

Enige opmerkingen over de scheiding en deling van nalatenschappen bij onderling goedvinden in het Justiniaanse, het hedendaagse en het toekomstige recht¹

Enige tijd geleden verscheen een opstel van mijn hand, waarin werd gesteld dat aan de scheiding en deling van een gemeenschap tussen medeërfgenaamen naar toekomstig recht een constitutieve betekenis moet worden toegekend.² Voor de eigendomsverkrijging door de medeërfgenaar aan wie een goed is toegescheiden is immers - ingevolge art. 3.7.2.14a, lid 1 NBW - een levering vereist. De scheiding en deling schept, zo kan men uit dit artikel afleiden, een persoonlijk recht op levering en is derhalve van constitutieve (= rechtscheppende), of - zo men wil - van zuiver translatieve aard. Na het verschijnen van bovenbedoeld geschrift is tegen deze opvatting van bevoegde zijde³ enig verzet gerezen: ik zou het zakelijke karakter der scheiding en deling hebben verwaarloosd. Ik meen toch aan mijn opvatting te mogen vasthouden en zal haar in het onderstaande uitvoeriger toelichten.

I Het Justiniaanse recht

Het Romeinse recht kende van oudsher twee verschillende soorten scheiding en deling: een gerechtelijke en een minnelijke. Bij de gerechtelijke scheiding en deling, die werd ingeleid door de *actio familiae erciscundae* of de *actio communi dividundo*, werd de gemeenschappelijke boedel door een machtspreuk van de rechter gescheiden en verdeeld; door het vonnis van de rechter - de zgn.

1. Bij het schrijven van dit opstel stond mij Schoordijks verhandeling over de boedelscheiding nog niet ter beschikking.

2. WPNR 5616, blz. 449; 5617, blz. 473-474.

3. Vgl. Hartkamp en Snijders, Het nieuw BW en de ongehuwd samenwonenden (in Samenleven en samenwerken, Feestbundel voor E.C. Henriquez (Deventer 1983)), blz. 149(14).

adiudicatio - werd de toestand van onverdeeldheid opgeheven en werden afzonderlijke rechten op de verschillende boedelbestanddelen aan de individuele leden van de voormalige gemeenschap toegewezen. Het boedelscheidingsvonnis was dus niet declaratoir van aard, maar constitutief: het schiep nieuwe eigendomsrechten aan afzonderlijke goederen, terwijl voordien sprake was van een gemeenschappelijk eigendom aan de gehele, onverdeelde boedel. De adiudicatio was, anders gezegd, een afzonderlijke wijze van eigendomsverkrijging.⁴ Geheel anders van aard was de minnelijke boedelscheiding (*divisio conventione facta*), die - op een wel zeer bijzondere wijze - van grote invloed is geweest op de scheiding en deling, zoals wij die tegenwoordig in het vigerende Franse en Nederlandse recht kennen.

De moderne romanistische literatuur over de minnelijke boedelscheiding is - voor zover ik kan overzien - nogal schaars. Girards Manuel bevat hieromtrent niets, evenmin als Van Ovens Leerboek. In Kasers encyclopedische werk over het Romeinse privaatrecht vindt men slechts enige zinnen, inhoudende dat de boedelscheiding óók bij onderling goedvinden kan plaatsvinden; nadere informatie over de aard en rechtsgevolgen dier overeenkomst moet men echter missen.⁵

Dit gebrek aan belangstelling voor de minnelijke boedelscheiding heeft enige traditie: ook de negentiende-eeuwse pandektisten - op wier schouders wij allen staan - veronachtzamen haar.⁶ Hoe dan ging zij in haar werk?

Ik moge allereerst wijzen op de navolgende plaats:

4. Zie Girard, Manuel élémentaire de droit romain (8e éd., Parijs 1929) blz. 336 e.v.; Kaser, Das römische Privatrecht I (München 1971) blz. 412.

5. Kaser, o.c. blz. 412(15) en 728.

6. Vgl. slechts Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts III (Fr.a.M. 1901) § 608, blz. 476 en II (Fr.a.M. 1900) § 449, blz. 876; de enige mij bekende uitzondering is Paul Steinlechner, Das Wesen der Iuris Communio und Iuris Quasi Communio, deel II (Das Miteigentum in seinen prinzipiellen Einzelbeziehungen (Innsbruck 1878)), blz. 96 e.v.

C. 3, 36, 15: Si divisionem conventione factam etiam possessio consensu secuta dominium pro solido rerum, quas pertinere ad patrem tuum placuit, ei firmavit, earum vindicationem habere potes, si patri tuo successisti, si vero placitum divisionis usque ad pactum stetit, arbiter familiae erciscundae iudicio vobis datus communionem inter vos finiri providebit.

(Vert.: Indien er door middel van een overeenkomst bezitsverschaffing is gevolgd op een boedelscheiding die bij onderling goedvinden is tot stand gekomen, dan is de eigendom van de afzonderlijke zaken die men aan uw vader heeft willen toescheiden voor hem bekrachtigd (en) kunt gij de eigendomsactie van die zaken hebben. Indien echter de scheiding en deling niet verder is voortgeschreden dan de blote wilsovereenstemming (d.w.z. indien nog geen uitvoering is gegeven aan de boedelscheidingsovereenkomst) dan zal de rechter die u in een scheidings- en delingsprocedure is gegeven ervoor zorg dragen, dat de gemeenschap tussen u wordt beëindigd).

Er was, zo blijkt uit het rescript, een boedel die door de medeërfgenenamen bij overeenkomst was verdeeld. Nu was één der medeërfgenenamen overleden en rees de vraag, welke de positie van diens erfgenaam was in de door zijn erflater met anderen gesloten boedelscheidingsovereenkomst. Het antwoord dat de keizer (Diocletianus) op deze vraag geeft, laat aan duidelijkheid niets te wensen over: Indien na de boedelscheidingsovereenkomst is geleverd, is de vader eigenaar geworden van de hem bij de boedelscheidingsovereenkomst toegewezen goederen en kan de zoon deze revindiceren; indien echter nog niet is geleverd, moet men met de boedelscheidingsactie - de *actio familiae erciscundae* - verdeling vorderen. De verdeling geschiedt dan door de rechter op basis van de tussen partijen gesloten boedelscheidingsovereenkomst.⁷ Opvallend is, dat de tekst er - kennelijk - van uitgaat, dat men niet rechtstreeks uit de boedelscheidingsovereenkomst kan procederen! Kaser⁸ meent echter - wanneer ik hem goed begrijp - in de boedelscheidingsovereenkomst een pactum te mogen zien, dat afdwingbaar was met de *actio praescriptis verbis*. Ik meen evenwel vast te mogen houden aan de opvatting van Diocletianus, inhoudende dat, indien nog geen uitvoering is gegeven aan de boedelscheidingsovereenkomst, slechts langs de weg van de *actio familiae erciscundae* scheiding en deling

7. Zie D. 10,2, 57 (Pap.).

8. Kaser, o.c. blz. 728(12); onduidelijk is in hoeverre Kaser de door hem t.a.p. genoemde regeling óók toepasbaar acht op de scheidings- en delingsovereenkomst.

kon worden gevorderd. Het een en ander is echter gecompliceerder dan men zou denken.

Wat kwam men eigenlijk bij een boedelscheidingscontract overeen? De boedelscheidingsovereenkomst was geen simpel contract; wanneer men de bronnen beziet blijkt zij een nogal gecompliceerde constructie te zijn geweest, waarbij niet enkel en alleen werd bepaald wat aan ieder der boedelgenoten uit de nalatenschap zou toevallen. Ik moge dit illustreren aan D. 2, 14, 35 en D. 2, 15, 9, 1:

D. 2, 14, 35 (Mod.): Tres fratres Titius et Maevius et Seia communem hereditatem inter se dividerunt instrumentis interpositis, quibus divisisse maternam hereditatem dixerunt nihilque sibi commune remansisse caverunt. sed postea duo de fratribus, id est Maevius et Seia, qui absentes erant tempore mortis matris suae, cognoverunt pecuniam auream a fratre suo esse subtractam, cuius nulla mentio instrumenti divisionis continebatur. quaero an post pactum divisionis de subrepta pecunia fratribus adversus fratrem competit actio. Modestinus respondit, si agentibus ob portionem eius, quod subreptum a Titio dicitur, generalis pacti conventi exceptio his, qui fraudem a Titio commissam ignorantes transegerunt, obiciatur, de dolo utiliter replicari posse.

(Vert.: Drie erfgenamen - Titius, Maevius en Seia - hebben hun gemeenschappelijke boedel bij onderling goedvinden verdeeld en daarvan een acte opgemaakt, waarin zij hebben verklaard de gehele nalatenschap van hun moeder te hebben verdeeld en zekerheid hebben gesteld dat er niets onverdeeld is gebleven. Later echter zijn twee van de erfgenamen (Maevius en Seia), die afwezig waren ten tijde van de dood hunner moeder, er achter gekomen dat er goudgeld door hun broer was achtergehouden, waaromtrent geen melding was gemaakt in de acte van boedelscheiding. Ik vraag nu of na de boedelscheidings overeenkomst nog een actie mogelijk is van de twee erfgenamen tegen hun broer met betrekking tot het achtergehouden geld. (Resp.) Indien zij die, onbekend met het door Titius gepleegde bedrog, een vaststellingsovereenkomst hebben gesloten, procederen ter verkrijging van hun aandeel in het goed waarvan wordt gezegd dat het door Titius is achtergehouden en aan hen een exceptio pacti conventi (inhoudende een beroep op de overeenkomst waarin was bepaald dat de gehele boedel was verdeeld) wordt tegengeworpen (door Titius), dan kan - zo heeft Modestinus gerepondeerd - met succes een beroep op bedrog worden gedaan). D. 2, 15, 9, 1 (Ulp.): Transactio quaecumque fit, de his tantum, de quibus inter convenientes placuit, interposita creditur.

(2) Qui per fallaciam coheredis ignorans universa, quae in vero erant, instrumentum transactionis sine Aquiliana stipulatione interposuit, non tam paciscitur quam decipitur.

(Vert.: Iedere vaststellingsovereenkomst wordt slechts geacht over die zaken te handelen, die de partijen uitdrukkelijk zijn overeengekomen.

(2) Iemand die, door de arglist van zijn medeërfgenaar onbekend met alles wat er naar waarheid (in de boedel) was, een acte van een vaststellingsovereenkomst zonder stipulatio Aquiliana heeft gemaakt, sluit geen overeenkomst, maar wordt bedrogen).

De erfgenamen kwamen allereerst een zgn. pactum divisionis overeen, waarin de verdeling van de boedel werd vastgesteld. Aan dit pactum ontleende men niet de mogelijkheid om een actie tot uitvoering van de boedelscheidingsovereenkomst in te stellen: *divisionis placitum nisi traditione vel stipulatione sumat effectum, ad actionem, ut nudum pactum, nulli prodesse poterit.*⁹ Indien dus na het *placitum divisionis* niet werd geleverd, kon men slechts verdeling vorderen met de *actio familiae erciscundae*. Anders werd het echter, wanneer men reeds was begonnen uitvoering te geven aan de boedelscheidingsovereenkomst, dat wil zeggen, wanneer reeds op grond van de boedelscheidingsovereenkomst overdrachten (*traditiones*) waren geschied. In dat geval namelijk was door een prestatie de grondslag gelegd voor een *innominatcontract* en kon men verdere nakoming vorderen middels de *actio praescriptis verbis*.¹⁰ De boedelscheidingsovereenkomst nam dan de gestalte aan van een *transactio*: door het ontvangen van prestaties uit de boedel zag men af van verdere acties tegen de boedel. De boedelscheidingsovereenkomst bevat dan (als iedere *transactio*) een pactum *de non petendo*, dat verscholen gaat in de mededeling dat men, na ontvangst van de in het *placitum divisionis* toegescheiden goederen, de boedel dusdanig heeft verdeeld dat niets meer gemeenschappelijk is gebleven. Blijkens de tekst van D. 2, 14, 35 werd dit laatste veelal in een akte neergelegd, noodzakelijk was dit evenwel niet. Wat nu, wanneer na de boedelscheidingsovereenkomst en de daaropvolgende verdeling bleek dat toch nog - b.v. door arglist van één der boedelgenoten - goederen onverdeeld waren gebleven, of, anders gezegd, niet bij de boedelscheidingsovereenkomst waren betrokken? In dit geval kon men met de *actio praescriptis verbis* verdeling vorderen van degene die het goed heimelijk onder zich had gehouden. Immers: wanneer tegen de *actio praescr. verb.* een *exceptio pacti conventi* opgeworpen werd, kon men deze afweren met een *replicatio doli*. Zo kwam men dan toch tot een definitieve verdeling van de boedel; dikwijls bewandelde men echter een andere weg. Men kwam veelal, in plaats van een *transactio*, een *stipulatio*

9.D. 2,14,45 (Herm.).

10.Zie over het *innominatcontract* Kaser o.c. blz. 580 e.v. en *Das römische Privatrecht II* (München 1975) blz. 420.

Aquiliana overeen. In dit geval werden de niet afdwingbare verplichtingen uit het *placitum divisionis* omgezet in wél afdwingbare civiele verbintenissen en tegelijkertijd kwijtgescholden middels een *acceptilatio*. Kon men nu, wanneer mocht blijken dat na het *pactum nudum* de *divisione* en de daarop volgende *stipulatio Aquiliana* toch nog goederen onverdeeld waren gebleven, verdeling van die goederen vorderen? De Justiniaanse hoogleraar Stephanus laat zich een aantal keren ¹¹ over deze vraag uit. Zijn conclusie is dat na de *stipulatio Aquiliana* niet meer door de boedelgenoten geprocedeerd kan worden over nog onverdeelde goederen indien in die *stipulatio* is overeengekomen dat de partijen afstand doen van iedere actie, dat wil zeggen, óók van die acties waaraan zij ten tijde van het sluiten der overeenkomst niet dachten¹²; een dergelijke clause schijnt gebruikelijk te geweest.¹³ Zo zien wij dat de *stipulatio Aquiliana* een definitievere "Auseinandersetzung" onder de boedelgenoten bewerkstelligde dan de *transactio* en men krijgt uit de oudere *Basilica-scholia* (die de collegedictaten der Justiniaanse hoogleraren bevatten) de indruk dat de *stipulatio Aquiliana* gebruikelijker was dan de *transactio*.

Nu is vastgesteld op welke wijze de scheiding en deling in het Justiniaanse recht tot stand werd gebracht, rest nog één probleem. De Romeinen achtten, naar wij zagen, een overdracht noodzakelijk voor de eigendomsverkrijging uit de scheidings- en delingsovereenkomst. Hoe echter dient men zich die levering voor te stellen?

De erfgenaam is tot de definitieve verdeling van de nalatenschap medeëigenaar van de boedel, waartoe ook de aan hem in de boedelscheidingsovereenkomst toegewezen goederen behoren. Deze constatering voert tot een merkwaardige gevolgtrekking. De levering van boedelbestanddelen immers is een beschikkingshandeling die slechts

11. BS 385, 26 e.v. en BS 281, 1 e.v.

12. Zie BS 386, 19 e.v.

13. Men vergelijk de hierboven geciteerde fragmenten van Stephanus, waarin deze clause als bestendig gebruikelijk beding lijkt te worden voorondersteld.

door de boedelgenoten gezamenlijk kan geschieden,¹⁴ zodat degene die goederen uit de boedelscheidingsovereenkomst ontvangt zowel tradens (in zijn hoedanigheid van medeërfgenaar) als accipiens is. Een ietwat wonderlijke constructie; temeer, wanneer men bedenkt dat de boedelscheidingsovereenkomst veelal als een soort koop werd gezien¹⁵ en van oudsher de regel gold, dat niemand zijn eigen zaken kon kopen.¹⁶ De vraag die wij ons stellen, komt hierop neer: dient de - kennelijk - voor de eigendomsverkrijging vereiste traditio te worden opgevat als een daadwerkelijke feitelijke overgifte van de zaak, of moet zij anders worden beschouwd?

Laat ons ter beantwoording van deze laatste vraag terugkeren naar hetgeen hierboven is opgemerkt omtrent de vorm der boedelscheidingsovereenkomst. Naar wij vaststelden kon zij op tweeërlei wijze tot stand komen: ofwel op het pactum nudum de divisione volgde een transactio, ofwel er volgde een stipulatio Aquiliana. De transactio nu was een overeenkomst die zekere gelijkenissen vertoonde met de reële contracten: voor haar totstandkoming was een prestatie vereist. Een der contraherende partijen moest reeds gepresteerd hebben, opdat deze een afdwingbare actie - de actio praescriptis verbis - had. Een dergelijk contract werd een innominatcontract genoemd.¹⁷ Het moge nu duidelijk zijn dat de medeërfgenaar die iets uit de boedel wilde ontvangen eerst een inbreng moest verrichten. Waaruit echter bestond die inbreng?

Laten wij eens aannemen dat er drie erfgenamen (Titius, Maevius en Seius) zijn en zich in de boedel bevinden een stuk bos, een stuk bouwgrond en enige tilbare goederen. De transactio dan die op het pactum nudum volgde kan zich als volgt hebben afgespeeld. Titius (aan wie in het pactum nudum het stuk bouwgrond is toebedeeld) geeft zijn aanspraken op het bosland en de tot de boedel behorende

14. De boedelgenoten zijn niet bevoegd om over een tot de boedel behorend goed te beschikken (zie D. 10,3,28), wel kunnen zij beschikken over hun aandelen in tot de boedel behorende goederen (zie noot 22).

15. Vgl. C. 3,38,1 (Antonius): Divisionem praediorum vicem emptionis obtinere placuit.

16. Vgl. D. 18,1,16 pr. (Pomp): Suae rei emptio non valet.

17. Zie noot 10.

roerende goederen prijs¹⁸ en verkrijgt daardoor een afdwingbare aanspraak op het stuk bouwgrond. Vervolgens doen de andere twee erfgenamen hetzelfde, dat wil zeggen, ieder hunner doet afstand van zijn aanspraken op de niet in het pactum nudum aan hem toegewezen goederen en verkrijgt daardoor een met de actio praescriptis verbis afdwingbare vordering voor de wèl aan hem toegewezen goederen. De boedelscheidingsovereenkomst moet zo een afstand van ieder der boedelgenoten hebben bevat, niet een daadwerkelijke levering van de te verdelen goederen. Wanneer men namelijk het reële element der transactio laat bestaan uit een daadwerkelijke afgifte der tot de boedel behorende goederen, komt men in grote moeilijkheden; hoe immers kan één der boedelgenoten een zaak leveren, waarover hij slechts in samenwerking met zijn medeërfgenen bevoegd is te beschikken? Men bedenke daarbij nog dat men weliswaar gezamenlijk eigenaar kan zijn van één zaak, maar - althans naar Romeins recht - nimmer samen met anderen bezitter kan zijn van een zaak (D. 41, 2, 3, 5). Van de erfgenamen Titius, Maevius en Seius is dus slechts één hunner bezitter van een tot de nalatenschap behorend goed. Wanneer men nu aanneemt dat het reële element van de scheiding en deling door middel van een transactio zou bestaan uit een daadwerkelijke feitelijke afgifte van de zaak, dan rijst de vraag of men aan zichzelf kan leveren (b.v.: Titius, aan wie het stuk bouwgrond in eigendom is toegewezen, is reeds bezitter van het onroerend goed!).

De hierboven beschreven wijze van verdeling der nalatenschap door middel van het prijsgeven van aanspraken op de aan de andere boedelgenoten toegewezen goederen lijkt mogelijk, waarschijnlijk acht ik haar niet. Er is namelijk een andere constructie denkbaar, die meer in overeenstemming is met de bronnen: iedere boedelgenoot draagt zijn onverdeelde aandelen in de niet aan hem toegewezen goederen over aan degene aan wie die goederen wèl zijn toegewezen. Wij zullen aanstonds nader op deze constructie ingaan. Allereerst dient namelijk nog een andere vraag te worden gezien: wat geschiedde er, zo men niet langs de weg van een op het pactum

18. Ook het prijsgeven van een aanspraak geldt als een prestatie die een innominatcontract constitueert: C. 2,4,6 en Girard, Manuel blz. 634.

nudum volgende transactio de boedel verdeelde, maar de constructie der stipulatio Aquiliana werd gekozen? Door de in deze stipulatie besloten liggende novatio werden de niet afdwingbare aanspraken uit het pactum nudum omgezet in afdwingbare civiele verbintenissen, die vervolgens - ter finale kwijting - werden kwijtingescholden door een acceptilatio. Ter verduidelijking moge weer het volgende voorbeeld dienen: er zijn drie erfgenamen (Titius, Maevius en Seius) en in de boedel bevinden zich een stuk bouwgrond, een stuk bosland en enige roerende goederen. Hoe kwam nu de boedelscheiding tot stand en welke rol speelde daarbij de stipulatio Aquiliana? Laat ons daartoe allereerst de formulering der stipulatie in oogen-schouw nemen:

Quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebit preasens in diemve, quarumque rerum mihi tecum actio quaeque adversus te petitio vel adversus te persecutio est eritve, quodve tu meum habes tenes possides: quanti quaeque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius. (19)

(Vert.: Al wat gij aan mij uit welke oorzaak dan ook moet of zult moeten overdragen of presteren, nu of op termijn en van de zaken ter zake waarvan ik tegen u een actie, een zakelijke rechtsoverdracht of een buitengewoon rechtsmiddel heb of zal hebben of omdat gij het mijne hebt, houdt of bezit: wat de waarde van dit alles zal zijn, zoveel geld heeft Aulus Agerius voor zich bedongen en Numerius Negidius beloofd).

Tot zover de in de stipulatie besloten liggende novatie; de kwijtscheldingsovereenkomst luidde als volgt:

Quod Numerius Negidius Aulo Agerio promisit spopondit, id haberetne a se acceptum, Numerius Negidius Aulum Agerium rogavit, Aulus Agerius Numerio Negidio acceptum fecit. (20)

(Vert.: Numerius Negidius heeft aan Aulus Agerius gevraagd, of hetgeen Numerius Negidius aan Aulus Agerius heeft beloofd door hem is ontvangen. Aulus Agerius heeft aan Numerius Negidius verklaard dit te hebben ontvangen).

Aldus de bewoordingen der st. Aquiliana. Welke gevolgtrekkingen kan men nu uit dit woordgebruik maken voor de toepassing der st. Aquiliana bij de boedelscheiding? Zij beoogt, zoveel moge duidelijk zijn, een totale kwijting tussen de medeërfgenamen: zij vormde de definitieve afsluiting van de boedelverdeling. Mij dunkt daarom, dat reeds vóór de st. Aq. uitvoering werd gegeven aan het pactum nudum de divisione! Het is immers contra rerum naturam een totale

19.D. 46,4,18,1 (Florent.).

20.l.c.

kwijting te verlenen voordat men datgene heeft verkregen waarop men krachtens het *placitum divisionis* recht heeft. Hoe nu werd uitvoering gegeven aan het *pactum nudum* de *divisione*? Laat ons nog eens de st. Aq. onder ogen nemen. Men kan zich de volgende vraag stellen: werd de totale kwijting, die door middel van de st. Aq. werd bewerkstelligd, in één stipulatie tot stand gebracht, of waren daar meerdere voor nodig? Het wil mij, zonder daaromtrent echter over directe aanwijzingen te beschikken, voorkomen dat er evenzovele stipulaties moesten worden gesloten als er erfgenamen waren. In ons voorbeeld gaat het een en ander als volgt te werk: Titius sluit met Maevius en Seius een novatie, waardoor al zijn aanspraken uit het *placitum divisionis* worden omgezet in civiele verbintenissen die vervolgens door een *acceptilatio* worden kwijtescholden; Maevius sluit daarop eenzelfde st. Aq. met Titius en Seius en Seius met Titius en Maevius. Deze wijze van toepassing der st. Aq. nu bevat een belangrijke aanwijzing voor de aard der boedelverdeling. De aanspraak namelijk die - b.v. - Titius bij de in de st. Aq. besloten liggende novatie schept, is gericht tegen zijn beide medeërfgenamen: Maevius en Seius. Zij zijn het, die moeten bewerkstelligen (of - beter gezegd - reeds hebben bewerkstelligd) dat de aan Titius toegewezen goederen zijn eigendom worden. Hoe nu kunnen Maevius en Seius aan Titius de volle eigendom van deze goederen verschaffen? Niet door bezitsverschaffing van het gehele tot de boedel behorende goed. Zij zijn immers slechts voor hun onverdeelde aandelen - hun *partes pro indiviso* - bevoegd om over dat goed te beschikken, niet echter over het gehele tot de boedel behorende goed. Bovendien is het mogelijk dat noch Maevius, noch Seius in staat is het bezit van het goed over te dragen omdat Titius zelf reeds bezitter is. Mij dunkt daarom, dat zij de aan hen toekomende onverdeelde aandelen in elk aan Titius toegewezen goed aan deze laatste moeten leveren. Hoe echter draagt men een dergelijk aandeel over? Het is niet geschikt voor *traditio*, want is een onlichamelijke zaak. De *pars pro indiviso* moet daarom zijn overgedragen door enkele wilsoverstemming (*consensus*).²¹ Ik meen

21. Justinianus had de *mancipatio* - een wijze van eigendomsoverdracht die incorporeel van aard was - in 531 afgeschaft (C. 7,31,1,5); de andere incorporele wijze van eigendomsoverdracht, de in *iure cessio*, schijnt reeds lang voordien in onbruik te zijn geraakt (vgl. Kaser, RP II blz. 274).

hiervoor een sterke aanwijzing te mogen vinden in C. 3, 36, 15 (hierboven geciteerd). Er wordt daar gesproken van een pactum nudum de divisione, dat wordt gevolgd door bezitsverschaffing. Die bezitsverschaffing geschiedt blijkens de tekst consensu: possessio consensu secuta! Deze consensuele vorm van bezitsverschaffing nu, zo wordt in dezelfde constitutie opgemerkt, firmavit dominium pro solido rerum, quas pertinere ad patrem tuum placuit. Deze laatste zinsnede acht ik van het grootste belang en behoeft daarom enige nadere toelichting.

Naar reeds enige malen werd opgemerkt, zijn slechts Titius, Maevius en Seius gezamenlijk bevoegd om over een tot de nalatenschap behorend goed te beschikken. Ieder hunner afzonderlijk kan slechts beschikken over zijn aandeel in de gehele nalatenschap, of over zijn aandeel in een tot de nalatenschap behorend goed.²² Van deze laatste bevoegdheid maken Maevius en Seius gebruik, wanneer zij hun partes pro indiviso in de aan Titius toegewezen goederen aan Titius leveren. Titius zelf echter had reeds een onverdeeld aandeel in de goederen die aan hem zijn toegescheiden; hij verwerft nu daarbij nog de onverdeelde aandelen van Maevius en Seius. Deze wassen, als het ware, aan zijn aandeel aan²³ en het een en ander bewerkstelligt dat hij nu niet meer eigenaar is van een onverdeeld aandeel in de aan hem toegewezen goederen, maar eigenaar is geworden van de aan hem toegescheiden goederen zelf: pro solido rerum! Zo kan met enig recht in C. 3, 36, 15 worden opgemerkt dat de bezitsverschaffing (d.w.z. de consensuele overdracht der onverdeelde aandelen) het eigendomsrecht van Titius bevestigt! Dit brengt met zich mede dat Titius niet beschouwd dient te worden als de opvolger onder bijzondere titel in het goed zelf, maar als opvolger onder bijzondere titel in de onverdeelde aandelen in het goed. Het goed zelf had hij al - samen met Maevius en Seius - als opvolger onder algemene titel. Nu echter Maevius en Seius hun onverdeelde aandelen aan Titius hebben overgedragen, houdt Titius

22. Zie hieromtrent uitvoerig Bonfante, BIDR XXV (1912), blz. 220 e.v. en Corso di diritto romano II-2 (Milaan 1968) blz. 17 e.v.

23. Zie ook Steinlechner, o.c. (noot 6) blz. 106 e.v.

als enige dit goed en wel als erfgenaam. Dit schijnt ook de opvatting van Justinianus te zijn. In Novelle 112, c.1 namelijk merkt hij op dat een *res litigiosa*, waarvoor een vervreemdingsverbod gold²⁴, desondanks wél tot voorwerp van een scheiding en deling tussen medeërfgenen kon worden gemaakt. Indien namelijk een tot de nalatenschap behorende *res litigiosa* aan één der boedelgenoten werd toegescheiden, zou deze de zaak - steeds volgens Justinianus - verkrijgen als erfgenaam en niet als opvolger onder bijzondere titel. Het een en ander geeft aan de boedelscheiding in het Justiniaanse recht een enigszins hybride karakter: enerzijds dient de erfgenaam aan wie goederen uit de boedel zijn toegescheiden te worden beschouwd als een opvolger onder bijzondere titel (nl. van de door zijn boedelgenoten geleverde onverdeelde aandelen in de aan hem toegewezen goederen), anderzijds houdt hij die goederen onder zich als erfgenaam. De gevolgen waren er naar: het stelsel leidde tot een uiterst gecompliceerde casuïstiek. Ik moge dit aan een aantal voorbeelden illustreren.

Laat ons nog eens terugkeren naar het hierboven door ons genoemde voorbeeld: Titius, Meavius en Seius zijn medeërfgenen en in de gemeenschappelijke boedel bevinden zich een stuk bouwgrond, een stuk bosland en enige roerende goederen. Gedurende de onverdeeldheid nu vestigt Titius een pandrecht op zijn onverdeeld aandeel in één der tot de boedel behorende goederen (bijv. het stuk bouwland)²⁵. Bij de boedelscheiding wordt dit grondstuk aan Maevius toegescheiden, hetgeen - naar wij zagen - inhoudt dat Titius en Seius hun onverdeelde aandelen in dat grondstuk aan Maevius overdragen. Het onverdeelde aandeel van Titius echter was belast met een hypotheek, zodat - na de overdracht - op 1/3 deel van het aan Maevius toegescheiden grondstuk een pandrecht rust. Maevius immers is opvolger onder bijzondere titel van de onverdeelde aandelen! Hij verkrijgt daarom - krachtens de regel "Nemo

24. Zie Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht* (München 1966) blz. 227.

25. Zie hieromtrent de hierboven (noot 22) vermelde literatuur.

plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet"²⁶ - de onverdeelde aandelen in de staat waarin deze zich ten tijde van de overdracht bevinden, in casu met het daarop door één der boedelgenoten gevestigde pandrecht.

Men vergelijkte daarenboven de volgende plaatsen:

D. 20,6,7,4 (Gai.) - Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta cum socio non utique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata. (Vert.: Men moet dit bedenken: wanneer iemand zijn onverdeelde aandeel in een gemeenschappelijke zaak in pand heeft gegeven, dan rust - nadat er met de boedelgenoot een verdeling is tot stand gekomen - het pand natuurlijk niet op dat gedeelte dat is toegescheiden aan degene die het pandrecht heeft gevestigd, maar zal ieders onverdeelde aandeel voor de helft verbonden blijven).

Iemand heeft zijn onverdeeld aandeel (zijn pars pro indiviso) in een tot een gemeenschap behorend goed in pand gegeven. Wanneer de boedel vervolgens wordt verdeeld, wordt het pandrecht niet omgezet in een zekerheidsrecht dat rust op hetgeen is toegescheiden aan degene die het heeft gevestigd, maar blijft het óók rusten op het deel dat van diezelfde zaak is toegescheiden aan de andere erfgenaam. Deze tamelijk abstracte regel wordt nader verduidelijkt door D. 20,4,3,2:

Post divisionem regionibus factam inter fratres convenit, ut, si frater agri portionem pro indiviso pignori datam a creditore suo non liberasset, ex divisione quaesitae partis partem dimidiam alter distraheret. Pignus intellegi contractam existimavi, sed priorem secundo non esse potioem, quoniam secundum pignus ad eam partem directum videbatur, quam ultra partem suam frater non consentiente socio non potuit obligare.

(Vert.: Nadat er tussen twee broers een verdeling (van een stuk onroerend goed) in percelen tot stand is gebracht, is er een overeenkomst gesloten, inhoudende dat, als een broer die zijn onverdeeld aandeel in het nog onverdeelde stuk grond in pand heeft gegeven dat stuk niet pandvrij maakt, de ander de helft van hetgeen aan zijn broer is toegescheiden mag verkopen. Ik (d.w.z. Papinianus) heb gemeend dat moet worden aangenomen dat er een pand is tot stand gekomen, maar dat het eerste niet sterker is dan het tweede aangezien het tweede pandrecht direct op dat deel gericht scheen, dat de broer boven zijn deel niet zonder medeweten van zijn boedelgenoot kon belasten).

26.D. 50,17,54 (Ulp.).

Deze casus is nogal ingewikkeld en bovendien nagenoeg onbegrijpelijk, wanneer men daarbij niet bedenkt welke de nauwkeurige aard der boedelscheiding was.

Twee broers (laten wij hen A en B noemen) hebben een stuk onroerend goed gemeen. Nu vestigt één der broers (A) op zijn onverdeeld aandeel in dat stuk grond een pandrecht. Vervolgens komt er een scheiding en deling tot stand, waarbij het bewuste stuk grond in percelen wordt opgedeeld en de helft wordt toegescheiden aan A en de andere helft aan B. Hoe wordt nu dit stuk grond verdeeld? A en B hebben ieder een onverdeeld aandeel in het gehele grondstuk en wel ieder voor de helft. Indien nu het stuk grond in twee percelen wordt verdeeld, heeft A een onverdeeld aandeel in beide helften en voor B geldt hetzelfde. Wij zagen dat de scheiding en deling werd bewerkstelligd doordat de boedelgenoten elkaar de onverdeelde aandelen in de afzonderlijke tot de boedel behorende goederen overdragen. Wanneer nu het in percelen verdeelde stuk grond dusdanig wordt gescheiden dat aan A het ene en aan B het andere perceel toe zal vallen, dan levert A aan B zijn onverdeelde aandeel in de helft van het perceel dat aan B zal toevallen en B levert aan A zijn onverdeelde aandeel in de helft van het perceel dat aan A zal toevallen. Op deze wijze wassen de geleverde onverdeelde aandelen aan het onverdeelde aandeel aan dat ieder reeds in het hem toegescheiden perceel had. Zo komt het dus, dat het door A op zijn onverdeelde aandeel in het gehele grondstuk gevestigde pandrecht na scheiding en deling voor de helft rust op het aan B toegescheiden gedeelte van dat grondstuk en voor de andere helft op het aan hemzelf toegescheiden perceel. Voorwaar, een bijzonder ingewikkelde regeling, die aanleiding heeft gegeven tot een - zo mogelijk - nog ingewikkelder uitwerking. Broer B immers is benadeeld door het feit dat zijn broer A op diens onverdeelde aandeel in het gehele grondstuk een pandrecht heeft gevestigd: hij ziet na scheiding en deling het hem toegewezen grondstuk voor de helft belast met een hypotheek. Papinianus meende daarom dat de benadeelde broer (B) een pandrecht had op de nog onbelaste helft van het aan zijn broer (A) toegescheiden grondstuk. Op dit laatste perceel drukten dus nu twee pandrechten: één ten bate van de geldschietster van A en één ten bate van B, de benadeelde boedelgenoot! Wij zullen de verdere uitwerking van de casus (betrekking hebbende op de vraag welke verhouding

er tussen de beide pandrechten bestaat) hier verder laten rusten; er moet echter nog worden gewezen op één afwijkende mening en wel die van de jurist Trebatius. Deze namelijk was van mening, dat een beperkt zakelijk recht dat door één der boedelgenoten was gevestigd op zijn onverdeeld aandeel in een gemeenschappelijke zaak na scheiding en deling kwam te berusten op dat gedeelte van diezelfde zaak dat aan deze was toegescheiden:

D. 33,2,31 (Labeo) - is qui fundum tecum communem habebat usum fructum fundi uxori legaverat: post mortem eius tecum heres arbitrum communi dividundo petierat. Blaesus ait Trebatius respondisse, si arbiter certis regionibus fundum divisisset, eius partis, quae tibi optigerit, usum fructum mulieri nulla ex parte deberi, sed eius, quod heredi optigisset, totius usum fructum eam habituram, ego hoc falsum puto: nam cum ante arbitrum communi dividundo coniunctus pro indiviso ex parte dimidia totius fundi usus fructus mulieris fuisset, non potuisse arbitrum inter alios iudicando alterius ius mutare: quod et receptum est.

(Vert.: Degene die met U een onroerend goed in gemeenschappelijk eigendom had, had het vruchtgebruik van het grondstuk aan zijn vrouw gelegateerd: na zijn dood vorderde zijn erfgenaam scheiding en deling. Blaesus zegt dat Trebatius heeft geadviseerd dat, als de boedelrechter het grondstuk in bepaalde percelen heeft opgedeeld, het vruchtgebruik van de vrouw niet rust op het gedeelte dat aan U is toegewezen, maar dat het in zijn geheel rust op dat gedeelte dat is toegefallen aan de erfgenaam. Ik ben van mening dat dit onjuist is, want daar vóór de scheiding en deling het vruchtgebruik rustte op de onverdeelde helft van het gehele grondstuk (!) kan de boedelrechter niet door tussen bepaalde personen (d.w.z. U en de erfgenaam) vonnis te wijzen, het recht van een ander (d.w.z. de vrouw aan wie het vruchtgebruik was gelegateerd) wijzigen; hetgeen ook tot de algemeen geaccepteerde leer is geworden).

Zo ziet men - en wij naderen nu het heersende recht - dat Trebatius tot een oplossing kwam, die nauwkeurig overeenstemt met de huidige regeling der artt. 1129 en 1212 BW, inhoudende dat een onverdeeld aandeel in een gemeen onroerend goed met een hypotheek bezwaard kan worden en dat na scheiding en deling de hypotheek komt te rusten op het deel dat aan degene die de hypotheek heeft verleend is toegescheiden; wij zullen hierop nog nader terugkomen. Ondanks de ogenschijnlijke eenvoud der Trebatiaanse oplossing werd zij niet door de andere Romeinse juristen overgenomen en zulks volkomen terecht: Trebatius' gevoelen laat zich niet in overeenstemming brengen met het stelsel van scheiding en deling dat door de Romeinen werd aangehangen. De scheiding en deling immers werd - naar wij zagen - gerealiseerd door levering van onverdeelde aandelen (partes pro indiviso) in de

gemeenschappelijke goederen. Wanneer nu één dier onverdeelde aandelen met een hypotheek is belast, dan blijft dit zakelijk recht op dat aandeel drukken. Trebatius' opvatting verdraagt zich niet met de regel "Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet".

II. De aard der scheiding en deling in het heersende recht

Het hierboven geschetste romeinsrechtelijke stelsel van scheiding en deling schijnt na de receptie in West-Europa lange tijd heersend recht te zijn geweest²⁷, zij het met dien verstande dat het placitum divisionis (de vormloze boedelscheidingsovereenkomst, waarbij werd bepaald wat uit de boedel aan ieder der boedelgenoten zou toevallen) allengs (naar men aanneemt sinds het begin der dertiende eeuw) niet meer - zoals in het Romeinse recht oorspronkelijk het geval was geweest - als een overeenkomst werd beschouwd waaruit geen directe rechtsvorderingen voortkwamen.²⁸ Men kon dus onmiddellijk uit de boedelscheidingsovereenkomst procederen en behoefde niet meer de weg der actio familiae erciscundae te bewandelen. Reeds lang echter vóór de grote codificatie (de Code Civil) behoorde het Romeinse stelsel ten ontziet en in Frankrijk niet meer tot het geldende recht. Simon van Groenewegen merkt naar aanleiding van D. 20,6,7,4 (hierboven aangehaald) het volgende op:

(Tract. de legg. abrogg. etc.) - Sed diminuendarum litium et inutilis circuitis vitandi gratia, tam quam utilius est pignus remanere in ea sola parte, quae per divisionem obtigit debitori eiusve haeredi, qui rem communem hypothecae dederat.

(Vert.: Maar teneinde de hoeveelheid processen en nutteloze twijfel te vermijden, is het beter en nuttiger het pand slechts te laten rusten op dat deel, dat door middel van de boedelscheiding is toegefallen aan de debiteur (of diens erfgenaam) die de gemeenschappelijke zaak met het pandrecht heeft belast) (29).

27. Men vergelijk de Accursische glosse op de boven in de tekst genoemde plaatsen uit Codex en Digesten.

28. Vgl. J. Gilissen, Historische inleiding tot het recht (Antwerpen 1981) blz. 684 e.v. en 690 e.v.

29. Zie ook de oudere, voornamelijk Franse literatuur bij Groenewegen t.a.p. (ed. B. Beinart, Johannesburg 1975, blz. 148 (44,45,46)).

Zo ziet men dat een opvatting, in de eerste eeuw vóór Christus gehuldigd door Trebatius (en door de andere Romeinse juristen te licht bevonden), ten onzent tot de heersende is geworden. Men kon echter niet tot een dergelijke overtuiging geraken zonder het rechtskarakter der scheiding en deling te wijzigen en inderdaad is - vooral in samenhang met het vraagstuk van de hypotheek op een onverdeeld aandeel in een tot een nalatenschap behorend goed³⁰ - het rechtskarakter der scheiding en deling ingrijpend gewijzigd! De scheiding en deling werd niet meer gezien als een overeenkomst tussen boedelgenoten, die verplichtte tot levering van de onverdeelde aandelen in de tot de nalatenschap behorende goederen (het romeinsrechtelijke stelsel), maar als een vaststellingsovereenkomst waarbij werd bepaald welke goederen uit de gemeenschappelijke boedel aan ieder der medeërfgenen reeds bij het openvallen van de nalatenschap waren toegevalen. De scheiding en deling had - met andere woorden - slechts een "effet déclaratif", dat wil zeggen, terugwerkende kracht.

In enige recente publicaties³¹ wordt verdedigd, dat men een scheiding zou kunnen aanbrengen tussen de terugwerkende kracht der scheiding en deling en haar declaratoire³² werking. Deze opvatting dient krachtig te worden bestreden: er bestaat geen onderscheid tussen de declaratoire werking der scheiding en deling en haar terugwerkende kracht. Ik moge dit nader toelichten.

30. Zie Meijers WPNR 3579/3580 en Asser-Meijers-Van der Ploeg, Erfrecht (8e dr.) blz. 353(3).

31. Lubbers, Van scheiden en delen (inaug. rede UVA, Deventer 1977); Van der Ploeg, De Naamloze Vennootschap 1980 blz. 95 e.v.; Molenaar, WPNR 5604, blz. 241 e.v.

Vgl. ook Asser-Meijers-Van der Ploeg, Voorwoord bij de achtste druk (blz. V) en blz. 351 e.v.; Pitlo-Van der Burght, Erfrecht (6e dr.) blz. 382; Klaasen-Eggens-Luijten, Huwelijksgoederen en Erfrecht II (Erfrecht, 9e dr.) blz. 320. Anders echter Hartkamp, Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe burgerlijk wetboek (Deventer 1977) no. 148, onder e (blz. 102) en alle oudere literatuur hieromtrent.

32. Ik geef - in tegenstelling tot hetgeen gebruikelijk schijnt te zijn - de voorkeur aan de qualificatie "declaratoir" boven "declaratief": "declaratief" is een storend gallicisme; dat geldt niet voor het gebruik van de term "constitutief".

Er bestaat in de moderne literatuur een schijn van consensus over de ware aard der scheiding en deling: zij heeft declaratoire werking en terugwerkende kracht³³. Bij enig nader onderzoek blijkt echter, dat in de oudere literatuur meningsverschil bestond omtrent het rechtskarakter der scheiding en deling. Zo meenden Diephuis³⁴ en Opzomer³⁵ dat voor de eigendomsverkrijging door de medeërfgenaam aan wie een goed was toegescheiden nog een levering was vereist. Land³⁶ daarentegen meende dat de eigendomsverkrijging middels de scheiding en deling geschiedde en dat een levering derhalve niet meer nodig zou zijn. Wat was de achtergrond dezer altercatie?

Art. 1129 BW is voortgekomen uit art. 883 CC: "Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession". Art. 883 CC is - blijkens de toelichtingen³⁷ - gebaseerd op de overtuiging dat de scheiding en deling "n'est que déclaratif, et non attributif des droits".

33. Zie in noot 31 genoemde schrijvers.

34. Het Nederlandsch burgerlijk regt IX (Groningen 1884) blz. 491 e.v.

35. Het burgerlijk wetboek verklaard IV (Amsterdam 1879) blz. 486 e.v.

36. Verklaring van het burgerlijk wetboek III (Haarlem 1902) blz. 238 e.v.

37. Zie Locré, La législation civile, commerciale et criminelle de la France Tome X blz. 59 en 265.

Hiermede wordt bedoeld dat door de scheiding en deling niet meer tot uitdrukking wordt gebracht dan de vaststelling welke rechten uit de boedel aan een bepaalde medeërfgenaar toebehoren. Er wordt, met andere woorden, door de scheiding en deling géén eigendom toegewezen (effet attributif), maar slechts geconstateerd bij wie zich een bepaald recht bevindt. Nog weer anders gezegd: de scheiding en deling schept geen rechten (is niet constitutief), maar bevestigt rechten (is declaratoir).³⁸ De achterliggende gedachte hierbij is geweest dat de medeërfgenaar reeds gedurende de onverdeeldheid van de boedel naar rato van zijn erfdeel "vaguement" een recht had op de zich daarin bevindende goederen.³⁹ Zo maakt dus de scheiding en deling slechts duidelijk wat aan iedereen toebehoort en is levering overbodig: de erfgenaam heeft de hem toegescheiden goederen verkregen krachtens erfopvolging en niet door scheiding en deling.

Tot zover - zeer in het kort - het Franse recht.

Men heeft in het huidige BW (dat van 1838) het in art. 883 CC tot uitdrukking gebrachte beginsel overgenomen. Hoe heeft nu, ondanks de schijnbare duidelijkheid van het artikel en zijn achtergronden, toch nog een meningsverschil kunnen ontstaan omtrent de vraag of na de scheiding en deling geleverd moet worden, of niet? Het antwoord op deze vraag is eigenlijk vrij eenvoudig: de verklaring kan worden gevonden uit het gegeven dat in het huidige BW is afgeweken van het bekende beginsel van art. 1138 CC, krachtens hetwelk eigendom overgaat zo er een verbintenis ontstaat die tot eigendomsoverdracht strekt. De vraag die men zich ten onzent heeft gesteld, was de volgende: verkrijgt de erfgenaam terstond na de boedelscheidingsovereenkomst de (tot op het tijdstip van het openvallen van de nalatenschap terugwerkende) eigendom der hem toebedeelde zaken, of moet hij nog levering afwachten? Voor Opzoomer en Diephuis stond het antwoord vast. Opzoomer schrijft⁴⁰:

38. Zie Planiol-Ripert, *Traité pratique de droit civil français* IV (Parijs 1956) no 637 e.v.

39. Locré, t.a.p. blz. 211.

40. T.a.p. blz. 490-491.

"Ik houd de levering voor onmisbaar. Het veranderde stelsel van eigendomsoverdracht dwingt tot die uitspraak. De eigendom der afzonderlijke goederen moet, om tot den dag der erfopvolging teruggerekend te worden, later wettig verkregen zijn. In het Fransche recht was voor die verkrijging overeenkomst voldoende, bij ons moet er levering bijkomen.

Ten onrecht zou men zich tegen mijn gevoelens op ons art.

1129 beroepen. Het is waar, het verklaart in de duidelijkste woorden, dat iedere erfgenaam onmiddellijk is opgevolgd in hetgeen hem is toegedeeld, maar het stelt daarmede alleen de terugwerkende kracht van de verkregen eigendom vast, niet hetgeen waardoor die verkregen wordt".(41)

Diephuis spreekt zich in dezelfde zin uit: het veranderde stelsel van eigendomsoverdracht zou tot een opvatting als die van Opzoomer dwingen. Eigendom wordt verkregen door een op de boedelscheiding volgende levering, die echter terugwerkt tot op het tijdstip waarop de nalatenschap is opge gevallen.⁴² Tegenover de gevoelens van Diephuis en Opzoomer stelt Land⁴³ de volgende vraag:

"Ik mag echter vragen, hoe zich de terugwerkende kracht der scheiding (44) die in art. 1129 gelegen is, laat verklaren, als men de scheiding opvat als "translatif de propriété"; indien de scheiding een titel van eigendomsovergang is van de gezamenlijke erfgenamen op de bijzondere erfgenamen, dan zoude de eigendom eerst door en na dien titel zijn overgegaan".

De opvatting van Land was ook die van de HR⁴⁵ en is sindsdien tot de heersende leer geworden. Niettemin kan men bij Lands betoog een vraagteken plaatsen en wel omdat de opvattingen van Diephuis en Opzoomer niet geheel juist zijn weergegeven. Een nadere beschouwing namelijk leert (men vergelijkte in de hierboven afgedrukte citaten), dat noch Diephuis, noch Opzoomer heeft beweerd dat aan de scheiding en deling terugwerkende kracht moet worden toegekend. Vooral Diephuis legt er zeer veel nadruk op dat art.

41. Onderstreping van de schrijver dezes.

42. Vgl. Diephuis, t.a.p. blz. 502-503.

43. T.a.p. blz. 240(2)

44. Onderstreping van de schrijver dezes.

45. Zo reeds in een arrest van 8 december 1892 (W 6280).

1129 BW niet aangeeft hoe wordt verkregen, maar dat in hetzelfde artikel slechts een bepaald rechtsgevolg (nl. terugwerkende kracht) aan die verkrijging wordt toegekend. De verkrijging nu zou - naar de opvatting van Diephuis en Opzoomer - plaatsvinden door levering. De terugwerkende kracht dus was naar de mening der beide laatstgenoemde hoogleraren verbonden aan de levering, niet aan de logisch daaraan voorafgaande scheidings- en delingsovereenkomst! Alleen zó konden zij erin slagen de logische inconsistenties in hun betoog te vermijden, die Land erin meent te kunnen aanwijzen. Zo kan men zich dus - steeds volgens Diephuis en Opzoomer - een scheidings- en delingsovereenkomst voorstellen die - uit de aard der zaak - louter translatief is en een daaropvolgende levering waaraan krachtens wetsbepaling (art. 1129) terugwerkende kracht is verbonden. Indien Diephuis en Opzoomer aan de scheiding en deling zowel terugwerkende kracht als een translatieve werking zouden hebben toegekend, valt inderdaad niet goed in te zien waarin het verschil met het heersende stelsel is gelegen en lijkt Lands tegenwerping terecht te zijn geschied. In werkelijkheid echter was zij dat niet! De kern van het betoog van Diephuis en Opzoomer laat zich door de navolgende constatering kort samenvatten: na de scheiding en deling (d.w.z. de scheidings- en delings overeenkomst), maar vóór de daaropvolgende levering zijn de aan een bepaalde erfgenaam toegewezen goederen nog steeds niet uitwinbaar voor zijn crediteuren⁴⁶; na de levering zijn zij dat wel. Wanneer echter eenmaal levering heeft plaatsgevonden, is er geen verschil meer tussen de door Diephuis en Opzoomer gehuldigde opvattingen en de heersende leer. Ten slotte zij hier nog op het volgende, veelal over het hoofd geziene détail gewezen: wat moest eigenlijk naar de opvatting van Diephuis en Opzoomer worden geleverd? Diephuis⁴⁷ laat geen twijfel bestaan over het antwoord op deze vraag: de zaak zelve moet worden geleverd, niet dus de onverdeelde aandelen van de andere boedelgenoten in de aan een bepaalde erfgenaam toegewezen goederen. Dit nu lijkt mij een ietwat merkwaardige gedachtengang: hij leidt - zoals Kleyn reeds heeft

46. Vgl. art. 492 Rv. en Diephuis, t.a.p. blz. 500-501

47. T.a.p. blz. 492.

opgemerkt - tot de erkenning van de boedel als zelfstandige rechtspersoon.⁴⁸ Bovendien rijst een ander leerstellig bezwaar, dat hierboven reeds naar aanleiding van het romeinsrechtelijke stelsel werd genoemd: de aanspraak tot levering van de zaak zelve richt zich tegen de andere erfgenamen; deze nu zijn zonder de erfgenaam aan wie het goed is toegescheiden niet bevoegd om over de zaak zelve te beschikken. Men is dus, binnen een dergelijke zienswijze, genoopt te veronderstellen dat men een aanspraak tegen zichzelf kan hebben; een ietwat wonderlijke gedachtengang! Logischer zou het zijn geweest, indien Diephuis en Opzoomer hadden aangenomen dat - net zoals in het romeinsrechtelijke stelsel, waarmee hun betoog grote overeenkomst vertoont (hetgeen bij Opzoomer geen toeval kan zijn geweest) - de andere erfgenamen verplicht zijn hun onverdeelde aandelen in een bepaald aan de andere erfgenaam toegewezen goed aan deze te leveren.

Het ware niet noodzakelijk geweest zo uitvoerig stil te staan bij de opvattingen van Diephuis en Opzoomer, indien niet Lubbers zich in zijn openbare les over de scheiding en deling⁴⁹ op hun betoog had beroepen. Lubbers namelijk meent, met een verwijzing naar enige autoriteiten uit het verleden (Diephuis en Opzoomer), de gedachte te kunnen verdedigen, dat een onderscheid zou gemaakt kunnen worden tussen de declaratoire werking der scheiding en deling en haar terugwerkende kracht. Diephuis en Opzoomer immers - zo schijnt hij te denken - kenden aan de scheiding en deling géén declaratoire werking, maar wel terugwerkende kracht toe. Na al het bovenstaande moge duidelijk zijn geworden, dat het beroep op de meergenoemde schrijvers onjuist is: zij kenden aan de scheiding en deling alléén translatieve werking toe; de terugwerkende kracht was aan een ander rechtsfeit (de levering) verbonden.

Lubbers beroept zich voorts op een aantal opmerkingen van Kleyn; deze namelijk maakt⁵⁰ in zijn standaardwerk over de scheiding en

48. De Boedelscheiding (Arnhem 1969) blz. 111.

49. T.a.p. (noot 31) blz. 7.

50. T.a.p. (noot 48).

deling een onderscheid tussen de navolgende drie denkbare constructies ter classificering van de scheiding en deling:

- a. elk der deelgenoten draagt zijn aandeel in de goederen, die niet aan hem worden toegewezen, over aan de anderen;
- b. de gemeenschap draagt aan de verschillende deelgenoten de aan dezen toegewezen goederen over;
- c. elk der deelgenoten trekt zich ten bate van één der anderen terug uit de aan deze laatste toegewezen goederen.

In de beide eerstgenoemde constructies staat, zo meent Kleyn, het begrip overdracht centraal; in de derde niet. Begrijp ik Kleyn goed, dan kiest hij voor het heersende recht de hierboven laatstgenoemde constructie. Daar dan, zo luidt de opvatting van Kleyn, vindt aanwas plaats⁵¹: door de uittreding van de overige deelgenoten uit een bepaald goed wassen hun aandelen aan bij degene aan wie dat goed is toegewezen. Lubbers volgt Kleyn in dezen⁵²; voor hem is de aanwasgedachte de "ware achtergrond" van het declaratoire stelsel van scheiding en deling. Mij komt Kleyns betoog op dit punt niet geheel zuiver voor; er wordt immers gesuggereerd alsof de aanwasgedachte alleen bij de door hem sub c genoemde mogelijkheid tot uitdrukking wordt gebracht. Naar wij in het bovenstaande zagen, behoeft dat echter geenszins het geval te zijn: bij de door Kleyn sub a genoemde constructie (de romeinsrechtelijke) vond óók aanwas plaats. Laat ons echter verder Kleyn (en Lubbers) volgen. Bij de aanwasgedachte onderscheidt Kleyn dan wederom drie mogelijkheden:⁵³

- a. de aanwas werkt vanaf een tijdstip in het verleden;
- b. de aanwas werkt vanaf het tijdstip van de scheiding en deling zelf;
- c. de aanwas stelt vast, dat de uittredenden nimmer tot het goed waaruit zij uittraden gerechtigd zijn geweest.

Reeds aanstonds rijst bij deze driedeling de vraag of niet de derde mogelijkheid dezelfde inhoud heeft als de eerste; wij zullen dit punt echter laten rusten daar het mij in dit verband niet wezenlijk

51.Blz. 111 e.v.

52.T.a.p. blz. 6

53.Blz. 113.

voorkomt. Lubbers namelijk legt groot gewicht op de hierboven door Kleyn sub b genoemde mogelijkheid, inhoudende dat de aanwas óók ex .nunc (d.w.z. zónder terugwerkende kracht) zou kunnen plaatsvinden. Daarmede zou dan - zo betoogt Lubbers - zijn aangetoond dat een declaratoir stelsel van scheiding en deling zich - althans theoretisch - zonder terugwerkende kracht laat denken. Kleyn echter vervolgt zijn betoog met de - terechte - constatering, dat er een nauw verband bestaat tussen de declaratoire werking en de terugwerkende kracht der scheiding en deling. Immers, zo betoogt hij⁵⁴: "als er iets wordt vastgesteld, moet het een situatie betreffen, die reeds bestond"!. Met deze vaststelling lijkt mij de onlosmakelijke band tussen het declaratoire stelsel en de terugwerkende kracht inderdaad afdoende uitgedrukt. Niettemin meent Kleyn dat door zijn zojuist aangehaalde constatering het probleem slechts zou zijn verlegd: als een situatie wordt vastgesteld die verschilt van een vroegere situatie (de toestand van onverdeeldheid), dan moet toch eens de verandering hebben plaatsgevonden? Nu lijkt mij deze laatste vraag - hoe vanzelfsprekend zij op het eerste gezicht ook moge schijnen - niet terzake doende. Het gehele stelsel van scheiding en deling, zoals dat tegenwoordig nog ten onzent geldt, beoogt namelijk de toestand van onverdeeldheid met een dusdanig effect op te heffen dat die geacht moet worden nimmer te hebben bestaan, zodat, nadat er scheiding en deling heeft plaatsgevonden, de vraag waardoor de toestand van onverdeeldheid is beëindigd niet meer opportuun is. Indien eenmaal boedelscheiding heeft plaatsgevonden wordt niet alleen de toestand van onverdeeldheid geacht nimmer te hebben bestaan, maar óók de boedelscheiding zelf wordt daardoor geacht nimmer noodzakelijk te zijn geweest. De juridische fictie die in het geldende stelsel van scheiding en deling ligt besloten tart daardoor de logica van Kleyn. Het wil mij op grond van het een en ander voorkomen dat met Kleyns eerder hierboven aangehaalde vaststelling, inhoudende dat, als er iets wordt vastgesteld, dit - uit de aard der zaak - een toestand moet betreffen die reeds bestond, de essentie van de samenhang tussen de declaratoire werking en de terugwerkende kracht der scheiding en deling is uitgedrukt. Met een declaratoir

54. Blz. 115.

stelsel van scheiding en deling wil men immers bewerkstelligen, dat de verkrijging geacht moet worden reeds op een tijdstip vóór de scheiding en deling te hebben plaatsgegrepen. Waarin het verschil is gelegen met de terugwerkende kracht der scheiding en deling tot op datzelfde tijdstip, vermag ik niet in te zien. Of men nu zegt "de boedelscheiding heeft terugwerkende kracht", dan wel "de boedelscheiding heeft declaratoire werking" is om het even: met beide uitdrukkingen wordt hetzelfde bedoeld.⁵⁵ Hoe dan echter - zo zou men kunnen tegenwerpen - Kleyns eerder gedane opmerking te verklaren, inhoudende dat de scheiding en deling declaratoir kan zijn zonder werking naar het verleden? Laat ons daartoe deze vraag bezien: wat dient men zich eigenlijk voor te stellen bij een "declaratoire" scheiding en deling met een werking ex nunc? Door een dergelijke scheiding en deling wordt de boedel opgeheven, maar de opheffing werkt niet terug naar het verleden. Wat betekent dit nu? Een dergelijke boedelscheiding houdt, naar mij dunk, in dat hetgeen aan ieder der boedelgenoten wordt toegewezen geacht moet worden niet door erfopvolging te zijn verkregen. Het is hier dus de boedelscheiding zelf die de verkrijgingstitel vormt krachtens dewelke men een tot de voormalige boedel behorend goed onder zich heeft. Een dergelijke scheiding en deling nu kan moeilijk declaratoir worden genoemd. De scheiding en deling wijst hier immers niet aan wat aan ieder reeds toebehoort, maar wijst aan wat aan ieder na de scheiding en deling zal gaan toebehoren! Een dergelijke scheiding en deling is niet declaratoir, maar attributief, of - zo men wil - constitutief! Er wordt immers niet alleen feitelijk maar ook rechtens een wijziging in de rechtstoestand bewerkstelligd: vóór de boedelscheiding behoorden de tot de boedel behorende goederen toe aan de gemeenschap, na de boedelscheiding aan de individuele leden van de door de boedelscheiding opgeheven gemeenschap. Deze scheiding en deling is, zo moge ik concluderen, een aparte wijze van eigendomsverkrijging, naast de levering, de verjaring en andere; een dergelijke wijze van scheiding en deling mag nimmer declaratoir worden genoemd. Het onvermijdelijke gevolg van een dergelijke scheiding en deling is immers dat de toestand van

55. Zo alle oudere literatuur hieromtrent en ook Meijers in zijn toelichting op art. 3.7.1.14 (Parl. Gesch. boek 3, blz. 618).

onverdeeldheid wordt geëerbiedigd! Dit laatste nu heeft een aantal onaangename consequenties die men in het huidige, geldende stelsel van scheiding en deling juist heeft willen vermijden. Ik moge daarom, op dit punt van mijn betoog aangekomen, nog eens ingaan op de motieven die aan het geldende stelsel van scheiding en deling ten grondslag hebben gelegen.

Wij schetsten hierboven het romeinsrechtelijke stelsel van scheiding en deling bij onderling goedvinden. Dit stelsel kenmerkte zich doordat de boedelgenoten zich bij overeenkomst verplichtten de boedel op te heffen door aan ieder hunner bepaalde, tot de boedel behorende goederen in eigendom te verschaffen. Die eigendomsverschaffing werd bewerkstelligd doordat de boedelgenoten elkaar de onverdeelde aandelen leverden van die goederen, die niet aan hen waren toegewezen. Ieder der boedelgenoten was echter vóór de scheiding en deling bevoegd om over zijn overdeelde aandeel in de tot de boedel behorende goederen te beschikken: hij kon er een pandrecht op vestigen, het aandeel in vruchtgebruik geven, etc. Wanneer nu één der boedelgenoten zijn onverdeelde aandeel in een bepaald tot de boedel behorend goed vóór de scheiding en deling met een beperkt zakelijk recht had bezwaard en datzelfde onverdeelde aandeel krachtens de scheidings- en delingsovereenkomst aan zijn medeërfgenaar moest leveren, dan verkreeg deze laatste dit aandeel bezwaard met het daarop door zijn boedelgenoot bevoegdelyk gevestigde beperkte recht. Het is dit rechtsgevolg van het romeinsrechtelijk stelsel dat de oorzaak is geweest van de verdwijning van het gehele Romeinse scheidings- en delingssysteem en zijn vervanging door het huidige. De bezwaren die men tegen het Romeinse stelsel kan aanvoeren, laten zich onder één noemer brengen: het eerbiedigt de toestand van onverdeelldheid waardoor wordt bewerkstelligd dat bevoegdelyk verrichte beschikkingshandelingen met betrekking tot een tot de boedel behorend goed, dat niet wordt toegescheiden aan degene die de beschikking heeft gedaan, gerespecteerd worden. Men schijnt ten tijde van de codificatie op dit laatste punt gefixeerd te zijn geweest, hetgeen voor een moderne jurist enigszins moeilijk is voor te stellen. Er heeft namelijk een op zich merkwaardige verandering van belangstelling plaatsgevonden: terwijl de moderne jurist meer geneigd is zijn aandacht te vestigen op een ten tijde van de onverdeelldheid onbevoegdelyk verrichte

beschikkingshandeling die convalideert door een scheiding en deling waarbij het goed waarover werd beschikt wordt toegescheiden aan degene die heeft beschikt⁵⁶, hadden de ouden het oog op een op zich bevoegdelyk verrichte beschikkingshandeling die rechtskracht mist doordat het goed waarover werd beschikt niet werd toegescheiden aan degene die beschikte. De verklaring van dit verschijnsel moge na al het voorafgaande geen verbazing wekken: de herinnering aan het romeinsrechtelijke stelsel leefde bij onze voorouders sterker dan bij ons⁵⁷, bij wie het Romeinse recht - door allerlei hier niet terzake doende oorzaken - veelal tot een vage herinnering is geworden. Meijers heeft deze invloed van het Romeinse recht al eens opgemerkt en benadrukt⁵⁸; ik moge daar nog een saillant voorbeeld aan toevoegen. Kort na de verschijning van de Code Civil publiceerde Maleville - één der vier samenstellers van de Code - zijn *Analyse Raisonnée du Code Civil*. Het enige nu dat hij bij art. 883 CC (= 1129 BW) vermeldenswaard acht is dat het artikel met zich meebrengt dat een beschikkingshandeling, door één der boedelgenoten getroffen met betrekking tot zijn onverdeeld aandeel in één der tot de boedel behorende goederen, nietig is wanneer dat goed hem niet naderhand wordt toegescheiden.⁵⁹ De zin van deze opmerking kan slechts worden gevonden wanneer men daartegenover het romeinsrechtelijke stelsel plaatst naar hetwelk dergelijke beschikkingshandelingen wel degelijk geldig waren, óók wanneer het desbetreffende goed niet werd toegescheiden aan degene die erover had beschikt. Alleen de jurist Trebatius was, naar wij zagen, van een ander gevoelen. Het is de hier geschetste problematiek geweest, die ten grondslag heeft gelegen aan de regel van art. 883 CC en 1129 BW. De kern van het huidige stelsel is de terugwerkende kracht van de scheiding en deling, waardoor de toestand van

56. Zie hieromtrent mijn opmerkingen in WPNR 5616/5617.

57. Men bedenke dat in het Pandektenonderwijs, zoals dat vóór de codificaties aan onze academies werd verzorgd, in de regel géén rekening werd gehouden met de "leges abrogatae et inusitatae".

58. WPNR 3579/3580.

59. *Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au conseil d'état*, Tome II (Parijs 1807) blz. 347-348; vgl. ook Pothier, *Traité des successions* (in *Oeuvres posthumes de m. Pothier*, Tome IV (Parijs 1784)) blz. 527.

onverdeeldheid geacht moet worden nimmer te hebben bestaan. Men meende dit stelsel te kunnen verwoorden door aan de scheiding en deling een "effet delcaratif" toe te kennen en men ging daarbij uit van de terechte veronderstelling dat door de begrippen "effet déclaratif" en "effet rétroactif" precies hetzelfde tot uitdrukking wordt gebracht.⁶⁰

Nog één opmerking over de vestiging van een hypotheek op een onverdeeld aandeel in een tot de nalatenschap behorend onroerend goed zij mij veroorlooft.

In ons huidige BW is, in tegenstelling tot in de Code, een bijzonder artikel opgenomen dat handelt over de vestiging van een hypotheek op een onverdeeld aandeel in een tot de gemeenschap behorend onroerend goed. Het is art. 1212 BW dat als volgt luidt:

Het onverdeeld aandeel in een gemeen onroerend goed kan met hypotheek worden bezwaard. Na de verdeling van hetzelfde, blijft de hypotheek alleen gevestigd op het deel dat aan de schuldenaar, die de onderzetting heeft verleend, is toebedeeld, behoudens de bepaling van artikel 1377.

De bepaling lijkt overbodig, daar een regeling als in het artikel voorzien reeds voortvloeit uit het declaratoire karakter van art. 1229 BW.⁶¹ Een regeling als in 1212 BW ontbreekt daarom in de Code: men leidt haar - zoals reeds Maleville deed - onmiddellijk af uit art. 883 CC⁶² en terecht: de gehele regeling van art. 883 CC werd immers ontworpen teneinde een rechtsgevolg als in art. 1212 BW mogelijk te maken! Men bedenke bovendien dat men bij de

60. Zie Planiol-Ripert, t.a.p. (noot 38) blz. 876.

61. Zie Asser-Van Oven, Zekerheidsrechten (10e dr.) blz. 148.

62. Planiol-Ripert, t.a.p. no 664, blz. 907.

regeling van art. 1212 BW voornamelijk het oog heeft gehad op een tot een nalatenschap behorend onroerend goed.⁶³

Wij kunnen concluderen. Niet alleen de dogmatiek, maar ook de geschiedenis van ons huidige art. 1129 toont, naar mij dunk, het ontoelaatbare aan van iedere poging een scheiding aan te brengen tussen de declaratoire werking en de terugwerkende kracht der scheiding en deling van nalatenschappen. Het doet ook ietwat vreemd

63. Anders Beekhuis, WPNR 4473 e.v., die meent dat art. 1212 BW slechts voor de vrije medeëigendom zou zijn bedoeld. Ten tijde van de totstandkoming van ons huidige wetboek zijn door het kamerlid Daam Fockema enige opmerkingen gemaakt over het huidige art. 1129 BW die de toenmalige minister alsmede latere generaties juristen voor raadselen hebben geplaatst. Toch meen ik daarin enige consistentie te kunnen bespeuren. Naar aanleiding namelijk van art. 1129 BW doet het Leeuwarder kamerlid de volgende mededeling (Noord-ziek, 1823/1824 II, blz. 378): "Zal dan met effecten op het aandeel in de onroerende goederen geen hypotheek kunnen worden gevestigd door een der erfgenamen? Maleville is van dit gevoelen (de spreker moet welhaast verwijzen naar de - noot 58 - aangehaalde plaats uit de Analyse Raisonnée), en bevestigt het met een in onderscheiden instantiën gewezen vonnis. Ik zoude het noodig achten dit stellig te bepalen, hetzij men aanneme de stelling: dat elke deelgenoot zijn aandeel bekome vrij van alle door anderen daarop inmiddels gevestigde hypotheeken; hetzij de bepaling van dit artikel onverkort late het regt der inmiddels daarop gevestigde hypotheeken. In het eerste geval zijn zoodanige geërfde goederen voor een groot gedeelte dan buiten handel". Wat mij van het grootste gewicht voorkomt, is de mededeling ter zelfder plaatse dat men is overeengekomen "omtrent dit punt eenige middelen te beraamen bij het onderzoek der voor te dragen wetten omtrent het pand-regt"(!). Beekhuis (WPNR 4474, blz. 15 1.kol.) verklaart de herkomst van art. 1212 BW tot één der mysteriën onzer wetgeving; ik meen evenwel in de zojuist aangehaalde toezegging der regering de herkomst van dat artikel te mogen herkennen: hoe anders de plaatsing van dit artikel, dat leerstellig en historisch zo nauw samenhangt met de scheiding en deling, te verklaren?

aan sommige schrijvers te zien mededelen⁶⁴ dat in art. 1129 slechts de terugwerkende kracht der scheiding en deling zou liggen besloten, niet echter haar declaratoire werking. Uit de gehele geschiedenis van het meergenoemde artikel blijkt dat men de declaratoire werking wilde omdat men aannam dat daaraan terugwerkende kracht was verbonden! Hoe nu - zo kan men zich afvragen - heeft de onjuiste opvatting als zou een onderscheid gemaakt kunnen worden tussen de declaratoire werking en de terugwerkende kracht der scheiding en deling zo snel een zo respectabele aanhang (Van der Ploeg, Luyten en anderen) kunnen verwerven? De oorzaak van dit verschijnsel moet worden gezocht in de veronderstelling dat Lubbers' trouvaille een belangrijke bijdrage zou kunnen leveren tot een beter begrip van art. 3.7.1.14^a NBW.⁶⁵ Ik meen hiertegen ernstige bezwaren te mogen hebben: men postuleert de volstrekte juistheid van een op zijn minst twijfelachtige theorie - die bovendien voor het heersende recht is bedoeld - teneinde daarop de interpretatie van een artikel uit het nieuwe BW te kunnen grondvesten! Men heeft bovendien, naar ik hoop te kunnen aantonen, Lubbers' opvattingen niet nodig teneinde een bevredigende interpretatie van dit artikel te kunnen geven.

III. De aard der scheiding en deling naar het toekomstige recht

De uitgangspunten die de samenstellers van het NBW bij de scheiding en deling der nalatenschappen hebben gehanteerd, zijn geheel andere dan de beginselen waarop die in het heersende recht is gebaseerd. Ten eerste is de terugwerkende kracht der scheiding en deling afgeschaft en ten tweede is zij niet meer declaratoir van aard, maar translatief. Tegen deze laatste opvatting is enig verzet

64. Vgl. bijv. Van der Ploeg, De Naamloze Vennootschap 1980 blz. 95, 1.kol. en Pitlo-Van der Burght, Erfrecht (6e dr.) blz. 382.

65. Zo uitdrukkelijk Van der Ploeg, t.a.p. blz. 95, r.kol.; vgl. ook dezelfde in Asser-Meijers-Van der Ploeg, Erfrecht (8e dr.) blz. V.

gerezen.⁶⁶ Ik meen toch aan haar te mogen vasthouden en zal dit nader toelichten. Het kernartikel 3.7.1.14^a NBW luidt als volgt:

1. Voor de overgang van het aan ieder der deelgenoten toege-deelde is een levering vereist op dezelfde wijze als voor overdracht is voorgeschreven.
2. Hetgeen een deelgenoot verkrijgt, houdt hij onder dezelfde titel als waaronder de deelgenoten dit tezamen vóór de verdeling hielden.

Op het eerste gezicht lijkt het artikel een tegenstrijdigheid te bevatten. In het eerste lid namelijk wordt voorgeschreven dat op de overeenkomst waarbij de boedel wordt verdeeld nog een voor de eigendomsverkrijging noodzakelijke levering dient te volgen. Men kan hieruit de gevolgtrekking maken dat de scheiding en deling (naar de terminologie van het NBW: verdeling) de titel vormt die de gemeenschap (de gezamenlijke erfgenamen) verplicht tot levering en dat derhalve de levering de wijze van eigendomsverkrijging is krachtens dewelke men een toegescheiden goed heeft en niet de scheiding en deling zelf. De wetgever heeft op dit punt - zo lijkt het - de oude leer van Diephuis en Opzoomer overgenomen, die de scheidings- en delingsovereenkomst zagen als een titel tot levering. In het tweede lid echter wordt opgemerkt dat de deelgenoot aan wie een bepaald goed is toegescheiden en geleverd, dit goed onder dezelfde titel houdt als die waaronder de deelgenoten dit samen vóór de verdeling hielden. Dit laatste moet, naar mij dunkt, betekenen dat de deelgenoot dit goed houdt als erfgenaam en niet als opvolger onder bijzondere titel (van de gemeenschap), zoals men uit het eerste lid zou kunnen opmaken. De schijnbare tegenstrijdigheid bestaat hierin dat het eerste lid van art. 3.7.1.14^a een opvolging onder bijzondere titel voorschrijft, terwijl het tweede lid een opvolging onder algemene titel vaststelt! Dit nu lijkt iets dat de wetgever niet gewild kan hebben; hij kan niet in één artikel twee tegenstrijdige bepalingen hebben opgenomen: een wetgever kan

66. Zie noot 3; onlangs heeft mr A.J.H. Pleysier in WPNR/5654 een listige interpretatie van art. 3.7.1.14a voorgesteld; zijn betoog is evenwel gebaseerd op de onjuiste voorstelling als zou het in dat artikel voorgestelde stelsel van scheiding en deling geen overeenkomst vertonen met het romeinsrechtelijke (vgl. t.a.p. blz. 353, l. kol.). Het voorgaande en onderstaande moge hem van de onjuistheid dier vooronderstelling overtuigen.

weliswaar fingeren dat stieren koeien zijn, maar eieren kan hij deze zoogdieren niet laten leggen! Er moet dus een verklaring van deze schijnbare antinomie zijn en het is op dit punt dat men meent met Lubbers' hierboven behandelde theorie tot een oplossing te kunnen komen. Die oplossing luidt dan als volgt: De declaratoire werking der scheiding en deling is iets anders dan derzelver terugwerkende kracht: het één laat zich zonder het andere denken. In het NBW nu zou de terugwerkende kracht der scheiding en deling zijn afgeschaft, maar de declaratoire werking der verdeling zou zijn gehandhaafd: zij zou liggen besloten in het tweede lid van art. 3.7.1.14^a. Het scheidings- en delingsstelsel van het NBW zou een systeem zijn, waarbij aan de verdeling slechts een werking ex nunc en tevens declaratoire effecten zouden zijn verbonden. In het bovenstaande is reeds uitvoerig stilgestaan bij de mijns inziens onjuiste voorstelling van zaken als zou een onderscheid gemaakt kunnen worden tussen de declaratoire werking der scheiding en deling en haar terugwerkende kracht. De hierboven genoemde historische bezwaren tegen een dergelijke veronderstelling hebben natuurlijk geen zeggingskracht met betrekking tot ius constituendum, maar ik meen dat de daar geopperde leerstellige bezwaren tegen een zogenaamd "declaratoir" stelsel van scheiding en deling zonder terugwerkende kracht óók met betrekking tot het nieuwe BW blijven staan. Ik zal er daarom hier verder het zwijgen toedoen en slechts een poging wagen om langs een andere weg dan Van der Ploeg en anderen tot een bevredigende interpretatie van art. 3.7.1.14^a te geraken.

De oorspronkelijke toelichting van Meijers bij het eerste lid van art. 3.7.1.14^a (was toen art. 3.7.1.14, lid 3) is uiterst beknopt: "Het derde lid van het artikel breekt (!) met de zogenaamde declaratieve kracht der scheiding. Het gekozen stelsel, dat iedere rechtshandeling waardoor de rechtstoestand van een registergoed gewijzigd wordt, uit de registers moet blijken, verzet zich ertegen, dat een verdeling anders dan een koop behandeld wordt".⁶⁷

67. Zie verder Parl. Gesch. boek 3, blz. 618.

Duidelijker kan, naar het mij dunkt, het translatieve karakter der scheiding en deling niet onder woorden worden gebracht: de koop is een titel tot levering en zo ook - blijkens de bedoelingen van de wetgever - de scheiding en deling. Er rijst nu echter een vraag die ons reeds ter gelegenheid van de behandeling van de romeinsrechtelijke scheiding en deling bezighield: wat wordt eigenlijk geleverd aan de erfgenaam aan wie een bepaald goed is toegescheiden? Er zijn twee antwoorden mogelijk op deze vraag:

- a. De gemeenschap levert één of meer bepaalde tot de boedel behorende goederen aan de boedelgenoot aan wie deze in de boedelscheidingsovereenkomst zijn toegescheiden.⁶⁸
- b. Iedere boedelgenoot levert zijn aandelen in de goederen die niet aan hem zijn toegescheiden aan de boedelgenoten aan wie die goederen wel zijn toegescheiden.

De mogelijkheid sub a genoemd leidt - zo heeft reeds Kleyn opgemerkt - tot de erkenning van de gemeenschap tussen medeërfgenen als rechtspersoon. Nu valt daar naar het recht van het nieuwe BW inderdaad veel voor te zeggen; naar dat van het oude - uiteraard - niet. Ik moge, zonder overigens uitvoerig bij dit vraagstuk stil te willen staan, slechts op de volgende punten wijzen. De gemeenschap tussen medeërfgenen dient naar huidig recht alleen al daarom niet als een rechtspersoon te worden beschouwd omdat de vorderingen van de erflater van rechtswege en naar rato van hun erfdelen overgaan op de erfgenamen⁶⁹; hetzelfde geldt voor de

68. De door Kleyn (De boedelscheiding, blz. 111) als derde geopperde mogelijkheid, inhoudende dat ieder der deelgenoten zich ten bate van één der anderen terugtrekt uit de aan deze laatste toegewezen goederen, verdraagt zich niet met het translatieve stelsel van het NBW: een terugtrekking is géén levering.

69. Art. 1335 BW; zie over de ondeelbare vorderingen Asser-Meijers-Van der Ploeg, Erfrecht (8e dr.) blz. 306 en in andere zin Drion, WPNR 4685/4686 en Kleyn, De boedelscheiding blz. 282. Vgl. ook laatstelijk Lokin. De vordering tot levering ener ondeelbare zaak die aan meerdere erfgenamen toevalt (in Samenleven en Samenwerken, Feestbundel voor E.C. Henríquez (Deventer 1983)) blz. 207 e.v.

schulden.⁷⁰ De gemeenschap tussen medeërfgenenamen is naar huidig recht een gemeenschap waarin slechts des erflaters zakelijke rechten vallen; zij is - anders gezegd - een vorm van medeëigendom. Naar toekomstig recht echter komt hierin een ingrijpende verandering. Zo kan géén der erfgenamen meer voor zich alleen en voor zijn aandeel een vordering van de erflater tegen diens schuldenaar instellen; hij is zelfs niet bevoegd om betaling te ontvangen.⁷¹ Dit voert al snel tot de gevolgtrekking, dat niet de afzonderlijke erfgenamen, maar de gemeenschap crediteur is van de nalatenschapsschuldenaren. Wij zijn dan niet ver meer van de constructie der rechtspersoonlijkheid verwijderd. Er schijnt alle reden voor te zijn om de gemeenschap die naar buiten als eenheid optreedt⁷², ook naar binnen als een eenheid op te vatten die rechten kan verschaffen aan de boedelgenoten. Toch meen ik niet voor deze mogelijkheid te mogen kiezen. Zij leidt namelijk tot een extra onderstropping van de hierboven geschetste paradox in art. 3.7.1.14^a, die wij nu juist trachten te vermijden. Indien men immers de gemeenschap als rechtspersoon opvat, dan is de boedelgenoot aan wie een bepaald goed uit de gemeenschap wordt toebedeeld en geleverd niet anders te beschouwen dan als een opvolger onder bijzondere titel van de gemeenschap. Het aan hem toegescheiden goed was eerst het eigendom van de gemeenschap, die het vervolgens - door levering - in eigendom overdraagt. Hoe, bij een dergelijke opvatting, het tweede lid van art. 3.7.1.14^a te verklaren? Ik kom zo op de hierboven sub b genoemde mogelijkheid: iedere boedelgenoot levert zijn aandelen in de niet aan hem toegewezen goederen aan de boedelgenoten aan wie die goederen wel zijn toegescheiden. Ik meen hierin een wijze van verdeling te mogen zien, die de beide leden van het meergenoemde

70. Anders Meijers (vgl. Asser-Meijers-Van der Ploeg, Erfrecht blz. 243 e.v.), naar wiens opvatting de schulden eerst na de aanvaarding zouden overgaan op de erfgenamen. Zie echter Pitlo-Van der Burght, Het erfrecht (6e dr.) blz. 18 en Klaassen-Eggens-Luyten, Huwelijksgoederen- en erfrecht II (Het erfrecht) blz. 9.

71. Vgl. de artt. 6.1.3.1 en 3.7.1.4a, lid 2 NBW.

72. Een uitzondering dient te worden gemaakt voor de schulden, die uit hoofde van art. 4.5.1.1 lid 2 NBW, als in het huidige recht, van rechtswege en naar rato van hun erfdelen overgaan op de afzonderlijke erfgenamen.

artikel 3.7.1.14^a vermag te verklaren. Het probleem namelijk waarvoor ons dit artikel plaatst, laat zich reduceren tot de volgende vraag: hoe moet men zich een translatieve scheiding en deling voorstellen, waarbij de boedelgenoot aan wie bepaalde goederen zijn toegescheiden niet moet worden gezien als een opvolger onder bijzondere titel van de gemeenschap, maar als een opvolger onder algemene titel van de erflater? Ik denk het antwoord op deze vraag te vinden in een wijze van verdeling als onder b genoemd. Laten wij een voorbeeld nemen. Er zijn drie erfgenamen A, B en C; in de gemeenschappelijke boedel bevinden zich een huis, een stuk bouwgrond, enige roerende goederen en een aantal vorderingen (de schulden zijn reeds - ex art. 4.5.1.1, lid 2 - van rechtswege verdeeld). A, B en C sluiten nu een boedelscheidingsovereenkomst, waarbij aan A het huis, aan B het stuk bouwgrond en aan C de roerende goederen worden toegeschieden; ieder der erfgenamen verkrijgt bovendien 1/3 gedeelte van de vorderingen. Ik moge er - wellicht ten overvloede - op wijzen dat hiermede de boedelscheiding naar de heersende opvatting omtrent het huidige recht is voltooid: door de tussen A, B en C gesloten overeenkomst is vastgesteld wat aan ieder krachtens erfopvolging is toegevalen. Naar toekomstig recht echter is de verdeling door deze overeenkomst nog geenszins tot stand gebracht. Wordt immers geen uitvoering gegeven aan de boedelscheidingsovereenkomst, dan is A nog geenszins gerechtigd tot het huis en kan hij nog steeds niet het aan hem toegewezen gedeelte der vorderingen voor zichzelf innen! Er moet nog worden geleverd en indien dat niet gebeurt kan A een rechtsovereenkomst instellen tegen zijn boedelgenoten B en C. Deze rechtsovereenkomst is - om nauwkeurig te zijn - niet de rechtsovereenkomst van art. 3.7.1.9, lid 1 (de vordering tot boedelscheiding), maar een gewone rechtsovereenkomst uit wanprestatie: men vordert nakoming van een verbintenis uit een scheidings- en delingsovereenkomst! Krachtens deze overeenkomst zijn B en C verplicht om aan A hun aandelen in het huis over te dragen en hun aandelen in de aan A toegescheiden vorderingen te cederen. B en C zijn - zo zij voor alle duidelijkheid nog opgemerkt - niet hoofdelijk aansprakelijk, maar ieder voor zich verplicht tot een prestatie die ieder van hen slechts voor zich kan verrichten: levering van zijn aandeel in de aan A toegewezen goederen. Laat ons nu eens nader bezien, hoe de toescheiding van het huis aan A wordt bewerkstelligd. B en C leveren hun onverdeelde

aandelen in het huis aan A; dit geschiedt - op grond van art. 3.4.1.7^b - op dezelfde wijze als die waarop het huis zelf wordt overgedragen: door overschrijving van een akte in de daartoe bestemde registers (art. 3.4.2.4, lid 1). De onverdeelde aandelen in de vorderingen worden op vergelijkbare wijze overgedragen: door het opmaken van een acte cessie en betekening aan de debiteuren (art. 3.4.2.7). Wat is het rechtsgevolg van deze overdrachten? A is nu te beschouwen als een opvolger onder bijzondere titel van zijn deelgenoten B en C; hij is echter opvolger onder bijzondere titel van hun onverdeelde aandelen in de aan hem bij de boedelscheidingsovereenkomst toegewezen goederen, niet van het goed zelf! Hij was immers zelf reeds gerechtigd tot een aandeel in het aan hem toegewezen goed en door de overdracht van de andere aandelen in datzelfde goed wordt bewerkstelligd, dat hij nu niet meer gerechtigd is tot een aandeel in het goed, maar eigenaar is geworden van het goed zelf. Er vindt, anders gezegd, door de overdracht van de onverdeelde aandelen aanwas plaats zodat A, na de overdracht van de aandelen in de aan hem toegescheiden goederen, niet alleen een aandeel in die goederen als erfgenaam heeft, maar het gehele aan hem toegescheiden goed als erfgenaam houdt! Dit laatste nu wordt, naar het mij wil voorkomen, uitgedrukt door het tweede lid van art. 3.7.1.14^a NBW. Dit maakt de scheiding en deling naar de regeling van het NBW tot een tamelijk gecompliceerde constructie: degene aan wie een bepaald goed uit een nalatenschap wordt toegescheiden verkrijgt onder bijzondere titel de aandelen van de andere deelgenoten in het aan hem toegescheiden goed, hetgeen bewerkstelligt dat hij - door de aanwas van die aandelen aan het aandeel dat hij zelf al als erfgenaam had - na de overdracht het hem toegescheiden goed als opvolger onder algemene titel houdt. Het zal de opmerkelijke lezer ondertussen niet zijn ontgaan dat deze constructie precies dezelfde is als die welke in het Romeinse recht werd gebruikt. Wij zagen daar hetzelfde hybride beeld: een levering van de onverdeelde aandelen in bepaalde tot de nalatenschap behorende goederen aan degene aan wie die goederen waren toebe-deeld, die - door de aanwas van die geleverde aandelen aan het aandeel dat degene aan wie werd geleverd zelf reeds had - ten gevolge had dat deze het gehele goed als erfgenaam hield. Nu hebben wij in het voorafgaande benadrukt dat aan het romeins-rechtelijke stelsel bepaalde nadelen kleefden die de oorzaak

waren van de invoering van het huidige, declaratoire stelsel van scheiding en deling. Zijn, zo zou men zich kunnen afvragen, diezelfde nadelen dan niet ook verbonden aan het nieuwe stelsel van scheiding en deling dat door het NBW zal worden ingevoerd? Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend. Wat namelijk was het nadeel van het romeinsrechtelijke stelsel? Ieder der boedelgenoten had, naar wij zagen, het recht te beschikken over zijn onverdeelde aandeel in een bepaald tot de nalatenschap behorend goed. Dit had ten gevolge dat, wanneer bijvoorbeeld één der boedelgenoten vóór de scheiding en deling een hypotheek had gevestigd op zijn aandeel in een tot de nalatenschap behorend onroerend goed, deze hypotheek - krachtens de regel "nemo plus iuris ad alterum transferre potest quam ipse haberet"- op dit aandeel bleef rusten wanneer het, uit hoofde van de boedelscheidingsovereenkomst, moest worden overgedragen aan degene aan wie het goed in zijn geheel was toegescheiden. Dit probleem speelt in het NBW niet, of althans in veel mindere mate.

Art. 3.7.2.1, lid 1 NBW bepaalt dat een deelgenoot in een gemeenschap van een algemeenheid van goederen (zoals een onverdeelde nalatenschap) niet zonder toestemming van de overige deelgenoten over zijn aandeel in een tot de nalatenschap behorend goed kan beschikken. Hij kan echter - zo bepaalt lid 2 van hetzelfde artikel - ook zonder toestemming van zijn boedelgenoten een hypotheek of pandrecht op een zodanig aandeel vestigen. Zijn wij hiermede niet midden in de oude, romeinsrechtelijke problematiek beland? Neen: de toelichting⁷³ verwijst ons naar het artikel 3.7.1.8^b, de leden 1 en 2. Het eerste lid van dit artikel bevat de navolgende bepaling: wordt een gemeenschappelijk goed verdeeld of overgedragen, nadat een deelgenoot een beperkt recht op zijn aandeel heeft gevestigd, dan komt dat recht te rusten op het goed voor zover dit door die deelgenoot wordt verkregen en wordt het goed voor het overige van dit recht bevrijd. Men zal de Trebatiaanse oplossing herkennen! Door het in art. 3.7.1.8^b, lid 1 bepaalde zijn de nadelen van het romeinsrechtelijke stelsel weggenomen en is zo toch nog een zweem van het declaratoire stelsel in het NBW binnengeslopen. Wanneer immers in dit artikel

73.Parl. Gesch. boek 3, blz. 624.

wordt bepaald dat een hypotheek op een onverdeeld aandeel in - bijv. - een tot de nalatenschap behorend onroerend goed komt te vervallen indien dat goed niet wordt toegescheiden aan degene die het zekerheidsrecht heeft gevestigd, dan wordt daardoor tot uitdrukking gebracht dat degene die het zekerheidsrecht heeft gevestigd na de verdeling ondanks artikel 3.7.2.1, lid 2 geacht moet worden met betrekking tot dat aandeel beschikkingsonbevoegd te zijn geweest! Dit nu is een stelling, die men slechts binnen een declaratoir stelsel van scheiding en deling kan poneren; dat was de reden waarom diezelfde stelling - toen zij door de Romeinse jurist Trebatius werd opgeworpen - door de andere Romeinse juristen (die een translatief stelsel van scheiding en deling huldigden) werd verworpen. Onze wetgever heeft echter door deze eenvoudige ingreep veel moeilijkheden vermeden; hadden de Romeinen hetzelfde gedaan, dan zouden wij wellicht het wonderlijke declaratoire stelsel van scheiding en deling met zijn terugwerkende kracht nimmer hebben gekend.

W.J. Zwalve

Groningen, mei 1983