 80 (2012), 283-284.
- 5 Ook het *consilium principis* is een 'hot topic' in de secundaire literatuur, zie hierover: E. Cuq, *Le conseil des empereurs d'Auguste à Dioclétien*, Parijs 1884; T. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, Leipzig 1871-1888, II.2, 988-992; O. Hirschfeld, *Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten bis auf Diocletian*, Berlin 1905, 318-342; J. A. Crook, *Consilium Principis*, Cambridge 1955; W. Kunkel, 'Die Funktion des Konsiliums in der magistratischen Strafjustiz und im Kaisergericht' *ZSS* 85 (1968), 253-329; idem, 'Nachträge zum RAC, s.v. Consilium, Consistorium' *Jahrbuch für Antike und Christentum* 11/12 (1968/69), 230-248; F. Amarelli, *Consilia Principum*, Napels 1983; M. Christol, 'La conseil imperial sous les Antonins et les Severes' in: R. Haensch & J. Heinrichs, *Herrschen und Verwalten*, Keulen 2007, p. 31 e.v.
- 6 Zie bijvoorbeeld D. 49,14,50 en Dio, *Hist.*, 75,16,4 en 76,17,2.
- 7 Vgl. bijvoorbeeld D. 38,1,13,pr., D. 40,8,9 en D. 40,9,30,pr. Zie voor een volledig overzicht M. Morabito, *Les Réalités de l'Esclavage d'après le Digeste*, Parijs 1981, 165 nt. 157. Het Romeinse recht kende naast het beding *ut manumittatur* nog enkele andere bedingen die vaak bij de verkoop van slaven werden gemaakt, te weten de bedingen *ut servus exportetur*, *ne serva prostituatur* en *ne manumittatur*. Zie over alle vier in de secundaire literatuur T.A.J. McGinn, 'Ne serva prostituatur. Restrictive Covenants in the Sale of Slaves' *ZSS* 107 (1990), 315 e.v. Zie verder W.W. Buckland, *The Roman Law of Slavery*, Cambridge 1908, 68 e.v., M. Kaser, *Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht*, München 1971, 562 en T. Finkenauer, *Die Rechtsetzung Mark Aurels zur Sklaverei*, Stuttgart 2010, 34-36.
- 8 Finkenauer, *Rechtsetzung*, 35.
- 9 Waarover Rizzi, *Imperator*, 396, i.h.b. nt. 428 en 429.

koopovereenkomst en Euemeria vrijgelaten. Dit zou niet tot problemen hebben geleid, ware het niet dat Aelianus niet meer in staat was om zijn schulden aan de *fiscus* te voldoen. De *fiscus* ging daarom over tot de uitoefening van zijn wettelijke generale hypotheekrecht.

De aard en het ontstaan van dit recht van de *fiscus* zijn nog altijd in de literatuur onderwerp van discussie. Door een eerste groep auteurs is betoogd dat het ging om een constructie die sterk verwant was aan de praktijk van *protopraxia* in (Romeins) Egypte en mogelijk al in de eerste eeuw n. Chr. was ontstaan.¹⁰ De *protopraxia* was een beslagrecht van de Egyptische *fiscus* op het vermogen van zijn schuldenaren, dat hij ook tegen derden geldend kon maken. Een tweede groep auteurs¹¹ is van mening dat een generale hypotheek van de *fiscus* pas is ontstaan in de tweede helft van de tweede eeuw n. Chr.¹² en dat de *fiscus* eerder slechts over een aantal privileges, maar niet over een daadwerkelijk recht van hypotheek beschikte. D. 40,1,10 is door beide groepen auteurs aangevoerd als bewijs voor hun stellingen,¹³ maar gezien de expliciete vermelding van het *ius pignoris* van de *fiscus*, lijkt de tweede theorie toch meer voeten in de aarde te hebben. Op basis hiervan kan ook worden verklaard waarom deze zaak aan de keizer werd voorgelegd. Als de generale hypotheek van de *fiscus* pas was ontstaan in de decennia voor het bewind van Septimius Severus, is het logisch dat er in de rechtspraktijk vragen ontstonden over de toepassing ervan, die door de keizer zelf moesten worden beantwoord.

De vertegenwoordiger van de keizerlijke schatkist, de *procurator fisci*, trof de boedel van Aelianus ontoereikend aan. In zijn zoektocht naar verhaalsobjecten buiten de boedel van Aelianus stuitte de *procurator* op de recent vrijgelaten Euemeria en hij begon een proces inzake haar civiele status, een zogeheten *status quaestio*.¹⁴ Een dergelijke procedure werd ingeleid met ofwel de eis dat iemand vrij was, de *vindicatio in libertatem*, ofwel de eis dat iemand een slaaf was, de *vindicatio in servitutum*. De *procurator fisci* moet als de eiser¹⁵ voor de laatste actie hebben gekozen. Aangezien Euemeria als onderwerp van het vrijheidsproces niet zelf als gedaagde kon procederen, zal iemand anders in haar naam zijn opgetreden, de zogeheten *adsertor in libertatem*.¹⁶ Mogelijk was dit haar vrijlater Aelianus. Ten tijde van het principaat hadden aanvankelijk de consuls jurisdictie in vrijheidsprocessen die om die reden in de vorm van een buitengewone procedure (*cognitio extra ordinem*) werden gevoerd.¹⁷ Later, waarschijnlijk in de derde eeuw, kwam hier het speciaal ingestelde ambt van een

10 Wieacker, 'Protopraxie', 218–257, Kaser, *RP I*, 466 en H. Wieling, 'Privilegium fisci, praediatura und Protopraxie' *ZSS* 106 (1989), 404–433.

11 Wagner, *Entwicklung* en (opvallend genoeg) M. Kaser, *Das römische Privatrecht. Zweiter Abschnitt: Die nachklassischen Entwicklungen*, München 1975, 316.

12 D.w.z. ergens tussen Scaevola, die nog uitgaat van een conventioneel hypotheekrecht (vgl. D. 20,4,21,pr) en Papinianus, die in D. 49,14,28 uitgaat van een stille, op de wet berustende hypotheek. Zie Wagner, *Entwicklung*, 180 e.v.

13 Wieacker, 'Protopraxie', 245–246 en Wagner, *Entwicklung*, 93–95.

14 Waarover Buckland, *Law of Slavery*, 652 e.v., Kaser, *RP I*, 114–115 en 288–289 en M. Kaser & K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, 102–103, 199, 347, 381 en 457–458. Zie verder M. Nicolau, *Causa liberalis*, Parijs 1933 en G. Franciosi, *Il processo di libertà in diritto romano*, Napels 1961

15 Dat bij een dergelijke procedure vertegenwoordigers van de *fiscus* actief betrokken waren, blijkt uit D. 49,14,3,9.

16 Buckland, *Law of Slavery*, 655 en Kaser, *RP I*, 115 en 288.

17 Zie bijvoorbeeld D. 40,15,1,4, D. 40,12,27,1 en D. 40,14,4, waaruit blijkt dat in de provincies de gouverneurs (*praesides*) bevoegd waren kennis te nemen van dergelijke geschillen. Zie verder Nicolau, *Causa*, 61–66 en Kaser/Hackl, *RZP*, 457–458.

praetor de liberalibus causis bij.¹⁸ Uit de tekst kan niet worden opgemaakt of het hier ging om een appel¹⁹ tegen een uitspraak van de consuls (of wellicht de *praetor liberalibus causis*) of om een zaak die direct in eerste aanleg bij de keizer was aangebracht.²⁰

De *procurator fisci* zal aan zijn vordering ten grondslag hebben gelegd dat de vrijlating van Euemeria door Aelianus een daad van schuldeisersbenadeling (*fraus creditorum*) was en dat om die reden de vrijlating nietig was.²¹ Dit betoog berust op de *Lex Aelia Sentia* (ca. 4 n. Chr.), een Augusteïsche wet waarin de vrijlating van slaven werd geregeld.²² Op grond van die wet was een schuldenaar bevoegd om een in pand gegeven slaaf de vrijheid te verlenen, zolang hij solvent was en zijn schuldeisers door de vrijlating niet werden benadeeld,²³ zoals blijkt uit een tekst van Gaius:

D. 40,9,29: 'Een slaaf, die onder een generale verpanding valt, behoort zonder twijfel rechtens aan de schuldenaar toe en kan rechtsgeldig door hem worden vrijgelaten, als de *Lex Aelia Sentia* zich niet tegen de vrijheidsverlening verzet, dat wil zeggen als hij solvent is en zijn schuldeisers hierdoor niet schijnen te worden benadeeld.'²⁴

Was dit laatste niet het geval omdat de schuldenaar insolvent was of zijn schuldeisers door de vrijlating onevenredig werden benadeeld,²⁵ dan konden zij zich wegens het frauduleuze handelen van de schuldenaar beroepen op de nietigheid van de vrijlating.²⁶ Uit de woorden van Gaius kan worden opgemaakt dat de mogelijkheid tot vrijlating alleen bestond bij slaven die onderwerp waren van een generale verpanding. Door een constitutie van Septimius Severus en Caracalla wordt inderdaad bevestigd dat wanneer een slaaf specifiek was verpand, vrijlating in het geheel niet mogelijk was.

C. 7,8,3: 'Het is zeker dat door hem, die de zaken die hij heeft en zal hebben met een pandrecht heeft bezwaard, aan slaven de vrijheid kan worden gegeven. Maar ditzelfde geldt niet voor die slaven, die op

-
- 18 Nicolau, *Causa*, 67-70 en Kaser/Hackl, *RZP*, 457-458. De eerste juridische plaats waar de *praetor de liberalibus causis* expliciet wordt vermeld, is C. 4,56,1, een rescript van Alexander Severus. Het ambt wordt echter al eerder genoemd in een inscriptie uit Aquino, vlakbij Monte Cassino (*CIL X*, 5398). Op basis van deze twee vindplaatsen kan worden geconcludeerd dat het ambt ergens tussen 200 en 223, mogelijk tijdens het bewind van Septimius Severus, is ontstaan. Zie ook Nicolau, *Causa*, 69.
- 19 Voor de mogelijkheid tot appel bij de keizer, zie Kaser/Hackl, *RZP*, 445 e.v. en 501 e.v. en verder J.M. Kelly, *Princeps Iudex. Eine Untersuchung zur Entwicklung und zu den Grundlagen der kaiserlichen Gerichtsbarkeit*, Weimar 1957, i.h.b. 91 e.v.
- 20 Zie ook Rizzi, *Imperator*, 395.
- 21 Zie ook Wagner, 'Freiheitserteilung', 175 e.v. en *idem*, *Entwicklung*, 93. Anders Wieacker, 'Protopraxie', 246 en Rizzi, *Imperator*, 401 e.v.
- 22 Waarover G. Rotondi, *Leges publicae populi romani*, Darmstadt 1990, 455-456.
- 23 Zie ook Wagner, 'Freiheitserteilung', 163-188. Zie anders Schulz, 'fraudatorische Freilassung', 197-284, die van mening is dat dergelijke vrijlatingen in het klassieke Romeinse recht niet mogelijk waren en betoogt dat de hieronder geciteerde teksten zijn geïnterpoleerd.
- 24 Gaius, libro primo de manumissionibus. *Generaliter pignori datus servus sine dubio pleno iure debitoris est et iustam libertatem ab eo consequi potest, si lex Aelia Sentia non impediatur libertatem, id est si solvendo sit nec ob id creditores videantur fraudari*. Zie ook D. 20,2,6 en 9, Titel 7,8 van de Codex (*De servo pignori dato manumisso*) en *Fr. Dos*. 16.
- 25 C. 7,11,1 benadrukt zelfs dat er sprake moet zijn van vermogensschade bij de crediteuren.
- 26 Gai. *Inst.* 1,37 en 47.

grond van een pandrecht individueel zijn overhandigd of zijn verbonden.²⁷

Beide regels golden ook voor schuldenaren van de *fiscus*, zoals wordt bevestigd in een ongedateerd rescript van dezelfde keizers dat is opgenomen in C. 7,8,2:

C. 7,8,2: 'De vrijheid, die is verleend door een schuldenaar van de *fiscus* aan een slaaf, die niet is verpand op basis van een specifieke overeenkomst, maar slechts is bezwaard op grond van het recht van de *fiscus*, wordt slechts ontkracht, wanneer wordt ontdekt dat dit met de bedoeling van bedrog is gedaan.'²⁸

Waarschijnlijk beriep de vertegenwoordiger van de *fiscus* zich in de onderhavige procedure op het bovenstaande rescript: Aelianus had Euemeria vrijgelaten terwijl hij insolvent dreigde te worden of zelfs al was, en had daarom frauduleus gehandeld. De expliciete vermelding van het feit dat Euemeria vele jaren eerder door Aelianus was gekocht wijst in deze richting. Waarschijnlijk voerde de *procurator fisci* dit aan als bewijs voor zijn stelling dat Aelianus frauduleus had gehandeld. Aelianus was al lange tijd eigenaar van de slavin, maar juist nu hij een som geld verschuldigd was aan de *fiscus*, had hij gevolg gegeven aan zijn verplichting om haar vrij te laten. De vrijlating was daarom volgens de *procurator* nietig met als gevolg dat Euemeria nog steeds tot het vermogen van Aelianus behoorde en dus ook onder het hypothecaire beslag van de *fiscus* viel.

Er bestond echter een complicatie in het geval van Euemeria. Wat nu te denken van het feit dat Aelianus *verplicht* was op grond van de eerdere koopovereenkomst om de slavin vrij te laten? Een dergelijk beding had sinds Marcus Aurelius het bijzondere gevolg dat de slaaf van rechtswege vrij was, wanneer de koper niet aan zijn verplichting voldeed.²⁹ Het was nu aan de keizer om de verhouding tussen de hypotheek van de *fiscus* en (de gevolgen van) deze constitutie te bepalen. Uit het door Paulus beschreven *decretum* blijkt dat de keizerlijke constitutie moest voorgaan op de door het volk vastgestelde *Lex Aelia Sentia*.³⁰ Hij kwam tot het volgende oordeel:

'Het heeft de keizer behaagd dat er geen plaats was voor het recht van de *fiscus*, waardoor alle goederen van debiteuren met een recht van hypotheek jegens hem verbonden zijn, omdat zij onder dit beding was gekocht en, als zij niet zou zijn vrijgelaten, op grond van de constitutie van de vergoddelijkte Marcus de vrijheid zou verkrijgen.'

27 Idem [impp. Severus et Antoninus] A.A. Antonio. *Ab eo, qui bona sua pignori obligavit, quae habet quaeque habiturus esset, posse servis libertatem dari certum est. Non idem iuris est in his servis, qui pignoris iure specialiter traditi vel obligati sunt. PP. III k. Ian. Pompeiano et Avito conss [209].*

28 Impp. Severus et Antoninus A.A. Abscanto. *Libertas a debitore fisci servo data, qui pignori non est ex conventionem speciali, sed tantum privilegio fisci obligatus, non aliter infirmatur, quam si hoc fraudis consilio effectum detegatur.* Zie ook eerder al D. 40,9,11,1.

29 Het betreft een rescript van Marcus Aurelius en Commodus aan Marcus' oude vriend Afidius Victorinus, ergens tussen 176 en 180. Hoewel het rescript nergens volledig wordt geciteerd, wordt er in meerdere teksten naar verwezen, bijvoorbeeld in C. 4,57,2 (Alexander Severus, 222) en 6 (Diocletianus en Maximianus, 293), D. 40,1,20,2 en D. 40,8,3. Zie voor een volledig overzicht van alle verwijzingen in de Digesten naar de constitutie: Morabito, *Réalités*, 165 nt. 157. Zie verder Buckland, *Law of Slavery*, 71, Wagner, 'Freiheitserteilung', 173-174, McGinn, 'Ne serva', 322-323 en Finkenauer, *Die Rechtsetzung*, 34-44.

30 Wagner, 'Freiheitserteilung', 177.

Aan de beslissing van de keizer dat het generale hypotheekrecht van de *fiscus* in het onderhavige geval geen toepassing vond, lijkt de volgende redenering ten grondslag te hebben gelegen. Zelfs al zou de keizer het beroep van de *fiscus* op de *Lex Aelia Sentia* honoreren met als gevolg dat Euemeria onderdeel uitmaakte van de failliete boedel van Aelianus (vgl. de tussenzin '*si non manumitteretur*'), dan nog zou dit de *fiscus* niet baten. Het beslag en de executoriale verkoop door de *fiscus* zouden immers in dat geval de koper beletten om ooit nog aan zijn verplichting te voldoen. Dit had als direct gevolg dat Euemeria krachtens de constitutie van Marcus Aurelius de vrijheid verkreeg. Of de slaaf nu was vrijgelaten door Aelianus zelf of de vrijheid verkreeg op grond van de keizerlijke constitutie, in beide gevallen stond de *fiscus* met lege handen. De keizer besliste daarom dat hij zijn generale hypotheekrecht niet ten aanzien van Euemeria kon uitoefenen zodat zij als een vrije vrouw door het leven kon gaan.³¹

De uitspraak van de keizer laat zien dat de *fiscus* in beginsel niet anders werd behandeld dan andere schuldeisers. Zij visten eveneens achter het net wanneer een aan hen generaal verpande slaaf op grond van een dergelijk beding moest worden vrijgelaten, aldus D. 40,8,6:

D. 40,8,6: 'Als iemand een verpande³² slaaf onder dit beding had gekocht, namelijk dat hij hem vrijliet, dan komt [hem] de vrijheid toe op grond van een constitutie van de vergoddelijkte Marcus Aurelius, ook al heeft diegene al zijn goederen, dat wil zeggen die hij nu heeft en die hij zal hebben, verpand. (...).'³³

Dit is zeker niet het enige geval uit de *Decreta* waarin de *fiscus* als een normale schuldeiser wordt behandeld. Een ander voorbeeld hiervan is te vinden we in D. 16,2,24. In het decreet dat in deze tekst is opgenomen, bepaalde de keizer dat ook verrekening (*compensatio*) met de *fiscus* als schuldeiser mogelijk was. Daarnaast blijkt uit verschillende teksten meer in het algemeen dat hij regelmatig in civiele procedures als partij optrad.³⁴ Hieruit kan worden opgemaakt dat de Romeinse *fiscus* ten tijde van de *Severi* nog een sterk privaatrechtelijk karakter had.

31 De beslissing vertoont opvallende overeenkomsten met D. 49,14,45,3 (= PS. 5,12,1d) en *Fr. Iur. fisc.* 19. Gezien de problematiek rondom de authenticiteit van de *Sententiarum receptorum ad filium libri V* zal hier op deze plaats niet verder op worden in gegaan. Zie hierover E. Levy, 'Paulus und der Sentenzenverfasser' *ZSS* 50 (1930), 272-294 en *idem*, *Pauli Sententiae: a palingenesia of the opening titles as a specimen of research in West Roman vulgar law*, Ithaca 1945, D. Liebs, 'Die pseudopaulinischen Sentenzen I, *ZSS* 112 (1995), 151-171 en II, *ZSS* 113 (1996), 132-242 en *idem*, *Römische Jurisprudenz in Africa mit Studien zu den pseudopaulinischen Sentenzen*, Berlin 2006, 41 e.v.

32 Het woord '*obligatum*' heeft in de literatuur voor verdeeldheid gezorgd over de vraag ten behoeve van wie de slaaf was verpand, de verkoper of de koper. Heersende leer is dat het gaat om een generale verpanding door de koper, die als gevolg had dat de slaaf na de verkoop met een pandrecht werd bezwaard. Door sommige auteurs wordt ten behoeve van deze interpretatie het woord *obligatum* geschrapt, zie bijvoorbeeld Th. Mommsen, *Digesti Iustiniani Augusti (Editio Maior)*, Berlin 1870, II, 496 en O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, Leipzig 1889, I, 651. Finkenauer laat (overtuigend) zien dat dit niet noodzakelijk is: Finkenauer, *Rechtsetzung*, 41-42.

33 Marcianus, libro singulari ad formulam hypothecariam. *Si quis obligatum servum hac lege emerit, ut manumittat, competit libertas ex constitutione divi Marci, licet bona omnia quis obligaverit, quae habet habiturusve esset.*

34 Zie bijvoorbeeld D. 22,1,16,1, D. 46,1,68,1, D. 49,14,47,pr. en 1 en D. 49,14,48,1.

Naschrift

Hoewel de Nederlandse fiscus door de eeuwen heen een sterk publiekrechtelijk karakter heeft verkregen, heeft hij nog altijd een belangrijk privaatrechtelijk voorrecht in het faillissement van zijn schuldenaren. Op grond van art. 21 lid 1 Invorderingswet 1990 heeft hij een voorrecht op alle goederen van zijn schuldenaren dat boven alle andere voorrechten gaat, behalve een aantal zeer specifieke vorderingen die o.a. betrekking hebben op de kosten van de aanvraag tot faillietverklaring (art. 3:284, 287 en 288 sub a BW). Aangezien een dergelijk voorrecht echter het onderspit delft ten opzichte van zakelijke zekerheidsgerechtigden (de pand- en hypotheekhouder, vgl. art. 3:279 BW), is ter ondersteuning van dit voorrecht het zogeheten 'bodembrecht' van de fiscus in art. 22 lid 3 Iw opgenomen. Op grond van dit artikel mag de fiscus zich verhalen op vruchten en bepaalde roerende zaken die zich op de bodem van de belastingplichtige bevinden ('bodemzaken'),³⁵ ongeacht aan wie de eigendom van deze zaken toebehoort.³⁶ Sinds de invoering van het huidige BW is hier middels art. 21 lid 2 Iw nog het zogeheten 'bodemvoorrecht' bij gekomen. Wanneer er sprake is van een *stil* pandrecht ex 3:237 lid 1 BW op een *bodemzaak*, gaat het voorrecht van de fiscus voor op het recht van de pandhouder.

Ondanks deze regelingen blijft de positie van de fiscus ten opzichte van de zekerheidsgerechtigden (in de meeste gevallen banken) problematisch. Dit heeft te maken met het feit dat banken op verschillende wijzen erin zijn geslaagd om de rechten van de fiscus te omzeilen. De belangrijkste voorbeelden hiervan zijn de zogeheten 'bodemafvoerconstructie' en de 'bodemverhuurconstructie'. In het geval van een bodemafvoerconstructie zet de bank haar stille pandrechten op bodemzaken om in vuistpand door ze vlak voor faillissement van de bodem van de belastingsschuldige af te voeren. Bij een bodemverhuurconstructie gaat de bank vlak voor faillissement een huurovereenkomst aan met de belastingsschuldige ten aanzien van de bodem. Dit heeft als resultaat dat deze niet langer als de bodem van de belastingsschuldige wordt aangemerkt en de uitoefening van het bodembrecht door de fiscus wordt geblokkeerd.³⁷ Om dergelijke constructies tegen te gaan is sinds 1 januari 2013 art. 22bis Iw ingevoerd.³⁸ Dit artikel behelst een plicht voor pandhouders om aan de fiscus mededeling te doen van het voornemen hun rechten met betrekking tot een bodemzaak uit te oefenen, dan wel een andere handeling te verrichten waardoor de zaak niet langer als bodemzaak kwalificeert. Vervolgens vangt een wachtermijn van vier weken aan waarin de pandhouder geen handelingen mag verrichten waardoor de fiscus in de uitoefening van zijn bodembrecht wordt beperkt, zodat de fiscus in de gelegenheid wordt gesteld om beslag te

35 Zie art. 22 lid 3 Iw *in fine*.

36 De *fiscus* heeft deze bevoegdheid genuanceerd door middel van art. 22.8.10 Leidraad Invordering 2008, waarin is opgenomen dat het eigendomsrecht van een derde wordt ontzien in die gevallen waarin sprake is van reële eigendom van de derde. Zie over de verhouding tussen deze bepaling en zogeheten 'financial lease overeenkomsten' HR 9 november 2012, *NJ* 2013, 510 m.nt. H.J. Snijders.

37 In HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7199 is door de Hoge Raad uitgemaakt dat een dergelijke constructie niet als paulianeus in de zin van art. 42 Fw kan worden aangemerkt. Zie over het begrip 'bodemb' HR 18 oktober 1991, *NJ* 1992, 298 en recent HR 11 april 2014, *NJ* 2014, 203.

38 Waarover in het algemeen J.J. Veters & Y.E.J. Gerards, 'Het nieuwe bodembrecht?' *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2014, afl. 2, nr. 1. Zie voor een uitgesproken geluid tegen de regeling A.J. Tekstra, 'De geforceerde restyling van het bodembrecht' *FIP* 2012, 228-236, *idem*, 'Het nieuwe bodembrecht (vervolg): het gaat van kwaad tot erger' *FIP* 2012, 286-288 en *idem*, 'Het bodembrecht van de fiscus anno 2013' *OR* 2013, 51. Zie echter ook A. van Hees, 'Wetsvoorstel wijziging bodem(voor)recht: een te billijken aanpassing', *TvI* 2012, 27.

leggen op de bodemzaken van de belastingschuldige (art. 22bis lid 5 Iw).

Hoewel door deze bepaling de wedloop tussen fiscus en zekerheidsgerechtigden voorlopig tot een einde lijkt te zijn gekomen,³⁹ woedt het debat over het bodem(voor)recht van de fiscus in de literatuur onverminderd voort. Er gaan geregeld stemmen op voor een herziening van het stelsel en afschaffing van het bodem(voor)recht zoals dat nu bestaat.⁴⁰ Hierbij worden verschillende alternatieven genoemd, zoals bijvoorbeeld een carve-out regeling.⁴¹ Men zou zich echter kunnen afvragen of het niet beter is om terug te keren naar het Romeinse systeem en een generaal zekerheidsrecht voor de fiscus in de wet op te nemen, waaraan voorrang boven alle andere zekerheidsgerechtigden wordt verleend.⁴² Dit zou in ieder geval de situatie bij faillissement een stuk overzichtelijker maken. Wellicht zou een dergelijke onaantastbare positie van de fiscus door sommigen als onrechtvaardig worden beschouwd, maar gevoelens van onrechtvaardigheid zijn niets nieuws als het om belastingen gaat.

E.S. Daalder⁴³

Leiden

39 Zie echter wel al W. Janssen-van Kesteren, 'Art. 22bis IW 1990: een tijger met een zwak gebit' *FIP* 2014, 102-107.

40 Zie bijvoorbeeld de noot van H.J. Snijders onder HR 9 november 2012, *NJ* 2013, 510. Zie verder I. Spinath, 'All animals are equal, en waarom de fiscus should not be more equal' *FIP* 2013, 122-125 en S.F. van Immerseel & F.W. Linders, 'Het bodem(voor)recht om zeep geholpen' *WFR* 2013, 36.

41 Zie bijvoorbeeld in de literatuur F.M.J. Verstijlen, 'Het pandrecht op de schop' *NTBR* 2011, 36, A.M. Mennens, 'Over het verdelen van de taart in faillissement door middel van carve-out regelingen' *TvI* 2013, 38 en F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'Wetsvoorstel wijziging bodem(voor)recht: Overheid, bezint eer ge begint!' *TvI* 2012, 26. Een voorstel hiertoe is gedaan door de Vereniging Insolventierecht Advocaten (INSOLAD), zie 'Voorstellen wijziging Faillissementswet' d.d. 30 november 2012, Commissie INSOLAD, te raadplegen via: <http://static.basenet.nl/cms/105928/website/voorstellen-wijzigingen-fw.pdf>. Overigens heeft de introductie van een carve-out regeling in andere Europese landen zoals het Verenigd Koninkrijk en Duitsland tot wisselende resultaten geleid.

42 Vgl. R. Wibier, 'Twintig jaar stil pandrecht op vorderingen in Nederland' *WPNR* 6931 (2012), nt. 60.

43 Elsemieke Daalder MA is promovenda bij de afdeling Rechtsgeschiedenis te Leiden