

Tekst & Uitleg

D. 13,7,11,4 Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum

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.

Als er meerdere erfgenamen van een crediteur achterblijven en aan een van deze erfgenamen wordt diens deel betaald, dan moet de andere erfgenamen van de crediteur geen onrecht worden aangedaan, maar kunnen zij het hele landgoed verkopen, nadat ze aan de debiteur hebben aangeboden, wat hij aan hun mede-erfgenaam heeft betaald: deze beslissing is niet onredelijk.

Bovenstaande tekst is afkomstig uit het achtentwintigste boek van Ulpianus' commentaar op het edict van de *praetor*. In de Justiniaanse Digesten is de tekst opgenomen in de titel over de *actio pignoratitia directa vel contra*. Volgens Lenels palingenesie is de tekst een commentaar op de *formula* van de *actio pignoratitia*, meer in het bijzonder op de woorden "*eamque pecuniam solutam vel eove nomine satisfactum esse*".¹ D. 13,7,11,4 is weliswaar niet de langste tekst uit de Digesten, maar heeft desalniettemin tot uiteenlopende interpretaties aanleiding gegeven. Het eerste gedeelte van de tekst (tot en met *fundum vendere*) is niet zozeer problematisch, maar - *in cauda venenum* - het slot wel. Voordat we toekomen aan een bespreking van het probleem, volgt hier eerst een korte weergave van de feiten.

Een crediteur heeft ter verzekering van zijn vordering een zekerheidsrecht op een landgoed (*fundus*) van de debiteur verkregen.² Voordat de schuld is voldaan overlijdt de crediteur-zekerheidsnemer met achterlating van meerdere erfgenamen. De vordering van de erfflater op de debiteur wordt volgens de twaalftafelregel *nomina sunt ipso iure divisa* verdeeld over de erfgenamen.³ Iedere erfgenaam verkrijgt dus een zelfstandige vordering op de debiteur van de erfflater. Nadien betaalt de debiteur zijn schuld aan één van de erfgenamen (*uni ex his pars eius solvatur*). De vorderingen van de overige erfgenamen (*ceteri heredes*) van de crediteur worden niet door de debiteur voldaan. Zodra de debiteur in verzuim verkeert willen de niet-betaalde erfgenamen het zekerheidsrecht uitoefenen en het gehele landgoed verkopen. Deze

1 O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, dl. II, Leipzig 1889, col. 583 n. 3 en zie voor de *formula* van de *actio pignoratitia* O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, 3e dr., Leipzig 1927, p. 254.

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

3 Zie *Lex XII Tabularum*, tab. 5,9; CJ 2,3,26 (Diocletianus et Maximianus, a. 294), CJ 8,31,1 (Valerianus et Gallienus, a. 257), CJ 8,31,2 (Diocletianus et Maximianus, a. 294).

niet-betaalde erfgenamen moet volgens Ulpianus geen onrecht worden aangedaan (*non debent ceteri heredes creditoris iniuria adfici*). Zij kunnen daarom inderdaad het landgoed in het geheel verkopen (*possunt totum fundum vendere*). Tot zover biedt het fragment geen verrassingen. Omdat nog niet alle vorderingen van de erfgenamen zijn voldaan en deze erfgenamen een zekerheidsrecht hebben, kunnen de niet-betaalde erfgenamen overgaan tot uitoefening van het zekerheidsrecht. Ulpianus voegt daar echter aan toe dat de niet-betaalde erfgenamen het landgoed pas kunnen verkopen *nadat* ze de debiteur hebben aangeboden wat deze aan hun mede-erfgenaam heeft betaald (*oblato debitori eo, quod coheredi eorum solvit*). Ulpianus motiveert zijn beslissing ten slotte aan het einde van dit fragment vrij beknopt met de stelling dat het geen onjuiste beslissing is (*quae sententia non est sine ratione*).⁴

Deze beslissing lijkt in strijd met de ondeelbaarheid van het pandrecht. Het principe van ondeelbaarheid houdt immers in dat het pandrecht kan worden uitgeoefend tot de laatste cent van de verzekerde vordering.⁵ De debiteur heeft weliswaar een deel van de schuld betaald waarvoor het pandrecht was gevestigd, maar die betaling doet niet af aan de omvang van het pandrecht. Het pandrecht blijft op het *gehele* landgoed rusten zolang nog niet *iedere* vordering van de erfgenamen *volledig* is voldaan. De niet-betaalde erfgenamen moeten het pandrecht dus voor het geheel (*in solidum*) kunnen uitoefenen. Het probleem dat zich in de voorliggende casus voordoet komt dus – in het kort gezegd – hier op neer: de niet-betaalde erfgenamen zouden op grond van de ondeelbaarheid van het pandrecht zonder meer over moeten kunnen gaan tot executie van het gehele landgoed, maar dit wordt hen pas toegestaan wanneer zij de debiteur het bedrag hebben aangeboden dat hij aan hun mede-erfgenaam heeft betaald. De uitoefening van het zekerheidsrecht door de niet-betaalde erfgenamen is dus aan een voorwaarde gebonden.

De voorwaarde waaronder de niet-betaalde erfgenamen het gehele pand kunnen verkopen luidt: *...oblato debitori eo, quod coheredi eorum solvit*. Hetgeen, letterlijk vertaald, betekent: "...nadat ze [i.e. de niet-betaalde erfgenamen] aan de debiteur hebben aangeboden, wat hij aan hun mede-erfgenaam heeft betaald.". Deze zin heeft vooral in de 19^e en 20^e eeuw tot vragen geleid.⁶ Op welke grond immers kunnen de crediteuren worden gedwongen eerst een geldbedrag aan te bieden, voordat zij over mogen gaan tot uitoefening van het pandrecht?

-
- 4 Deze overweging wordt in de literatuur veelal geïnterpreteerd als een indicatie dat Ulpianus de voorliggende oplossing weliswaar niet onjuist acht, maar ook zeker niet optimaal. Zie bijvoorbeeld H. Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts II*, Leipzig 1864, p. 41; A. Wacke, "Ungeteilte Pfandhaftung", *Index* 3 (1972), p. 477 en J.C. Out, *Vormen van Accessoiriëteit, een romanistische studie over het verschijnsel accessoiriëteit bij het goederenrechtelijke zekerheidsrecht* (diss. Leiden), Leiden 2005, p. 138. Met de zinsnede kan door Ulpianus ook worden aangegeven dat hij eerder de mening van een andere jurist weergeeft, zie A. Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen, im klassischen römischen Rechts*, Hamburg 1965, p. 56 n.1
- 5 Zie voor de ondeelbaarheid van het pandrecht bijvoorbeeld D. 20,1,19 (Ulp. libr. 21 ad ed.), D. 21,2,65 (Pap. libr. 8 quaest.), CJ 8,27,6 (Gordianus, a. 238) en CJ 8,28,2.pr. (Gordianus, a. 239).
- 6 De Middeleeuwse commentatoren en glossatoren besteden opmerkelijk weinig aandacht aan D.13,7,11,4. Alleen Albericus de Rosate merkt, in navolging van Jacques de Révigny, op dat het wonderlijk (*mirabile*) is dat de niet-betaalde erfgenamen niet zonder meer kunnen overgaan tot executie van het zekerheidsrecht, zie A. de Rosate, *Commentarii in Secundam Digesti Veteris Partem*, Venetië 1587 (reprint: *Opera Iuridica Rariora* 12, Bologna 1979), *de pignoratitia actione*, § *si creditor*.

Er zijn verschillende oplossingen voor dit probleem gesuggereerd.⁷ Zo heeft Schulz geopperd dat de zinsnede *oblato debitori...sine ratione* is geïnterpoleerd.⁸ Volgens Schulz zou de schrijver van deze woorden niet meer hebben vastgehouden aan de ondeelbaarheid van het pandrecht en daarom de zinsnede hebben toegevoegd. Deze gedachte is echter om twee redenen onaannemelijk. Het is ten eerste onwaarschijnlijk dat de redacteurs van de Digesten slechts dit fragment over ondeelbaarheid zouden interpoleren. Er zijn immers nog vele andere Digestenfragmenten waarin wél wordt vastgehouden aan de ondeelbaarheid van het pandrecht.⁹ Ten tweede berust het interpolatievermoeden van Schulz op de aanname dat de zinsnede in strijd is met de ondeelbaarheid van het pandrecht, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is. De aanname kan dus van de hand worden gewezen.

Enige andere auteurs nemen aan dat D. 13,7,11,4 eenvoudigweg in strijd is met de ondeelbaarheid van het pandrecht uitgaande van de echtheid van het fragment. Volgens hen is Ulpianus zélf uitgegaan van een deelbaar pandrecht. Iedere erfgenaam zou na het overlijden van de pandnemer een 'deelpandrecht', dat wil zeggen een pandrecht op een *pars pro indiviso* van het landgoed, hebben verkregen ter verzekering van zijn vordering.¹⁰ Het pand zou dan naar evenredigheid van het gedeelte dat door de debiteur is betaald van het pandrecht zijn bevrijd.¹¹ Na de betaling door de debiteur aan één van de erfgenamen, konden de niet-betaalde erfgenamen derhalve slechts hun onverdeelde pandrecht aandelen executeren. Het verkopen van een onverdeeld aandeel in een zaak is nadelig voor de pandhouder, omdat het moeilijk is kopers te vinden voor een onverdeeld aandeel. Vandaar dat Ulpianus uit *billijkheidsoverwegingen* de niet-betaalde erfgenamen wilde toestaan om het gehele landgoed te verkopen, zij het onder de voorwaarde dat de niet-betaalde erfgenamen hetzelfde bedrag aan de debiteur aanboden wat de laatste had betaald aan hun mede-erfgenaam.¹² Er zijn ten minste twee bezwaren tegen deze opvatting in te brengen. Ten eerste is het onwaarschijnlijk dat D. 13,7,11,4 een uitzondering vormt op de ondeelbaarheid van het pandrecht. In C.

7 D. 13,7,11,4 wordt o.a. besproken door A. Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, Weimar 1912 p. 56-57; H. Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts II*, Leipzig 1864, p. 40-41; J.C. Out, *Accessoiriëteit*, p. 136-139, F. Schulz, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen 1916, p. 98-99; A.J.B. Sirks, "La pluralité des créanciers hypothécaires sans rang en droit romain classique et Paul. 5 'ad Plaut' D. 20,4,13", *BIDR* 89 (1986), p. 315-316; A. Wacke, "Ungeteilte Pfandhaftung", *Index* 3 (1972), p. 475-477 en M. Wimmer, "D. 13,7,11,4 (Ulp. ad ed.): Ungeteilte Pfandhaftung und Schuldnerschutz", *ZSS* 121 (2004), p. 359-362.

8 Zie bijvoorbeeld Schulz, p. 98 e.v.

9 Bovendien is er geen Justiniaanse wetgeving die een dergelijke interpolatie gebiedt.

10 Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 40 en Sirks, p. 315 en 316. Deze opvatting valt terug te voeren op de *scholia* van de Basilica, zie BS 18 (Scheltema V, p. 1777, r. 26) (Bas. 25,1,11): "Ἐὰν γὰρ διὰ τῆς ἐπὶ τὸν ἕνα τῶν κληρονόμων μερικῆς τοῦ χρέους γινομένης καταβολῆς δῶμεν εἰς μέρος ἐλευθεροῦσθαι τὸ ἐνέχυρον, εὕρισκονται οἱ λοιποὶ τοῦ κρεδύτορος κληρονόμοι τὸ ἐνέχυρον ῥαδίως ἐκποιῆσαι μὴ δυνάμενοι διὰ τὸ μὴ εὐχερῶς εὕρισκιν τινὰ τὸν βουλόμενον ἀγοράζειν πρᾶγμα παρά τινος, ὅπερ ἐπίκοινον ἔσται αὐτῷ πρὸς ἄλλον τινά. Ζήτει βιβ. κδ'. τίτ. ζ'. κεφ. κς'. θεμ. δ'". (Heimbach III, p. 59: "nam si per solutionem partis debiti uni ex heredibus factam pignus pro parte liberari concederemus, ceteri creditoris heredes non facile pignus pro parte alienare possent, quod non facile invenirent quendam, qui rem ab aliquo emere vellet, quae sibi cum alio quodam communis foret. Quare lib. 24, tit. 6, cap. 26, them. 4").

11 De consequentie van deze opvatting is dat de debiteur na betaling van een van de erfgenamen *zowel* het eigendomsrecht heeft *als* een onbezwaard onverdeeld aandeel in zijn eigen zaak. Dit lijkt mij niet mogelijk. Het is een vreemde gedachte dat een zaak waarop één eigendomsrecht rust eveneens is verdeeld in *partes*. Zie Bremer die, in tegenstelling tot Dernburg, de gedachte verwierpt dat een eigendomsrecht dat in één hand is, verdeeld kan zijn in verschillende *partes*. Ook om deze reden is deze oplossing van D. 13,7,11,4 niet overtuigend. Zie F.P. Bremer, *Hypothek und Grundschuld: Eine dogmatische Untersuchung mit kritischer Berücksichtigung des preussischen Gesetzsentwurfs*, Göttingen 1869, p. 36 *et passim* en zie Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 40 en 41.

12 Het deelpandrecht van de betaalde erfgenaam wordt in deze visie dus niet hersteld door het betalen van het bedrag: de niet-betaalde erfgenamen kunnen het pand *uit het oogpunt van billijkheid* in het geheel verkopen.

8,31(32),1 wordt de ondeelbaarheid van het pandrecht een *manifestum et indubitatum ius* genoemd.¹³ Deze stellige uitspraak is weliswaar van later datum dan D. 13,7,11,4 maar zij wordt bevestigd door het gegeven dat al eerder vele juristen van de ondeelbaarheid van het pandrecht uitgingen.¹⁴ Bovendien blijkt uit verschillende Digestenteksten dat Ulpianus *zelf* uitgaat van de ondeelbaarheid van het pandrecht.¹⁵ Het is onwaarschijnlijk dat hij in slechts één tekst hiervan zou zijn afgeweken.¹⁶

Ten slotte wordt nog het standpunt verdedigd dat door de betaling van de niet-betaalde erfgenamen aan de debiteur het 'verkooprecht' van de niet-betaalde erfgenamen wordt hersteld.¹⁷ Hiermee probeert men recht te doen aan bovengenoemde constitutie (C. 8,31(32),1) waarin wordt bepaald dat iedere erfgenaam van een pandnemer het pandrecht voor het geheel (*in solidum*) heeft. Wacke stelt dat de erfgenamen van de pandnemer weliswaar ieder afzonderlijk het pand in het geheel met de *actio Serviana (in solidum)* kunnen opeisen, maar dat zij slechts *gezamenlijk* het verkooprecht (*ius vendendi*) kunnen uitoefenen. De ratio van deze regel zou zijn dat de erfgenamen zo op gelijke wijze uit de opbrengst van de executie worden bevredigd. Als iedere erfgenaam voor zijn vordering op de debiteur zelfstandig het pand zou kunnen opeisen en verkopen dan zouden de niet-executerende erfgenamen worden benadeeld, omdat zij na de executie slechts een persoonlijke vordering op hun mede-erfgenaam zouden hebben.¹⁸ Om dit nadeel te vermijden, zijn de erfgenamen van een pandnemer volgens deze opvatting slechts gezamenlijk in staat om het pand te verkopen. Wacke stelt aldus dat de niet-betaalde erfgenamen dit 'gezamenlijke verkooprecht' herstellen door de debiteur het bedrag aan te bieden dat hij aan hun mede-erfgenaam had betaald. Deze oplossing is, al aangenomen dat het verkooprecht inderdaad slechts gezamenlijk kan worden uitgeoefend, voor D. 13,7,11,4 allerminst overtuigend. De niet-betaalde erfgenamen kunnen immers nog steeds gezamenlijk het pand verkopen, nadat de vordering van hun mede-erfgenaam door de debiteur is betaald. De vordering van hun mede-erfgenaam is immers voldaan. De betaalde mede-erfgenaam heeft geen vordering meer en valt dus uit de pandrechtelijke verhouding. De niet-betaalde erfgenamen zijn de enigen die nog een vordering hebben die wordt gedekt door een pandrecht. Zij zijn dus al gezamenlijk gerechtigd het pand te verkopen.¹⁹ Het gezamenlijk uitoefenen van het *ius vendendi* door de erfgenamen is volgens Wacke echter een dogma waaraan wordt vastgehouden door Ulpianus zonder dat daar een reden toe is.²⁰

-
- 13 CJ 8,31(32),1 (Valerianus et Gallienus, a. 257) "Manifesti et indubitati iuris est defuncto creditore multis relictis heredibus actionem quidem personalem inter eos ex lege duodecim tabularum dividi, pignus vero in solidum unicuique teneri."
- 14 Zie Wacke, p. 478 voor een opsomming.
- 15 D. 13,7,9,3 (Ulpianus libr. 28 ad ed.), D. 19,1,13,8 (Ulpianus, libr. 32 ad ed.), D. 20,1,19 (Ulpianus, libr. 21 ad ed.) en D. 43,32,1,4 (Ulpianus libr. 73 ad ed.).
- 16 Dernburgs gedachte dat Ulpianus een andere opvatting zou hebben gehad dan de keizers die C. 8,31 (32),1 hebben opgesteld, is alleen al hierom te verwerpen. Zie Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 41.
- 17 Wacke, p. 476; Out, p. 138 en Wimmer, p. 361.
- 18 Wacke neemt dus impliciet aan dat door executie door één de erfgenamen de zekerheidsrechten van de andere erfgenamen teniet gaan. Het is echter juist de vraag of dit het geval is, zie het vervolg van de hoofdttekst.
- 19 Bovendien leidt het idee dat het *verkooprecht* wordt hersteld door het aanbieden van het bedrag aan de debiteur tot een absurde consequentie. Op grond van de ondeelbaarheid van het pandrecht zou immers een deelbetaling van het bedrag al leiden tot herstel van het verkooprecht van de betaalde erfgenaam en hoeft dus niet, zoals Ulpianus in D. 13,7,11,4 aangeeft, het *volledige* bedrag dat de debiteur heeft betaald terug te worden betaald. Wacke onderkent overigens deze argumenten die tegen het 'gezamenlijk verkooprecht' kunnen worden ingebracht, zie Wacke, p. 477-478.
- 20 Wacke, p. 478. De andere teksten waarop Wacke het 'dogma' baseert dat de erfgenamen van een pandnemer het verkooprecht slechts gezamenlijk kunnen uitoefenen, bieden evenmin bewijs voor een zogenaamd *indivisum ius vendendi*. Zie voor zijn bespreking van deze teksten Wacke, p. 473-475. Het ontbreken van overtuigend bewijs in de bronnen voor een *plicht* van de erfgenamen om gezamenlijk te verkopen laat natuurlijk onverlet dat het voor de erfgenamen wel *economisch voordelig* is om gezamenlijk te executeren.

Aldus construeert Wacke eerst een dogma, zonder steun in enige andere tekst, om dat vervolgens Ulpianus voor de voeten te werpen: dit overtuigt niet.

De vraag waarom de niet-betaalde erfgenamen het bedrag moeten aanbieden aan de debiteur is dus vooralsnog niet beantwoord. Om het probleem helder voor ogen te krijgen volgt hier een concrete uitwerking van de casus uit D. 13,7,11,4. Stel dat crediteur A een vordering uit een geldlening ter waarde van 750 heeft op debiteur B.²¹ Ter verzekering van die vordering vestigt hij een zakelijk zekerheidsrecht op een landgoed (*fundus*) van de debiteur van ongeveer dezelfde waarde. Voordat de schuld wordt betaald door de debiteur overlijdt de crediteur-zekerheidsnemer. Hij laat erfgenamen C, D en E achter, die elk een vordering van 250 op de debiteur verkrijgen op grond van de Twaalf Tafelregel *nomina ipso iure divisa sunt*. Deze vorderingen zijn na het overlijden automatisch ontstaan en zijn geheel onafhankelijk van elkaar. Voor de oorspronkelijk ongedeelde vordering was een zekerheidsrecht gevestigd. Wat gebeurt er nu met het zekerheidsrecht na deling van de verzekerde vordering? Uit een constitutie van de keizers Valerianus en Gallienus blijkt dat iedere erfgenaam afzonderlijk het gehele pand kan opeisen met de *actio Serviana (in solidum)*.²² De erfgenamen hebben derhalve alle drie een vordering die is verzekerd door een zekerheidsrecht. Deze zekerheidsrechten zijn van gelijke rang en rusten bovendien op hetzelfde goed.²³

De vraag rijst of de erfgenaam die het bezit heeft opgeëist met de *actio Serviana in solidum* mag overgaan tot executie en, indien deze eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, wat er gebeurt met de zekerheidsrechten van de niet-executerende erfgenamen. In de bronnen kan geen antwoord op deze vragen worden gevonden.²⁴ Volgens Dernburg mag de crediteur die het bezit heeft opgeëist overgaan tot executie.²⁵ De zekerheidsrechten van de niet-executerende erfgenamen gaan volgens hem door de executie teniet en de niet-executerende erfgenamen houden slechts een persoonlijke vordering op hun executerende mede-erfgenaam over. Dernburg behandelt dus in feite het zekerheidsrecht van de bezittende erfgenaam als een zekerheidsrecht met een *sterkere rang*, terwijl de zekerheidsrechten van de erfgenamen strikt genomen van gelijke rang zijn. Men kan om die reden ook beargumenteren dat bij executie door de bezittende erfgenaam de zekerheidsrechten van de niet-executerende erfgenamen niet teniet gaan: zij zijn immers niet van een lagere rang. In dit laatste scenario is het voor de erfgenamen (zo het al geen juridische plicht is) economisch voordelig om gezamenlijk te executeren. Wanneer immers alleen de bezittende erfgenaam zou executeren, blijven de andere zekerheidsrechten op het goed rusten en zal de verkoopopbrengst veel minder zijn. Slechts gezamenlijk kunnen de erfgenamen in dit scenario het goed vrij van zekerheidsrechten executeren.

21 Vrij naar de casus van Odofredus, zie Odofredus, *Lectura super digesto veteri II*, Lyon 1552 (reprint: *Opera Iuridica Rariora II.2*, Bologna 1968), *de pignoratitia actione, § si creditori*.

22 CJ 8,31(32),1 (Valerianus et Gallienus, a. 257).

23 Dernburg geeft terecht aan dat er in dit geval geen gemeenschap bestaat tussen de erfgenamen, zie Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 393-394.

24 Kaser stelt dat met de pandverkoop *alle* pandrechten teniet gaan. De teksten die hij voor deze stelling aanhaalt handelen echter allemaal over pandrechten van *latere* zekerheidsnemers die teniet gaan door pandverkoop door *eerdere* zekerheidsnemers. Zie M. Kaser, *Das römische Privatrecht I*, München 1971, p. 467 en noot 50.

25 Dernburg baseert zich op de regel "in pari causa melior est causa possidentis" die hij destilleert uit D. 20,1,10 (Ulp. libr. 73 ad ed.), zie Dernburg, *Pfandrecht II*, p. 114 en 406.

Nadat de erfgenamen alle drie een zelfstandige en door een zekerheidsrecht gedekte vordering hebben verkregen, betaalt de debiteur vervolgens de vordering van E, één van de drie erfgenamen. Uit de tekst wordt niet duidelijk waarom de debiteur slechts erfgenaam E betaalt, maar het is goed voorstelbaar dat hij E betaalt omdat E in het bezit was van het land. Deze lezing verklaart waarom de tekst in het commentaar op de *actio pignoratitia* staat. De debiteur wil immers het bezit van zijn landgoed terug verkrijgen en stelt daartoe na betaling de *actio pignoratitia* in tegen E. Uit de *formula* van de *actio pignoratitia* volgt dat de vordering *helemaal* moet zijn voldaan, voordat de actie door de zekerheidsgever kan worden ingesteld.²⁶ De vordering waarvoor het zekerheidsrecht *oorspronkelijk* was gevestigd, is nog niet helemaal voldaan. Echter, zo moet Ulpianus hebben gedacht, de oorspronkelijke vordering bestaat niet meer als zodanig, maar is verdeeld in verschillende onafhankelijke vorderingen. In dit geval is dus de gehele vordering van E voldaan en is de debiteur derhalve actief gelegitimeerd het bezit van het landgoed met de *actio pignoratitia* van E op te eisen. De debiteur kan in dit voorbeeld de *actio pignoratitia* tegen E instellen, maar nog niet tegen de erfgenamen C en D. Het is van belang om vast te stellen dat er dus vóór de executie van het zekerheidsrecht (in potentie) meerdere *actiones pignoratitiae* zijn. Wanneer bijvoorbeeld erfgenaam D nadien het bezit van het landgoed opeist met de *actio Serviana* en de debiteur de vordering van D betaalt voordat D overgaat tot executie, kan de debiteur het bezit van het landgoed vervolgens weer met de *actio pignoratitia* van D opeisen. Hoewel de debiteur in de casus aan E heeft betaald, blijven de zekerheidsrechten voor de resterende vorderingen van C en D, zijnde twee vorderingen van elk 250, nog op het landgoed rusten. Vervolgens willen crediteuren C en D overgaan tot executie.

De niet-betaalde erfgenamen kunnen volgens Ulpianus inderdaad executeren, maar moeten eveneens een bepaald bedrag aanbieden aan de debiteur. Dit bedrag moet wel het *superfluum* zijn.

Er is wel betoogd dat dit bedrag moet worden onderscheiden van het *superfluum*, omdat het al vóór de pandverkoop aan de debiteur moet worden betaald.²⁷ De gebruikte grammaticale constructie van een *ablativus absolutus* met een participium perfectum passief (*oblato debitori eo, quod coheredi eorum solvit*) wijst er inderdaad op dat de handeling van de appositie voortijdig is aan de handeling van de hoofdzin (*possunt vendere*). Dit is echter nog geen argument tegen de stelling dat het bedrag dat de erfgenamen moeten aanbieden in feite het *superfluum* is. Ten eerste betekent het werkwoord *offerre* naast 'betalen', ook 'aanbieden'.²⁸ Het feit dat de executerende erfgenamen dit bedrag moeten *aanbieden* aan de debiteur, betekent niet noodzakelijkerwijs dat ze het bedrag ook daadwerkelijk uit hun eigen vermogen moeten *betalen* voordat ze mogen overgaan tot executie van het pand. Het 'aanbieden' van het bedrag door de executerende erfgenamen betekent slechts dat zij de debiteur moeten garanderen dat hij de 250 krijgt die hij aan hun mede-erfgenaam heeft betaald. De niet-betaalde erfgenamen worden dus niet

26 "Si paret Am Am No No rem qua de agitur ob pecuniam debitam pignori dedisse *eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse aut per Nm Nm stetit*, quo minus solveretur, eamque rem Ao Ao redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nm Nm Ao Ao condemnato, si non paret, absolvito." Zie Lenel, *EP*³, p. 254 en zie ook het begin van D. 13,7,9,3 (Ulp. libr. 28 ad ed.) "Omnis pecunia exsoluta esse debet aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoratitia actio."

27 Wacke, p. 477 n. 141.

28 H.G. Heumann en E. Seckel, *Heumanns Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena 1907, s.v. 'offerre'.

gedwongen om het bedrag vooraf uit eigen zak te betalen.²⁹ Ten tweede kan het zelfs om het *superfluum* gaan als de erfgenamen het bedrag voor de executie uit hun vermogen moeten betalen. In dit laatste geval wordt het bedrag namelijk opgeteld bij de verzekerde vordering die de erfgenamen op de debiteur hebben. De executerende erfgenamen kunnen zich voor dat bedrag ook verhalen op de verkoopopbrengst. Ook in dit geval gaat het dus om (een voorschot op) het *superfluum*.

De vraag waarom Ulpianus dit *superfluum* laat aanbieden door de niet-betaalde erfgenamen is nu te beantwoorden. Nu er voor executie (in potentie) meerdere *actiones pigneraticiae* zijn, aangezien het om verschillende, onafhankelijke, verzekerde vorderingen gaat, is dat ook na executie het geval. Na de executie worden deze *actiones pigneraticiae* immers niet automatisch samengevoegd tot één *actio pigneraticia* waarmee de debiteur het *superfluum* in het geheel kan opeisen van iedere erfgenaam. Integendeel: de debiteur moet van iedere erfgenaam naar verhouding van diens erfdeel een deel van het *superfluum* opeisen. Dit wordt bevestigd door een andere Digestentekst die betrekking heeft op een rechtsfiguur die nauw verwant is aan *pignus*, te weten *commodatum*. Ook in het geval van *commodatum* moet iedere erfgenaam van de bruiklenner door de bruikleengever naar verhouding van zijn erfdeel worden aangesproken, tenzij de aangesproken erfgenaam de mogelijkheid heeft de zaak te restitueren: D. 13,6,3,3 (Ulp. libr. 28 ad ed.) "De erfgenaam van degene die een zaak in bruikleen heeft ontvangen, wordt voor dat deel aangesproken waarvoor hij erfgenaam is, tenzij hij toevallig de mogelijkheid heeft om de gehele zaak te restitueren, maar hij dit niet doet: dan wordt hij immers veroordeeld voor het geheel, zoals dat past bij het oordeel van een goede rechter."³⁰ In de casus uit D. 13,7,11,4 zal iedere erfgenaam, na executie van het zekerheidsrecht, eveneens naar verhouding van zijn erfdeel aangesproken moeten worden met de *actio pigneraticia directa* door de debiteur.³¹ Aangezien dit niet praktisch is en bovendien een insolventierisico meebrengt voor de debiteur, stelt Ulpianus in D. 13,7,11,4 dat de niet-betaalde erfgenamen die willen overgaan tot executie elk (hoofdelijk) het *superfluum* moeten aanbieden aan de debiteur. Deze voorwaarde kan worden gezien als een vorm van bescherming van de belangen van de debiteur.³² Het aanbieden van het bedrag is niet in strijd met de ondeelbaarheid. De niet-betaalde erfgenamen kunnen immers nog steeds het landgoed executeren, mits zij daarbij geen nodeloze inbreuk maken op de belangen van de debiteur. Het feit dat de erfgenamen het landgoed in het geheel kunnen executeren, als gevolg van de ondeelbaarheid, geeft juist aanleiding tot het voorliggende probleem. In D. 13,7,11,4 wordt slechts bepaald, dat de crediteuren ieder hoofdelijk garant staan voor het *superfluum*. Dit vindt Ulpianus niet onredelijk omdat de debiteur anders na executie van het pand tegen iedere debiteur afzonderlijk een *actio pigneraticia* moet instellen. Naast het feit dat deze oplossing voor de debiteur praktischer is, wordt aldus bovendien het insolventierisico voor de debiteur verminderd. Weliswaar is het niet onoverkomelijk dat iedere erfgenaam afzonderlijk moet worden aangesproken, en blijft ook bij deze oplossing een insolventierisico bestaan, maar

29 Hoe het 'aanbieden' van het bedrag in zijn werk gaat, wordt niet vermeld in D. 13,7,11,4. Het zou kunnen dat de niet-betaalde erfgenamen een hoofdelijke stipulatie afleggen.

30 D. 13,6,3,3 (Ulp. libr. 28 ad ed.) "Heres eius qui commodatum accepit pro ea parte qua heres est convenitur, nisi forte habeat facultatem totius rei restituendae nec faciat: tunc enim condemnatur in solidum, quasi hoc in boni iudicis arbitrio conveniat."

31 In die zin ook Dernburg, *Pfandrecht I*, p. 154: "Miterben sind nach Verhältnis ihrer Erbportionen zu belangen [d.w.z. met de *actio pigneraticia directa*] ...".

32 Zie in die zin ook Wimmer, p. 361.

toch valt het voordeel hiervan in te zien. Vandaar dat Ulpianus, zij het met enige reserve, opmerkt dat de oplossing niet onredelijk is: *quae sententia non est sine ratione*.

J. van Kralingen³³

Leiden

33 Hans-Jan van Kralingen is promovendus bij de afdeling Rechtsgeschiedenis te Leiden