

Tekst & Uitleg XII

C. 8,13(14),2

*

TEKST

Quamvis constet specialiter quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse et aequale ius in omnibus habere, iurisdictio tamen temperanda est. (1) Ideoque si certum est posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum, ea, quae postea ex isdem bonis pignori accepisti, interim non auferri praeses iubebit.

‘Hoewel vast staat dat aan Uw tegenstander zowel afzonderlijke zaken zijn verpand als ook een generaal zekerheidsrecht is verleend en dat hij op alles een gelijk recht heeft, moet dat recht toch afgezwakt worden. En derhalve zal, als het zeker is dat zijn vordering in haar geheel kan worden voldaan uit de opbrengst van de zaken die afzonderlijk aan hem zijn verpand, de provinciegouverneur bevelen dat de zaken die nadien uit hetzelfde vermogen aan U zijn verpand, in de tussentijd niet worden afgevoerd’.

UITLEG

Het bovenstaande rescript van de keizers Severus en Antoninus (Caracalla) werd op 30 mei van het jaar 204 door de keizerlijke kanselarij gepubliceerd. Er was destijds een aantal vooraanstaande Romeinse juristen aan de keizerlijke bureaucratie verbonden: Papinianus was eerste minister (*praefectus praetorio*), Ulpianus was werkzaam in één van de keizerlijke departementen en Paulus was secretaris van het adviescollege dat keizer Severus (zelf een jurist) in beroepsprocedures terzijde stond. Het is niet onwaarschijnlijk dat één of zelfs meer van hen aan de totstandkoming van dit rescript heeft meegewerkt.¹ Het werd gewezen op verzoek van een zekere Lucius, die in één van de provincies van het Romeinse rijk woonachtig was, en betrof een geval van collisie tussen verschillende zekerheidsrechten.

Ter vermijding van misverstanden, zij er in verband met de in het navolgende gehanteerde terminologie in het kort op gewezen dat het Romeinse en gemene recht twee vormen van zakelijke zekerheid kenden: pand en hypotheek. Het eerste werd gevestigd door bezitsverschaffing (vaak door

¹ Caracalla, de zoon van Septimius Severus, is daarbij zekerlijk niet betrokken geweest: hij was destijds zestien jaar.

middel van een *constitutum possessorium*); het tweede op grond van een vormloze overeenkomst.² Beide zekerheidsrechten (pand, zowel als hypotheek) konden bovendien zowel op roerende als op onroerende zaken worden gevestigd. Daarnaast gold in het Romeinse en gemene recht niet het huidige specialiteitsbeginsel, zodat zekerheidsrechten niet alleen op afzonderlijke zaken, maar ook op een geheel vermogen konden worden gevestigd.³ Het laatste was natuurlijk slechts mogelijk door middel van een overeenkomst, dat wil zeggen door middel van de vestiging van een recht van hypotheek. Men pleegt in dit geval te spreken van een ‘generaal’ zekerheidsrecht; van een ‘bijzonder’ zekerheidsrecht is sprake als één of meer afzonderlijke zaken door middel van pand of hypotheek met een zekerheidsrecht zijn bezwaard. Generale en bijzondere zekerheidsrechten konden bovendien niet alleen krachtens overeenkomst worden gevestigd (in welk geval men pleegt te spreken van *conventionele* zekerheidsrechten), maar berustten ook dikwijls op de gewoonte of de wet (in welk geval men pleegt te spreken van *legale* zekerheidsrechten).

Lucius had, zo blijkt uit het rescript, een door middel van een zekerheidsrecht afgedekte vordering op een debiteur die evenwel diezelfde goederen al eerder, door middel van de vestiging van een generaal zekerheidsrecht, had bezwaard ten gunste van een andere crediteur, aan wie ook andere zaken afzonderlijk waren verpand die tot het vermogen van de debiteur behoorden. Tussen Lucius en deze oudere crediteur was een executieconflict gerezen en wel omdat de eerste crediteur/zekerheidsnemer krachtens zijn *generaal* zekerheidsrecht van Lucius afgifte vorderde van een aan deze laatste afzonderlijk verpande zaak. De vraag was nu of Lucius zich tegen deze eis kon verweren door de eiser te verwijzen naar de andere tot het vermogen van diens debiteur behorende zaken waarop hij een *bijzonder* zekerheidsrecht had, zodat Lucius slechts uit hoofde van het *generale* zekerheidsrecht aansprakelijk kon worden gesteld indien de opbrengst daarvan ontoereikend was. De vraag werd voorgelegd aan de keizer, die daarop, bij wijze van prejudiciële beslissing, in het hierboven afgedrukte rescript antwoord gaf. Het behelst een fraai voorbeeld van de rol die óók in het goederenrecht, zelfs ten aanzien van zekerheidsrechten, al in het Romeinse recht kon zijn weggelegd voor de redelijkheid en billijkheid.⁴

² Ik verwijs de lezer naar mijn *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht* I (Inleiding en zakenrecht), derde druk, Den Haag 2006, p. 472-474. Er zij op gewezen dat het gegeven dat een recht van (vuist)pand door middel van *constitutum possessorium*, dat wil zeggen door middel van enkele wilsverklaring, en het feit dat het recht van hypotheek door middel van een vormloze overeenkomst kon worden gevestigd er toe hebben geleid dat, voor wat het Romeinse recht betreft, nauwelijks verschil tussen beide zekerheidsrechten werd gemaakt: (D. 20,1,5,1) ‘Tussen pand en hypotheek bestaat alleen een verschil in de klank van het woord’ (Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt). Wanneer daarom in het onderstaande van ‘verpanding’ of ‘verhypothekering’ wordt gesproken leze men eenvoudigweg: de vestiging van een goederenrechtelijk zekerheidsrecht. Zie *Hoofdstukken*, p. 476-480.

⁴ Zie bij het navolgende de korte monografie van M. Wolff, *Das beneficium excussionis realis*, Berlijn 1894. Voor het oude gemene recht zie met name het standaardwerk van A.

Het rescript benadrukt dat er geen twijfel over kan bestaan dat de oudere crediteur *in beginsel* het recht heeft om zich óók op de later aan Lucius verpande zaken te verhalen: het belangenconflict tussen opeenvolgende zekerheidsnemers van dezelfde goederen werd in het Romeinse recht beslist op basis van de regel *prior tempore, potior iure* ('eerder in tijd, sterker in recht').⁵ Dit beginsel blijft ook voorop staan bij de behandeling van executieconflicten zoals het onderhavige. De vraag is echter of dat óók heeft te gelden voor een ander beginsel, inhoudende dat de zekerheidsnemer aan wie voor één en dezelfde schuld méér dan één zekerheid – bijvoorbeeld een generaal *en* een bijzonder zekerheidsrecht – is verschaft de vrije keuze heeft op welke goederen hij zich bij wijze van executie zal verhalen. De vraag werd in beginsel bevestigend beantwoord:

D. 20,5,8: 'Het staat ter vrije dispositie van de crediteur om zijn voordeel te doen met de vervreemding van die van de aan hem tot zekerheid strekkende zaken waaraan hij de voorkeur geeft'.⁶

Papinianus had naar aanleiding daarvan het navolgende geschreven:

D. 20,4,2: 'Iemand aan wie een generale hypotheek is gegeven op het vermogen van zijn debiteur, heeft voorrang boven degene aan wie later een stuk grond uit dat vermogen in pand is gegeven en dit zelfs dan nog, wanneer hij [dat is de eerste (generale) hypotheekhouder] zich afdoende zou hebben kunnen verhalen op de overige vermogensbestanddelen'.⁷

De casuspositie van het geval dat Papinianus hier voor ogen moet hebben gehad, vertoont grote overeenkomsten met die van het onderhavige rescript: een eerste hypothecaire crediteur met een generaal zekerheidsrecht komt in een executieconflict met een latere schuldeiser die een speciaal zekerheidsrecht heeft. Deze laatste stelt zich op het standpunt dat de eerste crediteur zijn vordering voor het geheel kan voldoen door de verkoop van andere goederen dan die waarop hij, dat is de tweede crediteur, een speciaal zekerheidsrecht heeft. Deze stelling wordt door Papinianus verworpen, omdat het de crediteur met een ouder zekerheidsrecht vrij staat te kiezen op welke goederen uit het vermogen van zijn debiteur hij zijn vordering wil verhalen. Het verschil tussen het hier door Papinianus behandelde geval en de casuspositie van het rescript is gelegen in het feit dat in het laatste geval de eerste crediteur niet alléén, zoals in het door Papinianus

Negusantius, *De pignoribus et hypothecis* (ik gebruik de editie Keulen 1589), Pars V, sec. membrum, no 51 (mijn editie p. 401 e.v.); voor de pandektistiek zij verwezen naar het standaardwerk van H. Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts* II, Leipzig 1864, p. 370 e.v.

⁵ Zie voor dit adagium C. 8,17(18),3 (Diocletianus en Maximianus).

⁶ Modestinus, *libro quarto Regularum*: Creditoris arbitrio permittitur ex pignoribus sibi obligatis quibus velit distractis ad suum commodum pervenire.

⁷ Papinianus, *libro tertio Responsorum*: Qui generaliter bona debitoris pignori accepit eo potior est, cui postea praedium ex his bonis datur, quamvis ex ceteris pecuniam suam redigere possit.

behandelde geval, beschikte over een ouder generaal zekerheidsrecht, maar daarnaast óók nog over een ouder *bijzonder* zekerheidsrecht op *andere* goederen dan die welke later waren verhypothecerd aan de tweede crediteur. In dit geval, zo vond de keizer (Septimius Severus), gebiedt de redelijkheid en billijkheid dat de eerste crediteur zich eerst dient te verhalen op de goederen die speciaal aan hem zijn verpand, alvorens krachtens zijn generaal zekerheidsrecht de goederen uit te winnen die aan de tweede crediteur bijzonderlijk zijn verpand. Daaruit mag niet de gevolgtrekking worden gemaakt dat een crediteur die zowel over een generaal, als ook over één of meer bijzondere zekerheidsrechten beschikte, zich in *alle* omstandigheden (dus óók in die waarbij géén derde was betrokken) eerst diende te verhalen op de bijzonderlijk aan hem verhypothecerde zaken, alvorens zich te storten op de overige bestanddelen van het aan hem verhypothecerde vermogen. Een dergelijke regel kende het Romeinse recht niet, behoudens natuurlijk het geval waarin daaromtrent een andere afspraak tussen zekerheidsgever en zekerheidsnemer was gemaakt. Papinianus verwijst in het vervolg van de hierboven geciteerde tekst op zo'n bijzondere afspraak omtrent de volgorde van executie die de zekerheidsnemer toezegt in acht te zullen nemen:

D. 20,4,2: 'Maar als er een overeenkomst met de eerste crediteur is gesloten, dat de overige goederen slechts dan tot zekerheid zullen strekken, als de opbrengst van de zaken die hij onder het generaal zekerheidsrecht heeft geëxecuteerd niet toereikend is, dan zal de tweede crediteur, wanneer die overeenkomst niet van toepassing is, ten aanzien van de later in pand gegeven zaak niet alleen de voorrang hebben, maar zelfs als enige zekerheidsnemer hebben te gelden'.⁸

De tekst (en dus óók de vertaling) van het bovenstaande fragment is omstreden. De zinsnede 'als de opbrengst van de zaken die hij onder het *generaal* zekerheidsrecht heeft geëxecuteerd niet toereikend is' (*si pecunia de his, quae generaliter accepit, servari non potuisset*) wordt dikwijls⁹ als volgt geëmmendeerd: 'als de opbrengst van de zaken die hij onder het *bijzonder* zekerheidsrecht heeft geëxecuteerd niet toereikend is' (*si pecunia de his, quae specialiter accepit, servari non potuisset*). Deze tekstemendatie¹⁰ vindt geen steun in de bronnen¹¹; zij is ingegeven door problemen die rijzen bij de uitleg van de tekst.

⁸ Papinianus, *libro tertio Responsorum*: Quod si ea conventio prioris fuit, ut ita demum cetera bona pignori haberentur, si pecunia de his, quae generaliter accepit, servari non potuisset, deficiente secunda conventionione secundus creditor in pignore postea dato non tam potior quam solus invenietur.

⁹ Zo recentelijk nog Spruit c.s. in hun vertaling van D. 20,4,2.

¹⁰ Zij is afkomstig van Cuiacius, *Observationes et emendationes* XI, 32 (*Opera Omnia* III, ed. Napels 1758, col. 320-321).

¹¹ De Basilica, de vaste steun en toeverlaat bij alle twijfels omtrent de lezing van een tekst in de Digesten (of de Codex), hebben de Griekse parafrase (διὰ τῶν γενικῶν (Bas. 25,5,2 (BT 1215,16)) van de Latijnse zinsnede '*quae generaliter accepit*'. Zie overigens ook reeds, vóór het vasthouden aan de traditionele lezing, H. Dernburg, *Das Pfandrecht*, p. 371 en K.A. von Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten* I (zevende druk), Marburg 1863, § 389, Anm. 2 (p. 888

Men is namelijk geneigd de veronderstelling, inhoudende dat er nog ruimte is voor een executiemogelijkheid krachtens een *bijzonder* zekerheidsrecht nadat de crediteur zich reeds heeft kunnen verhalen krachtens zijn *generaal* zekerheidsrecht, als onrealistisch terzijde te schuiven¹², te meer wanneer men zich laat leiden door een ander misverstand, namelijk dat de crediteur die zowel over een generaal, als ook over één of meer bijzondere zekerheidsrechten beschikt, zich in alle omstandigheden eerst dient te verhalen op de bijzonderlijk aan hem verhypothekerde zaken, alvorens de overige bestanddelen van het aan hem verhypothekerde vermogen te mogen uitwinnen. Dit wordt soms¹³ afgeleid uit het navolgende rescript:

C. 8,27(28),9: ‘De zaken die afzonderlijk aan U tot zekerheid strekken, dient U, als de debiteuren betaling achterwege laten, te goeder trouw en op de voorgeschreven wijze te verkopen; dan zal immers blijken of de schuld voldaan zal kunnen worden uit de opbrengst van het zekerheidsobject. Maar als er iets tekort komt, zult U er niet aan worden gehinderd ook de overige vermogensbestanddelen krachtens de overeenkomst op te eisen’.¹⁴

Men is inderdaad geneigd op het eerste gezicht in het hierboven afgedrukte rescript de weerslag te zien van een algemeen beginsel dat een crediteur, als hij zowel over een generaal, als ook over één of meer bijzondere zekerheidsrechten beschikt, zich eerst dient te verhalen op de bijzonderlijk aan hem verhypothekerde zaken, alvorens zich te mogen verhalen op de overige bestanddelen van het aan hem verhypothekerde vermogen. Het komt mij evenwel voor dat deze volgorde van executie, die inderdaad door de tekst wordt aangegeven, niet zozeer berust op een regel van objectief recht, als wel op een daartoe strekkende overeenkomst tussen zekerheidsnemer en zekerheidsgever: daarover laat de uitdrukkelijke verwijzing naar een dergelijke overeenkomst (*iure conventionis* (‘krachtens de overeenkomst’)) aan het einde van het fragment geen misverstand bestaan.¹⁵ In dit geval is tussen zekerheidsnemer en zekerheidsgever overeengekomen dat de eerste zich eerst op

(‘gewiß richtige Lesart’)). Cuiacius was zich, uiteraard, óók bewust van de lezing van de Basilica en schreef daarom de traditionele lezing toe aan een vergissing van Justinianus’ codificatiecommissie. Helaas zijn er geen Griekse scholia bij de tekst van D. 20,4,2 overgeleverd, zodat wij niet weten hoe de byzantijnse scholiasten (waaronder enige prominente leden van Justinianus’ codificatiecommissie) de tekst hebben uitgelegd. Zie ook hieronder bij n. 26.

¹² Zoals Cuiacius, t.a.p., doet: ‘inepta prorsus esset conventio huiusmodi’.

¹³ M. Kaser, *Das römische Privatrecht* I, München 1971, p. 471, bij n. 13, in navolging van H. Wagner, *Voraussetzungen, Vorstufen und Anfänge der römischen Generalverpfändung*, Marburg 1968, p. 81 e.v.

¹⁴ (Diocletianus & Maximianus (287)): Quae specialiter vobis obligata sunt, debitoribus detractantibus solutionem bona fide debetis et sollemniter vendere: ita enim parebit, an ex pretio pignoris debito satisfieri potest. Quod si quid deerit, non prohibemini etiam cetera bona iure conventionis consequi.

¹⁵ Zo ook B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts* I (zesde druk), Frankfurt a.M. 1887, § 235, n. 24 (p. 821) en Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, § 389, Anm. 2 (p. 888-889).

de afzonderlijk aan hem verhypothekerde zaken zal verhalen, alvorens zich, krachtens zijn generaal zekerheidsrecht, op de overige vermogensbestanddelen te verhalen. Het omgekeerde is ook denkbaar en zelfs, gezien vanuit het perspectief van de zekerheidsgever, attractief. Het is het geval dat door Papinianus wordt besproken in het laatste geval dat hij in D. 20,4,2 ter sprake brengt: een zekerheidsgever is met de zekerheidsnemer, aan wie zowel een generaal zekerheidsrecht op het gehele vermogen van de zekerheidsgever, als ook één of meer bijzondere zekerheidsrechten op enige afzonderlijke daartoe behorende bestanddelen zijn verstrekt, bij de vestiging van deze rechten overeengekomen dat de zekerheidsnemer zich eerst op de overige boedelbestanddelen zal verhalen, alvorens de bijzonderlijk aan hem verhypothekerde goederen te executeren. Op deze wijze wordt verhinderd dat tussen de eerste zekerheidsnemer en een eventuele tweede zekerheidsnemer van dezelfde afzonderlijk verhypothekerde boedelbestanddelen een conflict ontstaat over de rang: als de executoriale opbrengst van de overige – onder het generaal zekerheidsrecht van de eerste hypotheekhouder vallende – boedelbestanddelen toereikend is om de vordering van de eerste hypotheekhouder te voldoen, is de schuld teniet gegaan, zodat, krachtens het accessoriëitsbeginsel, óók de bijzondere zekerheidsrechten van de eerste hypotheekhouder zijn vervallen. De tweede crediteur is daardoor, krachtens zijn bijzondere zekerheidsrecht daarop, exclusief gerechtigd tot de executoriale opbrengst van de verkoop van de daaraan onderworpen zekerheidsobjecten. De tekst kan dus, zoveel moge duidelijk zijn geworden, ook zonder tekstemendatie op bevredigende wijze worden verklaard.¹⁶

Er rest nog de vraag hoe de verhouding tussen de executie krachtens een generaal en die krachtens een bijzonder zekerheidsrecht is, wanneer er daaromtrent *géén* bijzondere regeling is getroffen tussen zekerheidsnemer en zekerheidsgever en deze laatste nadien al eerder door hem aan een eerste crediteur krachtens een *generaal* zekerheidsrecht verhypothekerde goederen aan een tweede crediteur bijzonderlijk heeft verhypothekerd, terwijl hij eerder ook andere zaken bijzonderlijk aan de eerste zekerheidsnemer heeft

¹⁶ De verklaring van de Accursische glosse (zie de Gl. 'Caetera' op D. 20,4,2), waarin wordt aangenomen dat Papinianus in het tweede deel van de tekst een ander geval bespreekt dan in het eerste ('mutat casum') en wel dat waarin tussen zekerheidsnemer en zekerheidsgever was overeengekomen dat de eerste zich pas dan op de bijzonderlijk aan hem verhypothekerde zaken zou verhalen indien de opbrengst van de executie op basis van het generaal zekerheidsrecht ontoereikend was, werd door Cuiacius (t.a.p.) als 'ineptissima' verworpen. Hij kon zich bij een dergelijke afspraak niets voorstellen. Dit gebrek aan voorstellingsvermogen vormt dus de achtergrond van een tot op de dag van vandaag vrij algemeen geaccepteerde tekstemendatie. Zie voor een (naar de toenmalige Romeinse maatschappelijke verhoudingen) zeer voor de hand liggend geval waarin zo'n afspraak nagenoeg vanzelfsprekend was hieronder in n. 30.

verpand. Dit is het geval van het rescript van Septimius Severus uit 204.¹⁷ Het is gebaseerd op het uitgangspunt dat strengrechtelijk (*de rigore* placht men in de Middeleeuwen te zeggen) de eerste crediteur vrij is in zijn keuze: hij heeft een ouder zekerheidsrecht dan de latere tweede crediteur. De keizer en zijn rechtsgeleerde *consilium*, waardoor hij zich in gevallen als dit liet bijstaan, besloten echter op grond van billijkheidsoverwegingen dat de executie van de onder het (oudere) generale zekerheidsrecht van de eerste crediteur vallende vermogensbestanddelen waarop de tweede crediteur een (jonger) *bijzonder* zekerheidsrecht had diende te worden opgeschort totdat, na de executie van die vermogensbestanddelen waarop de eerste crediteur een (ouder) *bijzonder* zekerheidsrecht had, vast stond dat de schuld uit de opbrengst daarvan niet kon worden voldaan.

Het hierboven beschreven voorrecht van een latere zekerheidsnemer dat in C. 8,13(14),2 (de zogeheten *lex Quamvis*) wordt verleend, staat sinds de Middeleeuwen bekend als het *beneficium excussionis realis*, het ‘zakelijk voorrecht van (eerdere) uitwinning’. Er wordt al sinds de Accursische glosse getwist over de vraag of het berust op een daartoe strekkende afspraak tussen de eerste zekerheidsnemer en de zekerheidsgever, of dat het de tweede zekerheidsnemer op grond van de redelijkheid en billijkheid, toekomt.¹⁸ In een feitelijke context als die van C. 8,13(14),2 werd het daarom gebruikelijk om te onderscheiden tussen de gevallen waarin het eerste, bijzondere, zekerheidsrecht ten behoeve van de eerste crediteur *pure* (dat wil zeggen, onvoorwaardelijk) was gegeven en de tweede, generale, hypotheek voorwaardelijk, dat wil zeggen onder de opschortende voorwaarde van de ontoereikendheid van de executoriale opbrengst van de eerste, en die waarin zowel de eerste (bijzondere), als ook de tweede (generale) hypotheek *pure* waren gegeven.¹⁹ De bepaling van C. 8,13(14),2 werd, in navolging van de Accursische glosse, over het algemeen²⁰ slechts op het laatste geval van toepassing verklaard, hetgeen betekent dat de meeste gemeenrechtelijke auteurs het gevoelen waren toegedaan dat het *beneficium* van de tweede crediteur niet mocht worden herleid tot een daartoe strekkende afspraak tussen de zekerheidsgever en de eerste zekerheidsnemer, maar

¹⁷ Het rescript van 204 moet dus *niet* worden gezien als een voorloper van het latere rescript van Diocletianus uit 287 (C. 8,27(28),9), zoals Dernburg, a.w. p. 374-375, veronderstelt. Ik voeg, ter aanvulling van hetgeen daartegen hierboven reeds is opgemerkt, nog het navolgende toe. Indien Dernburg's veronderstelling juist mocht zijn, wekt de plaatsing van het rescript van 287 enige verbazing. Het is opgenomen in de 27ste titel van het achtste boek van de Codex ('Over de verkoop van verpande zaken' (*De distractione pignorum*)). Men zou, bij Dernburgs veronderstelling, de plaatsing ervan veeleer verwachten in titel 13(14) ('Over zakelijke zekerheidsrechten' (*De pignoribus*)), bijvoorbeeld onmiddellijk volgend op C. 8,13(14),2, of in titel 17(18) ('Over de rang van zakelijke zekerheidsrechten' (*Qui potiores in pignore habeantur*)), bijvoorbeeld onmiddellijk volgend op C. 8,17(18),6 (zie daarover hieronder, bij n. 26).

¹⁸ Zie voor de eerstgenoemde opvatting reeds de Casus van Vivianus (circa 1270) bij C. 8,13(14),2 ('et *convenit* etc.') en voor de tweede de Gl. 'Quamvis' op dezelfde plaats.

¹⁹ Zo reeds de Gl. 'Interim' op C. 8,13(14),2.

²⁰ Zie bijvoorbeeld Bartolus en zijn tijdgenoot Jacobus Butrigarius in hun commentaren op C. 8,13(14),2.

onmiddellijk op de redelijkheid en billijkheid werd gebaseerd.²¹ Het was evenwel niet ongebruikelijk om ook in dit geval (dat van C. 8,13(14),2) een *stilzwijgende* afspraak tussen zekerheidsgever en zekerheidsnemer aan te nemen, inhoudende dat de generale hypotheek van de laatstgenoemde slechts strekte tot ondersteuning van de bijzondere.²² Er is terecht op gewezen²³ dat deze benadering tot andere rechtsgevolgen leidt dan die welke het voorrecht onmiddellijk op de redelijkheid en billijkheid baseert. De herleiding van het voorrecht van C. 8,13(14),2 tot een daartoe strekkende stilzwijgende overeenkomst roept bovendien de vraag op waarom *een derde* (de tweede zekerheidsnemer) zich daarop kan beroepen.²⁴ Ik geef er daarom de voorkeur aan dat rechtstreeks op de redelijkheid en billijkheid te baseren. Wat hiervan ook zij²⁵, nadat het rescript van 204 door Justinianus in zijn Codex was opgenomen berustte het voorrecht eenvoudig op de wet.

Zoals reeds werd opgemerkt, mag uit de beslissing van Septimius Severus *niet* de gevolgtrekking worden gemaakt dat in een executieconflict tussen een zekerheidsnemer met een (ouder) generaal zekerheidsrecht en een zekerheidsnemer met een (later) bijzonder zekerheidsrecht aan de latere zekerheidsnemer het voorrecht van C. 8,13(14),2 toekomt. Dit blijkt, naast de hierboven reeds gememoreerde uitspraak van Papinianus in D. 20,4,2, nog eens duidelijk uit het navolgende, later gepubliceerde, rescript uit 260:

C. 8,17(18),6: ‘Als er een generaal zekerheidsrecht is gevestigd en nadien zaken aan een ander bijzonder zijn verpand, behoort U, als U van de eerste hebt gekocht, niet lastig te worden gevallen door de latere crediteur, omdat de crediteur met een generaal zekerheidsrecht dat eerder is gevestigd, voorrang heeft’.²⁶

²¹ Zo ook nog Bartholomaeus Salycetus († 1410) in zijn grote Codexcommentaar (zie daar ad C. 8,13(14),2) en Negusantius, t.a.p. (noot 4).

²² Zo J. Brunnemann (1608-1672), *Commentarius in Codicem*, ed. Keulen 1754, ad C. 8,13(14),2, onder verwijzing naar oudere auteurs.

²³ Zie Wolff, a.w. (noot 4), p. 26.

²⁴ Zie, bijvoorbeeld, B. Windscheid, *Lehrbuch*, § 235, Anm. 24 (p. 821): ‘eine Singularität liegt in der Entscheidung der Stelle (bedoeld is C. 8,13(14),2) ... insofern, als die Berufung auf einen bloß obligatorischen Vertrag auch Personen gestattet wird, welche nicht Gesamtnachfolger sind’.

²⁵ Dezelfde curiositeit doet zich, uiteraard, ook voor als er een uitdrukkelijke overeenkomst is gesloten tussen de eerste zekerheidsnemer en de zekerheidsgever omtrent de volgorde van executie die de eerstgenoemde in acht zal nemen: waarom zou zich daarop een derde, zoals een latere zekerheidsnemer, kunnen beroepen?

²⁶ (Valentinianus & Gallienus): Si generaliter bona sint obligata et postea res alii specialiter pignori dentur, quoniam ex generali obligatione potior habetur creditor qui ante contraxit, si ab illo tu comparasti, non oportet te ab eo qui postea credidit inquietari. Ook bij deze plaats, die eveneens is opgenomen in de vijfde titel van het 25e boek van de Basilica, zijn geen Griekse scholia overgeleverd, zodat wij niet weten of de byzantijnse scholiasten een onmiddellijk verband legden tussen deze tekst en de (omstreden (zie hierboven bij n. 11)) bepaling van D. 20,4,2.

Het voorrecht van C. 8,13(14),2 kon alleen door een latere zekerheidsnemer van een bijzonder zekerheidsrecht worden ingeroepen tegen een oudere zekerheidsnemer die beschikte over *twee* verschillende (en oudere) zekerheidsrechten: één op een of meer afzonderlijke zaken van de zekerheidsgever en één op diens gehele vermogen.²⁷

De vraag rijst waarom men zich, naast de vestiging van een generaal zekerheidsrecht, nog aanvullend en tot verzekering van dezelfde vordering bijzondere zekerheidsrechten op afzonderlijke goederen van de debiteur liet verschaffen. De verklaring is gelegen in het feit dat het generale zekerheidsrecht uit de aard der zaak slechts bij hypotheek, dat wil zeggen door middel van een enkele, vormloze overeenkomst (*pactum nudum*), kon worden gevestigd. De inhoud van dit zekerheidsrecht werd dus uitsluitend en alleen bepaald door de (uitleg van de) modaliteiten van die overeenkomst.²⁸ Wij weten dat niet zelden een regeling werd getroffen die zeer grote overeenkomsten vertoont met hetgeen in het Anglo-Amerikaanse recht een ‘floating charge’ wordt genoemd, dat wil zeggen een zekerheidsrecht op de wisselende vermogensbestanddelen van de zekerheidsgever, opdat deze daarover in onbelaste vorm kan beschikken.²⁹ Dientengevolge miste een dergelijk zekerheidsrecht veelal het zaaksgevolg dat per definitie was verbonden aan het bijzondere zekerheidsrecht. Dit lijkt mij de voornaamste reden waarom men zich aanvullende zekerheid in de vorm van bijzondere zekerheidsrechten liet verschaffen; het *is* de reden waarom in de Anglo-Amerikaanse praktijk, dikwijls bij één en dezelfde overeenkomst, ter aanvulling van een ‘floating charge’ en ter dekking van dezelfde schuld bovendien nog ‘fixed charges’ aan de zekerheidsnemer worden verleend.³⁰

²⁷ De volgorde waarin deze beide zekerheidsrechten zijn gevestigd, is irrelevant: zie Dernburg, a.w. (n. 4), p. 373-374.

²⁸ Uit de zinsnede ‘en dat hij op alles een gelijk recht heeft’ (*et aequale ius in omnibus habere*) in C. 8,13(14),2 blijkt dat de keizer de overeenkomst van zekerheidsstelling tussen de schuldenaar en zijn eerste crediteur dusdanig heeft uitgelegd dat de twee verschillende zekerheidsrechten (het bijzondere en het generale) op gelijke voet staan, zodat het laatste niet slechts als subsidiair zekerheidsrecht was bedoeld.

²⁹ Zie bijvoorbeeld het generale pandrecht dat wordt vermeld in D. 20,1,34 pr.

³⁰ Daarnaast zij nog, voor wat het Romeinse recht betreft, gewezen op bepaalde vermogensbestanddelen waarvan werd aangenomen dat zij niet onder een generaal zekerheidsrecht vielen (zie daarvoor D. 20,1,6 - 8) en die dus nog *afzonderlijk* moesten worden verpand, als men de zekerheid ook mede daarop wilde uitbreiden. Het gaat daarbij niet alleen om huisraad, kleding en andere dagelijkse gebruiksartikelen, maar *óók* – een pikant, maar destijds zeer veel voorkomend, detail – om de slavin met wie de debiteur in concubinaat leefde, alsmede de vruchten van haar schoot (D. 20,1,8). Juist ten aanzien van de laatstgenoemde vermogensbestanddelen lag het voor de hand dat de zekerheidsgever met de zekerheidsnemer overeenkwam dat de laatste zich eerst krachtens zijn generale zekerheidsrecht diende te verhalen op de overige vermogensbestanddelen van zijn debiteur alvorens diens bijzonderlijk verhypothekerde liefdespanden uit te winnen. Een vader kon weliswaar zijn eigen, wettig geboren kinderen niet in pand geven (zie *Pauli Sententiae* 5,1,1 en D. 20,3,5), maar dat verbod gold uiteraard niet voor de kinderen die hij bij zijn slavin had: deze volgden de status van hun moeder.

Er is in de juridische praktijk van het gemene recht herhaaldelijk geprobeerd een ruimere werking toe te kennen aan het door C. 8,13(14),2 tot uitdrukking gebrachte beginsel door de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid die de zekerheidsnemer van een generaal zekerheidsrecht krachtens D. 20,4,2 toekomt *in het algemeen* (en dus niet alleen in de specifieke context van C. 8,13(14),2) te onderwerpen aan de toets van de redelijkheid en billijkheid.³¹ Dit gold in het bijzonder in het conflict tussen een zekerheidsnemer met een later *bijzonder* zekerheidsrecht en een zekerheidsnemer met een eerder *generaal* zekerheidsrecht. Leek de *aequitas* niet te gebieden dat óók deze eerst de goederen uitwon die *niet* later bijzonderlijk aan derden waren verhypothekerd, te meer wanneer die ruimschoots voldoende waren om zijn schuld uit te kunnen voldoen, zodat hij door deze beperking van zijn keuzevrijheid geen schade leed?

De klassieke casus waarin onder het gemene recht een dergelijk beroep op de redelijkheid en billijkheid werd gedaan, was het conflict tussen een crediteur die staande het huwelijk van zijn debiteur een hypotheek op één van zijn goederen had verkregen en de vrouw van de debiteur, die krachtens het gemene recht een legale generale hypotheek had op het vermogen van haar man tot zekerheid van haar vordering tot restitutie van haar bruidschat (*dos*) na ontbinding van het huwelijk.³² Ik trof een uitvoerige bespreking ervan aan in één van de *Consilia* van Petrus Philippus Corneus (1420-1492).³³ Het ging daarin om een dame, Antonia geheten, die ter restitutie van haar bruidschat beslag had laten leggen op een tot het vermogen van haar overleden echtgenoot behorende wijngaard. Daartegen kwam een crediteur van haar man in verzet, omdat die wijngaard aan hem was verhypothekerd. Van de zijde van de hypothecaire crediteur werd, onder verwijzing naar de *aequitas* van C. 8,13(14),2, een beroep gedaan op het feit dat tot het vermogen van de overleden echtgenoot van Antonia ook een woonhuis behoorde waarop zij haar vordering ruimschoots kon verhalen. Corneus adviseerde dit beroep af te wijzen. Er is, zo betoogde hij, een fundamenteel verschil tussen het geval van C. 8,13(14),2 en dit soort gevallen, waarin de eerste crediteur alléén beschikt over een generaal zekerheidsrecht (*non videtur eadem aequitas*). Wie daarentegen, naast een generale hypotheek, óók nog beschikt over een *bijzondere* hypotheek op één of meer goederen van zijn debiteur, heeft ten aanzien van de laatstgenoemde goederen een nog sterker recht dan ten aanzien van de overige en daarom gebiedt de billijkheid dat hij zich eerst dáárop verhaalt, alvorens de goederen

³¹ Zie Petrus Costalius (Pierre Coustau), *Adversaria ex Pandectis Iustiniani*, Keulen 1627, ad D. 20,4,2. Ik wijs ook op de zestiende-eeuwse Franse jurist Gilles le Maistre (raadsheer in het Parlement van Parijs en één van de eerste ‘arrestographes’), aangehaald door Bern. Automne (de Franse Groenewegen) in zijn aantekening bij C. 8,14(13),2 (*La conférence du droit françois avec le droit romain civil* II, Parijs 1644 (4e dr.), p. 418): ‘il faut discuter la speciale hypothèque avant venir à la générale’.

³² Zie daarvoor C. 5,12,30.

³³ Corneus was hoogleraar te Perugia en Pisa (Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* VI, Bad Homburg 1961 (herdr. 2e dr. 1850), p. 485). De door mij gebruikte uitgave van zijn *Consilia* bestaat uit twee meer dan vuistdikke foliobanden met honderden rechtsgeleerde adviezen.

uit te winnen die later aan andere crediteuren zijn verhypothekeerd.³⁴ Dáárom zou in het onderhavige geval de voorkeur moeten worden gegeven aan de geschreven gestrengheid boven een ongeschreven billijkheidsregel (*rigor scriptus praefertur aequitati non scriptae*). De eertijds in heel West Europa buitengewoon gezaghebbende jurist, theoloog en staatsman Diego de Covarruvias y Leyva (1512-1577), ‘de Spaanse Bartolus’, sloot zich bij dit betoog van Corneus aan.³⁵

Dergelijke pogingen stuitten echter altijd af op het oude interpretatievoorschrift dat uit een rechtsregel die in strijd is met het systeem van het vermogensrecht, zoals de bepaling van C. 8,13(14),2, geen al te ver strekkende – dat wil zeggen, systeembeïnvloedende – conclusies mogen worden getrokken; het toepassingsgebied ervan dient dus binnen zeer beperkte grenzen te worden gehouden. Ze dienen, nog weer anders gezegd, strikt te worden geïnterpreteerd.³⁶

Het hierboven beschreven *beneficium excussionis realis*, zoals het voorrecht van C. 8,13(14),2 veelal werd aangeduid, veranderde in het Rooms-Hollandse recht van gezicht door de werking van art. 35 van de Politieke Ordonnantie van 1580.³⁷ De ordonnantie bepaalde dat, ten aanzien van onroerend goed³⁸, in een conflictsituatie tussen een generaal en een bijzonder zekerheidsrecht de voorrang werd gegeven aan het laatste, zelfs wanneer dat van jonger datum was.³⁹ Dit impliceert dat in de situatie van C. 8,13(14),2 de eerste

³⁴ Petrus Philippus Corneus, *Consilia* I, ed. Lyon 1544, Cons. 246, fol. 184 verso: ‘suadet aequitas quod eligat illam rem in qua habet plus iuris’.

³⁵ *Variae Resolutiones*, Lib. 3, cap. 18 (*septimo constat*), onder meer in *Opera Omnia* II, ed. Lyon 1661, p. 293 e.v.

³⁶ Zie hiervoor D. 1,3,14 (In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris) en 50,17,141 pr. (Quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias). Negusantius beriep zich er op bij zijn verwerping van betogen als dat van Coustau: zie hierboven n. 31. Zie ook Merc. Merlinus, *Tractatus de pignoribus et hypothecis*, ed. Genève 1650, Lib. 3, tit. 1, quaest. 21 onder no 23: ‘zij [d.i. de bepaling van C. 8,13(14),2] is exorbitant en is in strijd met de bepaling van [D. 20,4,2]. Daarom moet zij niet worden toegepast buiten het geval waarover ze spreekt’ (est exorbitans et est contra d.l. *Qui generaliter*. Ideo non est extendenda ultra casum in quo loquitur).

³⁷ *Groot Placaet-boek* (GPB (Corn. Cau, Simon van Leeuwen e.a. edd.)) I, Den Haag 1658, col. 338.

³⁸ Art. 35 van de Politieke Ordonnantie was niet van toepassing op roerende goederen, zodat ten aanzien daarvan werd vastgehouden aan de oude, hierboven beschreven Romeinsrechtelijke regels. Ik laat dit detail daarom verder onbesproken: de mij ter beschikking staande ruimte staat, mede ook gelet op de bijzonderheden die het locale gewoonterecht in dit verband kende, een nadere uitwerking ervan (waaraan grote behoefte bestaat) in de weg.

³⁹ Zie H. de Groot, *Inleiding tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid* II, tit. 48 § 34; J. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, ed. Genève 1757, ad D. 20,1 no 14 en 16; Simon van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands Regt*, ed. Amsterdam 1744, IV, tit 13 § 18; verg. ook Van Zurck, *Codex Batavus*, ed. Rotterdam 1738, s.v. Preferentie § 1. Zie ook het uitvoerige commentaar op *Inl.* 2,48,34 van D. van der Keessel, *Praelectiones iuris hodierni ad Hug. Grotii Introductionem etc.* II, (edd. P. van Warmelo e.a.), Amsterdam/Kaapstad 1964, p. 485 e.v.

crediteur haast per definitie was aangewezen op executie krachtens zijn oudere *bijzondere* zekerheidsrecht, omdat alleen dááaraan preferentie boven het latere *bijzondere* zekerheidsrecht van de tweede crediteur was verbonden. De onvolprezen Groenewegen verklaart daarom de bepalingen van C. 8,17(18),6 en D. 20,4,2 voor obsoleet.⁴⁰ Hij doet dit echter *niet* met zoveel woorden in zijn aantekening bij C. 8,13(14),2 en daarvoor bestaat een goede reden.

Het *beneficium* van C. 8,13(14),2 had in Holland niet aan betekenis verloren door de werking van de Politieke Ordonnantie van 1580.⁴¹ Dit verduidelijkt een uitspraak van de Hoge Raad van Holland en Zeeland die is gerapporteerd door Neostadius.⁴² Het ging daarbij om ene Jacob, die een stuk grond te Kethel, nabij Schiedam, had verhypothekerd aan Martinus, aan wie bovendien, tot meerdere zekerheid, een generaal zekerheidsrecht was toegekend op het gehele vermogen van Jacob. Nadien verhypothekerde Jacob een stuk grond in Naaldwijk aan Margaretha. Deze laatste vervreemde dat stuk grond bij wege van executie, maar zij werd geconfronteerd met een vordering van Martinus die krachtens zijn oudere generale zekerheidsrecht afgifte van de koopprijs vorderde. De eis werd op grond van C. 8,13(14),2 door de Hoge Raad afgewezen, omdat Martinus nog geen verhaal had gezocht op de bijzonderlijk aan hem verhypothekerde *fundus Kethelanus*. Margaretha diende echter, zo oordeelde de Hoge Raad, te garanderen dat zij de koopprijs geheel of gedeeltelijk zou uitkeren aan Martinus indien de executieopbrengst van het stuk grond in Kethel ontoereikend was om de schuld van Jacob te voldoen. Op het eerste gezicht wekt de uitspraak enige bevreemding. Gold immers niet al ten tijde van deze uitspraak in Holland de regel dat het *bijzondere* zekerheidsrecht (ook wanneer dat later in datum was) de voorrang had boven het *generale*,⁴³ zodat Margaretha exclusief aanspraak kon maken op de executieopbrengst? Het probleem in deze zaak was evenwel dat haar hypotheek niet op de correcte wijze was ingeschreven.⁴⁴ De Hoge Raad kende haar daarom weliswaar een preferente positie boven gewone concurrente crediteuren toe, maar géén beroep op de regel van de Politieke Ordonnantie. Dit gegeven maakt de uitspraak van de Hoge Raad opmerkelijk en wel omdat hij aan Margaretha *wel* een beroep op het voorrecht van C. 8,13(14),2 toestond. Het verraadt dat de Hoge Raad het daarin tot uitdrukking gebrachte beginsel ruimhartig wenste toe te passen.

⁴⁰ Simon à Groenewegen van der Made, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus*, ed. Leiden 1649, ad C. 8,17(18), 6 en D. 20,4,2.

⁴¹ Verg. ook Simon van Leeuwen, *Censura forensis*, ed. Leiden 1678, I Lib. IV, cap. XI, no 10.

⁴² *Utriusque Hollandiae Zelandiae Frisiaeque curiae decisiones*, ed. Den Haag 1667, *Decisio* 41.

⁴³ Zo ook Neostadius, t.a.p.: 'specialisque posterior, anteriori generali praefertur'.

⁴⁴ De *bijzondere* hypotheek diende te zijn ingeschreven bij het gerecht van het ressort waar het onroerend goed was gelegen en in het geval van de hypotheek van Margaretha was dat in een andere plaats gebeurd; het voorschrift gold, om voor de hand liggende redenen, niet voor de geldigheid van de *generale* hypotheek.

Art. 35 van de ordonnantie van 1580 gold, krachtens bijzonder privilege van 8 maart 1594⁴⁵, *niet* in Amsterdam en uiteraard, krachtens de toenmalige provinciale autonomie, óók niet in de provincie Friesland. Hier bleef dus het oude gemene recht, inclusief de bepaling van C. 8,13(14),2, volop van kracht⁴⁶ tot 1809, toen het WNH (Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland) de voormalige Hollandse regel in het gehele land verbindend maakte.⁴⁷

Tot slot zij nog op het volgende gewezen. Er is in het verleden veel getwist over de ratio van de beslissing van C. 8,13(14),2.⁴⁸ Een voor de hand liggende gedachte is dat zij een begunstiging van de rechtspositie van de tweede zekerheidsnemer beoogt als de eerste zekerheidsnemer zich krachtens zijn oudere *bijzondere* zekerheidsrecht ook op *andere* vermogensbestanddelen kan verhalen dan die welke bijzonderlijk aan de tweede zekerheidsnemer zijn verpand. Zij biedt, anders gezegd, de tweede zekerheidsnemer een zekere bescherming tegen de willekeur van de eerste bij de uitoefening van zijn *generale* zekerheidsrecht: de eerste zekerheidsnemer wordt gedwongen zich bij de uitoefening van zijn zekerheidsrechten zorgvuldig – dat wil zeggen, met inachtneming van hetgeen de redelijkheid en billijkheid gebiedt – te gedragen. Het probleem met een dergelijke verklaring is evenwel, althans voor wat het Romeinse en gemene recht betreft, dat zij niet verklaart waarom een dergelijke zorgvuldigheid uitsluitend is geboden als de eerste

⁴⁵ GPB II, Den Haag 1664, col. 2212; zie ook *Inleiding* II, tit. 48 § 40. Groenewegen maakte daarom in zijn aantekening bij C. 8,17(18),6, waarin hij deze bepaling obsoleet verklaarde, uitdrukkelijk een uitzondering voor Amsterdam. De uitzonderingspositie van Amsterdam is interessant, omdat zij ‘ter bevordering van de handel’ (*in favorem mercaturae* (Van Leeuwen, t.a.p.)) was gemaakt. Kennelijk dacht men er bij gebaat te zijn dat in die metropool op vermogensrechtelijk gebied zo min mogelijk werd afgeweken van het gemene Romeinse recht.

⁴⁶ Zo uitdrukkelijk U. Huber, *Heedendaegse Rechts-geleertheit, soo elders, als in Frieslandt gebruikelyk*, ed. Amsterdam 1768, II, cap. 50 §§ 41 en 42 en dezelfde in zijn *Praelectiones iuris Romani et hodierni* III, ed. Leipzig 1725, ad D. 20,4, no 24. Zie in het bijzonder ook J. van der Sande, *Decisiones frisiae*, Groningen 1683, Lib. 3, tit. 12, dec. 6 (in de zaak van Hieroen Rumpkes tegen Dr. Gaius Nauta (uitspraak van 16 juli 1629)). Van der Sande merkt in zijn (uitstekende) commentaar op dat de – voor de toepassing van het voorrecht van C. 8,13(14),2, naar het gemene Romeinse recht vereiste – combinatie van een zekerheidsstelling door middel van een bijzonder zekerheidsrecht en een generaal zekerheidsrecht ter verzekering van eenzelfde schuld – meestal, zoals ook in dit geval, de koopprijs verschuldigd voor de verkoop van onroerend goed – in zijn tijd in Friesland zeer gebruikelijk was (*vulgaris et usitata clausula*). Hetzelfde gold overigens voor Holland bij de verkoop van onroerend goed, waarbij de verkoper, tot zekerheid van de vordering tot betaling van de koopprijs (die niet zelden, bij wijze van belegging, werd gecrediteerd), een speciale hypotheek op het in eigendom overgedragen onroerend goed bedong, alsmede ook een generaal zekerheidsrecht op het overige vermogen van de koper. Het is géén toeval dat het leeuwendeel van de jurisprudentie van de Hoge Raad over het conflict tussen bijzondere en generale zekerheidsrechten ten aanzien van onroerend goed betrekking heeft op Amsterdamse zaken.

⁴⁷ Zie de artt. 1844 en 1845 *tertio* WNH.

⁴⁸ Zie hiervoor Wolff, a.w. p. 19 e.v.

crediteur *zowel* over een bijzonder *als ook* over een generaal zekerheidsrecht beschikt. Ligt het niet voor de hand van een eerste crediteur die alléén beschikt over een generaal zekerheidsrecht dezelfde zorgvuldigheid te verlangen ten aanzien van de belangen van latere crediteuren aan wie afzonderlijke goederen zijn verpand? Dit is echter een consequentie die, naar wij in het bovenstaande zagen, door het Romeinse en gemene recht uitdrukkelijk werd afgewezen.⁴⁹ Niet echter door een aantal locale jurisdicties. Zo is al gewezen op de oude Hollandse regel die, in een conflict tussen een bij overeenkomst gevestigd generaal en een bijzonder conventioneel zekerheidsrecht, de voorkeur gaf aan het laatste. Het eerder gevestigde generale zekerheidsrecht is weliswaar geldig, maar staat ten achter bij het later gevestigde bijzondere zekerheidsrecht. Deze regel gold echter in het Rooms-Hollandse recht niet voor de verhouding tussen een *legaal* generaal zekerheidsrecht en een later bij overeenkomst gevestigd bijzonder zekerheidsrecht.⁵⁰ Hier kon daarom de vraag rijzen of de latere, bijzondere pandhouder zich tegen de executie door de eerste, wettelijke generale pandhouder kon verzetten door een beroep te doen op het voorrecht van C. 8,13(14),2. De vraag werd in 1785 opgeworpen in een procedure voor de Hoge Raad van Holland en Zeeland.⁵¹

Gaius had in 1772 de voogdij over een kind aanvaard. Krachtens het toenmalige Rooms-Hollandse recht verkreeg de pupil daardoor van rechtswege een generaal zekerheidsrecht op het vermogen van de voogd tot zekerheid van eventuele vorderingen die de pupil tegen de voogd mocht verkrijgen. Een jaar nadien had Gaius ten behoeve van zichzelf een geldlening bij Titius afgesloten, waarvoor hij zijn onroerend goed in Suriname in hypotheek had gegeven. De bijzondere hypotheek was dus van later datum dan het generale pandrecht, reden waarom namens de pupil de opbrengst werd gevorderd van de executoriale verkoop van het onroerend goed in Suriname. De hypotheekhouder was onbekend met het bestaan van de generale hypotheek van de pupil en werd daardoor dus verrast. Het moet hem duidelijk zijn geweest dat naar het toenmalige recht zijn bijzondere zekerheidsrecht lager was gerangschikt dan het (wettelijke) generale zekerheidsrecht van de pupil en hij bracht daarom het voorrecht van C. 8,13(14),2 in stelling: de pupil zou zich pas op het bijzonderlijk verhypotheekende goed kunnen verhalen *nadat* de overige goederen van zijn debiteur waren uitgewonnen.⁵² Daartegen werd D. 20,4,2 in stelling gebracht, inhoudende dat het een zekerheidsnemer met een generaal zekerheidsrecht vrij zou staan om te kiezen op welke goederen hij zich wilde verhalen. Wij zagen in

⁴⁹ Zo ook Negusantius, t.a.p. (noot 4), die de mogelijkheid om een dergelijke ver strekkende consequentie te verbinden aan de bepaling van C. 8,13(14),2 (zie daarvoor ook hierboven bij n. 31) bespreekt, maar verwierpt.

⁵⁰ Zo ook nog art. 1845 *primo* WNH.

⁵¹ W. Pauw, *Observationes tumultuariae novae* III, edd. R. Feenstra *e.a.*, Haarlem 1972, no 1733.

⁵² Pauw, t.a.p.: ‘ad speciale pignus veniri non posse nisi alia bona debitoris unde pupillo satisfieri possit non adsint’; dat wil zeggen, ‘dat men slechts aan het bijzondere zekerheidsrecht toekomt als er geen andere goederen van de debiteur zijn waaruit de pupil voldaan kan worden’. C. 8,13(14),2 wordt hier weliswaar niet uitdrukkelijk aangehaald, maar de inhoud van het verweer laat er geen twijfel over bestaan dat er aan werd gerefereerd.

TEKST & UITLEG XII

het voorgaande reeds dat deze bepaling (D. 20,4,2) door gezaghebbende schrijvers (Groenewegen)⁵³ als obsoleet was aangemerkt, reden waarom de hypotheekhouder tegen dit beroep op D. 20,4,2 aanvoerde dat de daarin neergelegde discretionaire bevoegdheid was opgeheven door de Politieke Ordonnantie van 1580. Dit verweer werd afgewezen, omdat de Politieke Ordonnantie slechts betrekking had op de verhouding tussen verschillende *conventionele* zekerheidsrechten, zodat zij niet van toepassing was op het conflict tussen een *wettelijk* generaal zekerheidsrecht (zoals in deze procedure aan de orde was) en een (bijzonder) conventioneel zekerheidsrecht.⁵⁴

In een conflict tussen een (ouder) legaal generaal zekerheidsrecht en een later bijzonder zekerheidsrecht kon dus, naar het oordeel van de Hoge Raad in 1785, een crediteur met een *wettelijk* generaal zekerheidsrecht niet worden genoopt eerst ‘de vrije ruimte’, dat wil zeggen de overige vermogensbestanddelen van zijn debiteur, te zoeken om zich dáár op te verhalen, alvorens de goederen te kunnen uitwinnen die ten gunste van een derde waren belast met een later gevestigd bijzonder zekerheidsrecht. Hier gold dus de *rigor iuris* van het Romeinse recht onverkort.⁵⁵

NASCHRIFT

Ik werd herinnerd aan C. 8,13(14),2 en de hierboven beschreven executieconflicten in het gemene en Rooms-Hollandse recht toen ik onlangs kennis nam van de inhoud van het arrest van de Hoge Raad d.d. 26 juni 1998, inzake Aerts q.q./ABN-AMRO.⁵⁶ Dergelijke executieconflicten tussen generale en bijzondere zekerheidsrechten kunnen zich, zo lijkt het althans op het eerste gezicht, in het moderne recht niet meer voordoen en wel omdat het huidige stelsel van zekerheidsrechten is gebaseerd op het specialiteitsbeginsel, maar toch kunnen zich, zo blijkt, óók in het huidige recht nog gevallen voordoen die sterke overeenkomsten vertonen met de zojuist hierboven beschreven procedure die in 1785 voor de Hoge Raad van Holland en Zeeland diende. Ik bedoel de problematiek rondom de verhouding tussen het bodemrecht van de fiscus – door het gemene recht overigens

⁵³ Zie hierboven bij n. 40.

⁵⁴ De Hoge Raad liet zich hier leiden door Voet, *Commentarius* ad D. 20,1 no 16 *i.f.* Zie daarvoor de volgende noot. Ik wijs er bovendien nog op dat de casus die aan deze uitspraak ten grondslag ligt nagenoeg precies dezelfde is als die van het hierboven (bij n. 34) besproken vijftiende-eeuwse advies van Corneus. Óók de uitkomst is dezelfde. Zó groot was de continuïteit van het gemene recht.

⁵⁵ Voet behandelt in zijn *Commentarius* het voorrecht van C. 8,13(14),2 onder no 15 van zijn commentaar op de Digestentitel 20,1. In het daarop volgende nummer wijst hij er op dat de door hem onder no 15 opgesomde Romeinsrechtelijke bijzonderheden betreffende de rangorde tussen zekerheidsnemers van generale en bijzondere zekerheidsrechten, althans voorzover het onroerend goed betrof, waren afgeschaft door art. 35 van de Politieke Ordonnantie van 1580, maar dat die toch moesten worden behandeld omdat het oude gemene recht nog gold in Amsterdam en bovendien ook nog gold voor de verhouding tussen legale en conventionele zekerheidsrechten.

⁵⁶ *NJ* 1998,745.

geconstrueerd als een (wettelijk) generaal *zekerheidsrecht* – en een bezitloos pandrecht: de reeds in de uitspraak van 1785 aan de orde gestelde rechtsvraag stond centraal in het arrest Aerts q.q./ABN-AMRO. Het ging in dit geval, kort geparafraseerd, om het navolgende.

Aerts was curator in het faillissement van de machinefabriek C. Rijkaart BV, gevestigd te Nijmegen. Tot de boedel behoorden inventaris en machines waarop een bezitloos pandrecht rustte van ABN-AMRO. De curator had deze zaken, in overeenstemming met de Bank, vervreemd en een gedeelte van de opbrengst ervan betaald aan de Bank, waarbij de laatste haar pandrecht prijs gaf, onder vrijwaring van de curator tegen de aanspraken van de fiscus uit hoofde van zijn bodemrecht. De Ontvanger vorderde bij naheffing ter zake van verschuldigde loon- en omzetbelasting betaling van de curator; de Bank betaalde het door de Ontvanger gevorderde bedrag aan de curator. De opbrengst van de overige, door de curator meeverkochte, *niet* onder het bezitloos pandrecht van de bank, maar *wel* onder het bodemrecht van de fiscus vallende, goederen was voldoende om de Ontvanger te voldoen. Daarom rees een geschil tussen de curator en de Bank. De eerstgenoemde namelijk stelde zich op het standpunt dat hij, als vertegenwoordiger van de belangen van de Ontvanger, gerechtigd was de door de Bank ontvangen opbrengst van de verkoop van de aan haar bezitloos verpande zaken op te eisen; de Bank daarentegen vorderde de reeds door haar betaalde som (de belastingschuld) van de curator, als zijnde onverschuldigd betaald, terug, daartoe betogende dat de fiscus zich bij de uitoefening van zijn bodemrecht eerst heeft te verhalen op andere bodemgoederen dan die waarop zij, de Bank, een bezitloos pandrecht had.

De verhouding tussen het voorrecht van de fiscus en een bezitloos pandrecht wordt beheerst door de bepaling van art. 21, lid 2 Inv.W., krachtens hetwelk een bezitloos pandrecht dat rust op zaken waarop krachtens art. 22, lid 3 Inv.W. door de fiscus bodembeslag kan worden gelegd, bij het voorrecht van de fiscus ten achter staat. Het is opvallend hoezeer het in de procedure Aerts/ABN-AMRO door curator Aerts ten aanzien hiervan ingenomen standpunt correspondeert met dat van het Romeinse recht ten aanzien van de uitoefening van de bevoegdheden van een zekerheidsnemer met een generaal zekerheidsrecht: ten behoeve van de in art. 22, lid 3 Inv.W. genoemde belastingschulden heeft de fiscus voorrang op de opbrengst van *alle* bodemzaken. Het staat hem dus ook vrij, aldus het betoog van de curator, om te kiezen voor de bodemgoederen waarop een bezitloos pandrecht van de Bank rust, zelfs als er een zogeheten ‘vrij actief’⁵⁷ aanwezig is.⁵⁸ Papinianus had ooit hetzelfde betoogd: ‘Iemand aan wie een generale hypotheek is

⁵⁷ Zie voor deze term G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel*, Nijmegen 1997, p. 41.

⁵⁸ Er is mij vanuit de insolventiepraktijk gewezen op een volmaakte parallel met het geval van C. 8,13(14),2, namelijk dat waarin de fiscus zich, in gevallen van verlening van uitstel van betaling, tot meerdere zekerheid van zijn vordering een bezitloos pandrecht laat verschaffen (zie voor deze mogelijkheid de Leidraad Invordering 2008, art. 25.1.13) en vervolgens een executieconflict als in Aerts/ABN-AMRO ontstaat met een andere crediteur die een bezitloos pandrecht op *andere* zaken heeft waarop de fiscus krachtens zijn bodemrecht voorrang heeft.

gegeven op het vermogen van zijn debiteur, heeft voorrang boven degene aan wie later een stuk grond uit dat vermogen in pand is gegeven *en dit zelfs dan nog, wanneer hij zich afdoende zou hebben kunnen verhalen op de overige vermogensbestanddelen*'.⁵⁹ De voormalige Hoge Raad van Holland en Zeeland dacht er net zo over door in het conflict tussen een wettelijk generaal zekerheidsrecht en een later bijzonder zekerheidsrecht onverkort vast te houden aan D. 20,4,2 en daarom de latere zekerheidsnemer van een bijzonder zekerheidsrecht een beroep op het door C. 8,13(14),2 tot uitdrukking gebrachte beginsel te ontfangen. Het is het traditioneel gemeenrechtelijke standpunt, want, naar wij hierboven zagen⁶⁰, werd het toepassingsgebied van de *aequitas* van C. 8,13(14),2 onder het gemene recht binnen zeer enge grenzen gehouden, zodat het beperkt bleef tot het geval waarin de oudere crediteur naast zijn generale zekerheidsrecht nog beschikte over één of meer bijzondere zekerheidsrechten. Tegen een ruimhartiger toepassing van de redelijkheid en billijkheid bestaat echter géén bezwaar meer als een dergelijke rechtsregel door latere regelgeving is uitgebreid en er, veelal dientengevolge, een achterliggend motief aan kan worden toegeschreven dat binnen het systeem van het recht kan worden ingebed. Dat is vooruitgang in het vermogensrecht. Dit nu is gebeurd met de beslissing van Septimius Severus, die ons in C. 8,13(14),2 is overgeleverd. In ons huidige wetboek vindt men haar terug in de bepaling van art. 3:234, lid 2 BW, waar men de *aequitas* van C. 8,13(14),2 vindt uitgebreid tot de verhouding tussen opeenvolgende zekerheidsnemers van *bijzondere* zekerheidsrechten, waarbij de oudste (evenals in C. 8,13(14),2) een keuze heeft uit meer dan één verhaalsobject. De bepaling luidt als volgt:

Zijn voor een zelfde vordering twee of meer goederen verpand of verhypothekend en rust op een daarvan een beperkt recht dat de schuldeiser bij de executie niet behoeft te eerbiedigen, dan heeft de beperkt gerechtigde een overeenkomstige bevoegdheid als in het eerste lid is vermeld.

De bevoegdheid van de niet-executerende beperkt gerechtigde, waarnaar hierboven wordt verwezen, is die van de in het eerste lid van dit artikel genoemde derde, wiens goederen zijn verpand ten behoeve van een schuld waarvoor hij niet draagplichtig is, om van de executerende zekerheidsnemer te vorderen dat deze laatste zich eerst op de goederen van de aansprakelijke debiteur dient te verhalen alvorens zich te kunnen verhalen op de goederen van de derde:

Art. 3:234, lid 1 BW: Indien voor een zelfde vordering zowel goederen van de schuldenaar als van een derde zijn verpand of verhypothekend, kan de derde, wanneer de schuldeiser tot executie overgaat, verlangen dat die van de schuldenaar mede in de verkoop worden begrepen en het eerst worden verkocht.

⁵⁹ Zie hierboven bij n. 7.

⁶⁰ Bij n. 36.

Het laatste artikel behelst een ander voorrecht dan het hier behandelde *beneficium excussionis realis*: het gaat om het, sinds de Middeleeuwen op basis van de Justiniaanse Novelle 4,2 tot ontwikkeling gebrachte, *beneficium excussionis personalis*.⁶¹ Alhoewel de beide *beneficia* vanouds scherp werden onderscheiden, zijn zij in het Nederlandse Burgerlijk Wetboek terecht in één artikel bijeen gebracht en wel omdat door de beide bepalingen van art. 3:234 BW de discretionaire bevoegdheden van een zekerheidsnemer aan banden worden gelegd door die te onderwerpen aan wat ik het subsidiariteitsbeginsel zou willen noemen.⁶² Het deed mij daarom veel genoegen om vast te mogen stellen dat de Hoge Raad dit beginsel heeft onderkend en toegepast in zijn arrest van 1998, waarin hij Papinianus' opvatting (en die van curator Aerts) verwierp. De Hoge Raad heeft daarbij, op aangeven van A-G Hartkamp, terecht aansluiting gezocht bij de aan art. 3:234, lid 2 BW (het achterkleinkind van C. 8,13(14),2) ten grondslag liggende gedachte dat, indien een schuldeiser zich wenst te verhalen op een goed dat aan de schuldenaar toebehoort, maar waarvan de uitwinning de rechten van een derde zou aantasten, de derde kan verlangen dat de goederen van de schuldenaar die niet met het recht van de derde zijn belast het eerst in de executie worden betrokken.⁶³ Zo is, wederom, de stelling bevestigd dat bestendige vooruitgang in het Nederlandse vermogensrecht slechts mogelijk is binnen de parameters van het gemene recht.

W.J. Zwalve

Leiden

⁶¹ De Novelle van Justinianus is van 535, dat wil zeggen meer dan 300 jaar ná het rescript van Septimius Severus (C. 8,13(14),2), hetgeen illustreert hoe traag structurele veranderingen in het vermogensrecht zich voltrekken. Zie over de ontwikkelingsgeschiedenis van het subsidiariteitsbeginsel het binnenkort in druk te verschijnen proefschrift van mr E. Koops, *Vormen van subsidiariteit (Een historisch-comparatistische studie over het subsidiariteitsbeginsel in het stelsel van zekerheidsrechten)*.

⁶² Ik wijs er op dat Justinianus in dezelfde Novelle waarin hij het beginsel van art. 3:234, lid 1 BW tot uitdrukking bracht tevens de subsidiaire aansprakelijkheid van de borg introduceerde.

⁶³ NJ 1998,745, in r.o. 4.1.2. De Hoge Raad drukt zich hier in vrij algemene bewoordingen uit. Ik neem echter de vrijheid daarbij aan te tekenen dat men voorzichtig moet zijn met het maken van vergaande gevolgtrekkingen uit een redelijkheid en billijkheidstoets die plaats vindt binnen een context waarbij de fiscus partij is. De fiscus representeert de overheid als drager van vermogensrechten, zodat op hem een zwaardere zorgplicht in het verkeer met zijn schuldenaren drukt dan die welke in het verkeer tussen burgers onderling in acht dient te worden genomen; de Leidraad Invordering vormt daarvan de weerslag. Ik denk daarom dat het subsidiariteitsbeginsel (de analogie met art. 3:234 BW) minder snel zal worden gehanteerd in een executieconflict tussen gewone partijen. Een latere zekerheidsnemer van een bezitloos pandrecht zal zich er derhalve jegens een eerdere die zijn recht niet hoeft te eerbiedigen ook nimmer op kunnen beroepen dat het overige vermogen van de zekerheidsgever de oudere zekerheidsnemer óók tot verhaal strekt (art. 3:276 BW) en dat dit ruimschoots toereikend is om diens vordering uit te voldoen. De rechtsgeschiedenis leert, naar wij in het bovenstaande zagen, dat dergelijke gedachten keer op keer de kop opsteken; zij leert ook dat zij keer op keer worden verworpen.