

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/37234>

Please be advised that this information was generated on 2019-04-26 and may be subject to change.



Een kwestie van afhankelijkheid

Mw.mr. J.C. Out*

INLEIDING

Het staat vast dat het Romeinse rijk een bloeiend financieringswezen heeft gekend. Dit volgt alleen al uit het gegeven dat de overeenkomst van geldlening – als *species* van de reële overeenkomst van verbruiklening (*mutuum*) – één van de oudste contracten was van het Romeinse recht.¹ Daarnaast levert ook het omvangrijke en uitgewerkte stelsel van zekerheidsrechten, dat de Romeinse juristen tot ontwikkeling hebben gebracht, het bewijs dat er reeds tijdens de klassieke periode van het Romeinse recht, dat wil zeggen in de eerste eeuwen van onze jaartelling, een levendig kredietverkeer bestond. Zekerheidsrechten worden – en *werden* – namelijk gevestigd tot meerdere zekerheid van een schuldeiser die een geldlening verstrekt. Anders gezegd: de schuldeiser die een zekerheidsrecht heeft bedongen, bijvoorbeeld een pandrecht op een aan zijn schuldenaar toebehorend kostbaar schilderij, heeft daarmee extra zekerheid verkregen dat hij zijn vordering uit de geldlening zal kunnen innen: wanneer de schuldenaar in gebreke blijft met de terugbetaling van het verstrekte krediet, mag de schuldeiser zich – met voorrang boven andere, concurrente schuldeisers – verhalen op het hem tot zekerheid strekkende schilderij.² Dit wordt in het openbaar verkocht, waarna de kredietgever zijn vordering mag voldoen uit de executieopbrengst. Een eventueel overschot komt ten goede aan andere schuldeisers. Ontbreken deze, dan wordt het overschot aan de schuldenaar uitgekeerd.

Zoals gezegd, wijst een uitgebreid stelsel van ze-

kerheidsrechten op een levendig kredietverkeer. Het is deze samenhang tussen zekerheidsrechten en geldleningen – zij het in een meer ‘technische’ betekenis – die het onderwerp vormt van deze bijdrage. De aandacht zal namelijk worden gevestigd op een belangrijk kenmerk van het beperkte goederenrechtelijke zekerheidsrecht, te weten zijn afhankelijkke of *accessoire* karakter. Een pand- of hypotheekrecht is immers naast een *beperkt* recht op het goed waarop het rust, tevens een *afhankelijk* recht. Met deze laatste kwalificatie wordt bedoeld dat het zekerheidsrecht is verbonden aan de vordering uit geldlening. Dit betekent op de eerste plaats dat het pand- of hypotheekrecht niet zonder deze vordering, het hoofdrecht, kan bestaan (vergelijk art. 3:7 BW). Zo vervalt het pand- of hypotheekrecht van rechtswege wanneer de verzekerde vordering door betaling of anderszins tenietgaat. Een andere consequentie van het afhankelijke karakter van het zekerheidsrecht is, dat een overgang van de verzekerde vordering op een nieuwe schuldeiser, bijvoorbeeld door cessie, meebrengt dat het zekerheidsrecht van rechtswege mee overgaat (vergelijk art. 3:82 BW). Door deze automatische overgang blijven de vordering en het tot zekerheid daarvan gevestigde pand- of hypotheekrecht, in één hand: de nieuwe schuldeiser van de vordering is tevens de nieuwe gerechtigde tot het zekerheidsrecht.

Het moderne beperkte zekerheidsrecht komt voort uit het Romeinse recht. Ook het verschijnsel accessoriëteit vindt daarin zijn grondslag.³ In het navolgende zal een specifiek probleem met betrekking tot het afhankelijke karakter van het pand- of

* Mw.mr. J.C. Out is als docent en onderzoeker verbonden aan de sectie Burgerlijk recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

1 Zie over de Romeinse overeenkomst van geldlening: M. Kaser, *Das römische Privatrecht, I: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München 1971, § 124; J.H.A. Lokin, *Prota, Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten uitgelegd*, Groningen 2003, V 41.

2 Vergelijk voor het moderne recht art. 3:227 e.v. BW; in het Romeinse recht was het niet anders. Zie over het Romeinse be-

perkte goederenrechtelijke zekerheidsrecht hieronder, en voorts: Kaser, *RP I*, § 110 en 111; W.J. Zwalm, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europees Privaatrecht, I: Inleiding en zakenrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 488 e.v.; Lokin 2003, Z 68-76.

3 Zie daarover mijn dissertatie: J.C. Out, *Vormen van accessoriëteit, een romanistische studie over het verschijnsel accessoriëteit bij het goederenrechtelijke zekerheidsrecht* (diss. Leiden), Nijmegen: Gerard Noodt Instituut 2005.

hypothekrecht worden belicht. Het komt naar voren in een veelbesproken Digestentekst van de laat-klassieke jurist Paulus (D. 36,1,61(59) pr.). Dit tekstfragment wordt hieronder als uitgangspunt genomen. Vervolgens zal duidelijk worden gemaakt dat in de oplossing van Paulus op het hem voorgelegde juridische vraagstuk de wortels liggen van de constructie die de moderne jurist in een dergelijk geval zou (moeten) toepassen. Opvallend is dat deze modernrechtelijke constructie op het eerste gezicht niets meer met het leerstuk van accessoriëteit van doen lijkt te hebben. De (aankomend) jurist die zich heeft verdiept in haar achtergrond, weet echter beter: hij of zij weet dat een belangrijke Romeinsrechtelijke voorloper van de bewuste moderne regel was bedoeld als oplossing voor een accessoriëteitsprobleem.

VERMENGING VAN SCHULD EN VORDERING

De centrale Digestentekst, D. 36,1,61(59) pr., wordt hieronder in gedeeltes besproken, waarbij de minder relevante passages buiten beschouwing blijven.⁴ Paulus begint met het uiteenzetten van de feiten. Tevens wordt duidelijk wat de aanleiding was voor de procedure:

Een schuldenaar die een zaak in pand gegeven had, heeft zijn schuldeiser tot erfgenaam ingesteld en heeft hem bij fidei-commis verzocht de nalatenschap af te geven aan zijn dochter, dat wil zeggen die van de erflater. Omdat de erfgenaam de nalatenschap niet wilde aanvaarden omdat hij haar [wegens insolventie] als verdacht beschouwde, heeft hij deze onder dwang op bevel van de praetor

aanvaard en afgegeven. Toen hij voor de verpande zaak geen koper kon vinden, verzocht hij hem toe te staan dat hij de zaak als zijn eigendom zou bezitten.⁵

Men moet zich één en ander als volgt voorstellen. A heeft geld geleend van B. Tot zekerheid van de terugbetaling van deze geldlening heeft hij hem een zaak in pand of hypotheek.⁶ Vervolgens komt schuldenaar A te overlijden. Nu blijkt hij in zijn testament zijn schuldeiser B tot erfgenaam te hebben benoemd. Tevens verzoekt hij B in dat testament om de gehele nalatenschap door te geven aan A's dochter, C. Dit verzoek van A betreft een zogeheten fidei-commis.⁷ B, die vermoedt dat de nalatenschap een negatief saldo vertoont, weigert om haar te aanvaarden. Op verzoek van C wordt B echter door de praetor tot aanvaarding van de nalatenschap en afgifte aan haar *gedwongen*.⁸ De vraag die in het Digestenfragment centraal staat, is de vraag wat nu de stand van zaken met betrekking tot het zekerheidsrecht is. B heeft zich namelijk tot de keizerlijke kanselarij gewend met het verzoek om de hem destijds door A in zekerheid gegeven zaak voor zichzelf te mogen behouden (de zogeheten *impetratio domini*)⁹ omdat hij hiervoor geen koper kan vinden en dus niet tot executoriale verkoop kan overgaan. Maar beschikt B eigenlijk nog wel over een zekerheidsrecht? Het probleem ligt in het feit dat er een vermenging heeft plaatsgevonden van B's vordering met de daartegenoverstaande schuld. Erfgenaam B is immers, door de aanvaarding van de nalatenschap, onder algemene titel opgevolgd in het gehele vermogen – de rechten én de plichten – van erflater A. Hierdoor is B ten aanzien van de verbintenis uit geldlening zowel schuldeiser als schuldenaar geworden. Het spreekt

4 De nu volgende behandeling van D. 36,1,61(59) pr. is een bewerking van paragraaf 5.4.2 van mijn dissertatie (p. 195 e.v.). De tekst is daarnaast tamelijk recent nog besproken door P. Kiess, *Die confusio im klassischen römischen Recht*, Berlin: Duncker & Humblot 1995, p. 164 e.v. De vertaling van de in dit artikel gebruikte Digestenteksten is – tenzij anders aangegeven – die van J.E. Spruit e.a. (red.), *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling*, Zutphen: Walburg Pers, 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers 1993-2001.

5 *Debitor sub pignore creditorem heredem instituit eumque rogavit restituere hereditatem filiae suae, id est testatoris: cum nollet adire ut suspectam, coactus iussu praetoris adit et restituit: cum emptorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi iure domini id possidere.*

6 De Romeinen maakten nauwelijks onderscheid tussen de rechten van pand en hypotheek. Wel werd de term 'pand' (*pignus*) vaak gebruikt voor het zekerheidsrecht waarbij de tot zekerheid strekkende zaak in de macht werd gebracht van de zekerheidsnemer (vergelijk ons recht van vuistpand) en werd het bezitloze zekerheidsrecht vaak aangeduid met 'hypotheek' (*hypotheca*). Het woord *pignus* werd echter ook wel gebruikt als overkoepelende term voor het vuistpandrecht en het bezitloze zekerheidsrecht samen. Zie Kaser, *RP I*, § 110, p. 463. Anders dan naar huidige Nederlands recht bepaalde dus niet het *voorwerp* van het zekerheidsrecht of er een pandrecht dan wel een recht van hypo-

theek tot stand kwam. Art. 3:227 lid 1 BW schrijft voor dat men op een registergoed een recht van hypotheek vestigt en op andere goederen een recht van pand.

7 Zie over het *fideicommissum hereditatis (universitatis)*: Kaser, *RP I*, § 190. Oorspronkelijk was het *fideicommissum* ingesteld met het oog op degenen die niet bekwaam waren om te erven of iets uit een testament te ontvangen omdat zij geen Romeins burger waren. Zie Gaius (Instituten) 2,285. Zie over de (latere) toepassingen van het *fideicommissum*: Kaser, *RP I*, § 189 en 190; J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*, Leiden: E.J. Brill 1948, p. 552 en 553; Lokin 2003 E 14 en 15. Aanvankelijk was een fidei-commis niet afdwingbaar; de uitvoering ervan werd overgelaten aan het fatsoen van de erfgenaam (*fidei committere*). Vergelijk Inst. 2,23,2. Spoedig echter kon de begunstigde derde de uitvoering van het fidei-commis gerechtelijk afdwingen bij de zogeheten *praetor fideicommissarius*. Vergelijk Inst. 2,23,1. Zie voorts Kaser, *RP I*, § 189, p. 757 en 758.

8 *Gedwongen aanvaarding en afgifte* waren mogelijk op grond van het *senatusconsultum Pegasianum*. Zie Gaius (Instituten) 2,258. Dit senaatsbesluit moet gezien worden in samenhang met het hierna te bespreken *senatusconsultum Trebellianum*. Zie voor één en ander: Kaser, *RP I*, § 190, p. 762 en 763; Van Oven 1948, p. 550 e.v. Justinianus heeft de beide *senatusconsulta* samengevoegd tot één regeling: Inst. 2,23,7.

9 Vergelijk C.J. 8,33(34),1; Kaser, *RP I*, § 111, p. 471.

vanzelf dat de verbintenis dan niet kan voortbestaan: een verbintenis veronderstelt immers dat schuldeiser en schuldenaar twee verschillende personen zijn. Komen beide hoedanigheden in één hand, dan gaat zij teniet.¹⁰ Het feit dat de nalatenschap in de onderhavige zaak vervolgens weer is doorgegeven aan een ander, C, leidt in beginsel niet tot een andere conclusie; de (tijdelijke) samensmelting van de beide vermogens is onomkeerbaar. Nu vloeit uit de accessoriëteit van het zekerheidsrecht voort dat wanneer de verzekerde vordering tenietgaat door vermenging, ook het pand- of hypotheekrecht vervalt; zonder verzekerde vordering kan het zekerheidsrecht niet voortbestaan.¹¹ Paulus beseft waar de schoen wringt:

Ik heb geantwoord: zeker is door de aanvaarding van de nalatenschap de verbintenis als gevolg van vermenging tenietgegaan. Maar wij moeten bezien of niet ook het pand gelost is doordat de [...] verbintenis opgeheven is. Laten wij bekijken wat dit voor uitwerking heeft op het pand, zowel wanneer de schuldeiser/eiser – tevens erfgenaam – de zaak in zijn bezit heeft als wanneer hij deze niet in zijn bezit heeft.¹²

Terecht stelt Paulus voorop dat – door de aanvaarding van de nalatenschap – de hoofdverbintenis teniet is gegaan als gevolg van vermenging. Nogmaals: het antwoord op de vraag wat er dan gebeurt met het afhankelijke zekerheidsrecht, lijkt simpel: gaat de hoofdverbintenis teniet, dan zal ook het zekerheidsrecht teniet moeten gaan. Dit alles in het licht van de gedachte dat een afhankelijk recht geen zelfstandig bestaansrecht heeft. Toch komt Paulus tot een andere conclusie. Dit blijkt uit zijn bespreking van de rechtspositie van erfgenaam B. Paulus behandelt twee mogelijke situaties. Allereerst vestigt hij de aandacht op het geval waarin B de in zekerheid gegeven zaak in zijn macht heeft; daarna bespreekt hij het geval waarin de zaak zich bij C bevindt. Hoe de feiten op dit punt hebben gelegen, was hem kennelijk niet bekend. In beide situaties blijkt C het onderspit te delven; B heeft zijn zekerheidsrecht – ondanks het in één hand komen van schuld en vordering – behouden:

Welnu, als hij (*de erfgenaam*) haar in bezit heeft, kan hij door de verwachter (*in casu: A's dochter*) met geen enkele actie worden aangesproken: niet met de pandactie (*de actio pignoratitia directa*), [...] en evenmin kan hij (*de verwachter*) op juiste wijze het fidei-commis op Eisen met als argument dat de bezwaarde minder zou hebben afgegeven [dan waartoe hij gehouden was]; dit zou wel het geval geweest zijn, indien er geen inpandgeving had plaatsgevonden; de gedaagde heeft namelijk het bezit van de zaak in zijn hoedanigheid van schuldeiser. Maar als het de verwachter is die de zaak onder zich heeft, zal ook in dat geval de Serviaanse actie van toepassing zijn; het is immers juist dat de [door het pand gedekte] geldschuld niet betaald is, (...). Uit hoofde van het pandrecht komt derhalve [aan de schuldeiser] niet slechts de bevoegdheid tot retentie toe, maar ook een zakelijke actie.¹³ (g cursiveerde tekst toegevoegd)

Paulus stelt allereerst buiten twijfel dat C geen enkele actie heeft waarmee zij de tot zekerheid strekkende zaak kan opeisen van B, mocht deze de zaak destijds van A in *vuistpand* hebben gekregen. Zij heeft hiertoe niet de beschikking over de persoonlijke *actio pignoratitia directa*, dat wil zeggen: de actie uit de pandovereenkomst waarmee een pandgever – nadat hij de schuld heeft betaald, of wanneer de schuld anderszins is tenietgegaan – door de hem in vuistpand gegeven zaak kan teruggeisen van de pandhouder.¹⁴ Evenmin komt haar een actie ‘ter opeising van het fidei-commis’ toe.¹⁵ De laatste actie had zij wél gehad wanneer de bewuste zaak niet in pand was gegeven, zo vermeldt Paulus nadrukkelijk. De gedachte hierachter is dat de zaak in dat geval een *onbelaste* zaak was geweest; B was dan zonder meer verplicht geweest om haar conform de wens van erflater A, neergelegd in het fidei-commis, aan diens dochter C af te geven. Nu C in de onderhavige casus op geen enkele manier afgifte kan vorderen van de in vuistpand gegeven zaak, kan de conclusie worden getrokken dat B de verpande zaak mag achterhouden: hij beschikt ten opzichte van C over een terughoudingsbevoegdheid; het einde van het hierboven weergegeven fragment spreekt over een ‘bevoegdheid tot retentie’ (*retentio*).

Stel nu dat B de zaak niet onder zich heeft, omdat deze hem destijds in *bezitloze* zekerheid was ge-

10 Vergelijk D. 34,3,21,1; D. 21,2,41,2 en D. 46,1,50. Zie over de hier bedoelde *confusio*: Kaser, *RP I*, § 150, p. 643. Zie voor het moderne recht art. 6:161 lid 1 BW (waarop ik hieronder nog terugkom) en Asser/Hartkamp 2004 (4-1), no. 634 e.v. Overigens verwarre men de vermenging van de hoedanigheden van schuldeiser en schuldenaar als wijze van tenietgaan van een verbintenis niet met de vermenging van eigendom en beperkt recht; hierdoor gaat het beperkte recht teniet; zie art. 3:81 lid 2 sub e BW. Evenmin wordt hier bedoeld op de vermenging als originele wijze van eigendomsverwerving van roerende zaken; zie art. 5:15 BW.

11 Ter vergelijking: ook *borgen* worden in een dergelijke situatie bevrijd. Zie bijvoorbeeld D. 46,1,21,3 en D. 46,1,38,1.

12 *respondi: aditione quidem hereditatis confusa obligatio est: videamus autem, ne et pignus liberatum sit sublata [...] obligatione. atquin sive possidet creditor actor idemque heres rem sive non possidet, videamus de effectu rei.*

13 *et si possidet, nulla actione a fideicommissario conveniri potest, neque pignoratitia, [...] neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur: quod eveniet, si nullum pignus intercessisset: possidet enim eam rem quasi creditor. sed et si fideicommissarius rem teneat, et hic Serviana actio tenebit: verum est enim non esse solutam pecuniam, [...]. igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit. ...*

14 Zie over deze actie: Kaser, *RP I*, § 127; Lokin 2003, V 44.

15 Zie over dit rechtsmiddel: Kaser, *RP I*, § 189, p. 759.

geven door A. De zaak zal zich in dat geval bij C bevinden. De zaak maakte immers in feitelijke zin onderdeel uit van de nalatenschapsboedel en deze was – onder dwang van de *praetor* – reeds aan C afgegeven. Kan B de bewuste zaak nu van C opeisen? Het antwoord luidt bevestigend: Paulus geeft hem de *actio Serviana*. Dit is de goederenrechtelijke actie waarmee een pand- of hypotheekhouder van een ieder de hem tot zekerheid strekkende zaak kan opeisen, doorgaans ter executie.¹⁶ B kan dus, als bezitloze zekerheidsnemer, met de Serviaanse actie tegen C procederen en afgifte van de tot zekerheid strekkende zaak vorderen. Als rechtvaardiging voor deze mogelijkheid voert de jurist aan ‘dat het geld niet betaald is’ (*non esse solutam pecuniam*). Inderdaad leidt een *betaling* van de verzekerde vordering naar Romeins recht onomstotelijk tot het tenietgaan van het afhankelijke zekerheidsrecht;¹⁷ kennelijk geldt dit niet zonder meer voor de situatie waarin de verzekerde vordering door *vermenging* tenietgaat.

Aanleiding voor de onderhavige procedure was, zoals reeds opgemerkt, dat B de zaak voor zichzelf wilde behouden, omdat hij – bij gebrek aan potentiële kopers – geen mogelijkheid zag om haar te gelde te maken. Uit de uiteenzetting van Paulus volgt nu dat B’s verzoek kan worden ingewilligd. B’s zekerheidsrecht is namelijk in stand gebleven (als vuistpand dan wel als bezitloos zekerheidsrecht).¹⁸ Deze uitkomst is zonder meer gunstig voor erfgenaam B; ook komt zij in zekere zin tegemoet aan een gevoel van rechtvaardigheid (waarover hieronder meer). Toch ontstaat er een probleem van dogmatische aard: hoe kan een zekerheidsrecht in stand blijven, als de vordering tot zekerheid waarvan het was gevestigd, (door vermenging) is tenietgegaan? Is dit niet in strijd met het afhankelijke karakter van het zekerheidsrecht? De jurist Paulus heeft zich in het vervolg van de tekst bewust getoond van dit accessoriëitsprobleem.

Hij zoekt de oplossing in een nuancering op de – ook in de Digestentekst vooropgestelde – hoofdregel dat een vermenging van de hoedanigheden van schuldeiser en schuldenaar de verbintenis teniet doet gaan:

[...] en als het geld betaald is, kan dit niet [als onverschuldigd betaald] worden teruggevorderd. Vanwege het pand blijft bijgevolg een natuurlijke verbintenis bestaan.¹⁹

De verbintenis wordt dus ondanks de vermenging in stand gelaten, zij het als *natuurlijke* verbintenis. Daarbij moet worden bedacht dat ook een natuurlijke verbintenis een volwaardige verbintenis is: zij belichaamt een heuse rechtsbetrekking tussen twee rechtssubjecten, waarbij de één, de schuldenaar, een verplichting heeft ten opzichte van de ander, de schuldeiser. Het belangrijkste verschil met een ‘gewone’, civiele verbintenis is, dat de natuurlijke verbintenis geen afdwingbaar karakter heeft: de schuldeiser kan zijn vorderingsrecht dus niet met een rechtsoverdracht afdwingen.²⁰ Wanneer de schuldenaar echter vrijwillig betaalt, geldt deze betaling niet als onverschuldigd: zij heeft wel degelijk een rechtsgrond. Dit brengt mee dat de betaald hebbende schuldenaar geen actie uit onverschuldigde betaling heeft om zijn betaling terug te vorderen. Toch kan niet worden ontkend dat de natuurlijke verbintenis die Paulus in D. 36,1,61(59) pr. construeert, een speciaal doel dient: zij strekt er hoofdzakelijk toe om het voortbestaan van het zekerheidsrecht op theoretische wijze te rechtvaardigen. Dit blijkt uit de door Paulus gebruikte formulering: ‘Vanwege het pand blijft bijgevolg een natuurlijke verbintenis bestaan’ (*remanet ergo propter pignus naturalis obligatio*).²¹ Aldus wordt het zekerheidsrecht van een voldoende basis voorzien om ook vanuit dogmatisch oogpunt in stand te kunnen blijven; het accessoriëitsprobleem is hiermee opgelost.²² Praktisch gezien, resulteert één

16 Zie over deze actie: Kaser, *RP I*, § 111, p. 472 en 473; Lokin 2003, Z 70.

17 Eén en ander hangt nauw samen met de *formula* van de goederenrechtelijke *actio Serviana*, die als vereiste stelt ‘dat het geld niet is betaald en dat de zaak geen genoegdoening heeft plaatsgevonden’ (*eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse*). Zie over deze *formula*: O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum, ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig 1927, p. 494 en 495.

18 Door de *impetratio dominii* zelf gaat het zekerheidsrecht op de zaak teniet. Zie D. 13,7,24 pr.

19 [...] *et solutum non repetitur. remanet ergo propter pignus naturalis obligatio*. Anders dan Spruit c.s. lijkt de vertaling ‘een natuurlijke verbintenis’ mij meer op haar plaats dan ‘de natuurlijke verbintenis’.

20 Zie voor het moderne recht art. 6:3 lid 1 BW. Zie over de *naturalis obligatio* naar Romeins recht: Kaser, *RP I*, § 113, p. 480 en 481; R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, p. 7-10.

21 Wel moet erop worden gewezen dat de formulering niet los kan worden gezien van het gegeven dat de vraag die aan de jurist

werd voorgelegd, betrekking had op de rechtstoestand ten aanzien van het *zekerheidsrecht* en niet op die ten aanzien van de *verbintenis*. Vergelijk ook P. Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni, corso di diritto romano, II: Garanzie reali*, Padova 1963, p. 109; E. Carrelli, *Sulla accessorietà del pegno nel diritto romano*, Napoli 1980 (oorspronkelijke uitgave: Roma 1934), p. 45 en 46.

22 Een pand- of hypotheekrecht tot zekerheid van een natuurlijke verbintenis was in het Romeinse recht geen enkel probleem. Vergelijk D. 20,1,5 pr; D. 20,1,14,1 en CJ. 8,30(31),2. Ondanks het niet-afdwingbare karakter van de hoofdvverbintenis kon de zekerheidsnemer zijn vordering verhalen op het zekerheidsobject. In gelijke zin: H. Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, I, Leipzig 1860 (fotomechanische herdruk verschenen in 2001 (Goldbach)), § 72, p. 537; P. Petzall, *Die Abweichungen von der accessorischen Natur des Pfandrechts nach römischem Rechte* (diss. Göttingen), Berlin 1895, p. 23. Zie ook B. Windscheid/Th. Kipp (Bearb.), *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Frankfurt am Main 1906, § 225, p. 1132.

en ander erin dat B niet meer beschikt over de persoonlijke actie uit de overeenkomst van geldlening waarmee hij terugbetaling van de geldlening (van C) kan vorderen. Wél heeft hij de mogelijkheid behouden om zijn vordering te verhalen op de tot zekerheid strekkende zaak (dan wel deze – zoals *in casu* – via een *impetratio dominii* voor zichzelf te behouden). C kan een succesvol beroep van B op diens zekerheidsrecht verhinderen door de schuld uit de natuurlijke verbintenis *vrijwillig* te voldoen. Een vrijwillige betaling kan – zoals de tekst terecht opmerkt – niet met een actie uit onverschuldigde betaling worden teruggevorderd. Zij zal ertoe leiden dat het zekerheidsobject wordt gelost; het zekerheidsrecht gaat teniet als gevolg van een betaling van de verzekerde vordering (*olutio*).

Tot slot: Paulus stelt in de laatste zin van het Digestenfragment (voorzover hier relevant) een andere gang van zaken voor die hij – ware hij in een eerder stadium over deze zaak geraadpleegd – zeker zou hebben geadviseerd:

Zolang er nog niets is gebeurd, zou naar mijn mening de erfgenaam niet gedwongen mogen worden om te aanvaarden, tenzij hem vooraf met het oog op schadeloosstelling garantie geboden zou worden of het geld betaald zou zijn. [...] ²³

Paulus is van mening dat erfgenaam B niet door de *praetor* gedwongen had mogen worden om de nalatenschap te aanvaarden zolang C niet de onderhavige schuld aan hem had betaald, dan wel hem met het oog hierop een garantie had gegeven. Inderdaad zou het probleem dat in de Digestentekst wordt behandeld, in deze door Paulus voorgestelde gang van zaken zich óf in het geheel niet hebben voorgedaan, dan wel van veel minder grote betekenis zijn geweest. Zo had een vermenging van de hoedanigheden van schuldeiser en schuldenaar in het geheel niet plaatsgevonden wanneer C de schuld betaald had vóórdát de vermogens van erflater A en erfgenaam B waren samengesmolten. ²⁴ In dat geval was het antwoord op de vraag wat de stand van zaken was geweest met betrekking tot het zekerheidsrecht na de aanvaarding van de nalatenschap door B en de afgifte daarvan aan C, eenvoudig geweest. Het zekerheidsrecht was dan im-

mers reeds vóór de aanvaarding tenietgegaan als gevolg van een betaling van de verzekerde vordering. Had C in het andere geval vóór B's aanvaarding van de nalatenschap een *garantie* afgegeven, dan had dit weliswaar niet de genoemde vermenging verhinderd, maar dan was in ieder geval de rechtspositie van B – vanwege de garantie – veiliggesteld.

ACHTERGRONDEN

De vraag rijst wat Paulus ertoe heeft gebracht om schuldeiser/erfgenaam B in bescherming te nemen door diens zekerheidsrecht in stand te laten. Waarom wijkt hij af van de hoofdregel dat een vermenging van de hoedanigheden van schuldeiser en schuldenaar het (volledige) tenietgaan bewerkstelligt van de verbintenis en het tot zekerheid daarvan gevestigde pand- of hypotheekrecht? ²⁵ Hiervoor kunnen twee redenen worden aangevoerd. De eerste houdt verband met de concrete omstandigheden van het geval. Men bedenke namelijk dat schuldeiser B *buiten zijn invloed* tot erfgenaam van zijn schuldenaar is gemaakt en vervolgens door de *praetor* is *gedwongen* tot aanvaarding van de nalatenschap en onmiddellijke ²⁶ afgifte daarvan aan A's dochter C. Het spreekt vanzelf dat B op ongegronde wijze zou worden benadeeld wanneer hij door deze gang van zaken, waarop hij geen enkele invloed heeft kunnen uitoefenen, zijn zekerheidsrecht samen met de verzekerde vordering zou verliezen. ²⁷ Bovendien: stel dat men de schuldeiser in het geval van D. 36,1,61(59), pr. niet zou beschermen, hoe gemakkelijk zou het dan worden voor een schuldenaar om – in het belang van degene die uiteindelijk de nalatenschap in handen krijgt – een tot zekerheid van de schuld gevestigd pand- of hypotheekrecht samen met de verbintenis teniet te laten gaan. Hiertoe behoeft de schuldenaar enkel zijn schuldeiser tot erfgenaam te benoemen en deze vervolgens via een fidei-commis te verzoeken de nalatenschap uit te keren aan degene aan wie de schuldenaar de nalatenschap daadwerkelijk wil doen toekomen. Indien men op deze situatie de rechtsfiguur van de vermenging onverkort zou toe-

23 *in re autem integra non putarem compellendum adire, nisi prius de indemnitate esset ei cautum vel soluta pecunia esset: [...]*

24 C voldoet de schuld in dat geval als *derde*. Overigens lijkt het mij dat B ten behoeve van deze betaling door C geen gebruik kan maken van zijn zekerheidsrecht. Het feit dat B niet door de *praetor* gedwongen wordt om de nalatenschap te aanvaarden vóórdát C betaald heeft (dan wel een garantie gegeven heeft), zal voldoende druk op C hebben gelegd om de schuld inderdaad te voldoen (dan wel de garantie te geven).

25 Voor de volledigheid wordt erop gewezen dat in D. 36,1,61(59) pr. tevens wordt afgeweken van de regel dat een zekerheidsrecht tenietgaat wanneer de hoedanigheden van *zekerheidsnemer* en

eigenaar van de tot zekerheid strekkende zaak in één hand komen. Vergelijk daarover ook: Carrelli, *Accessorietà*, p. 46 en 47; Petzall, *Abweichungen*, p. 29.

26 Aan een *fideicommissum* kon een opschortende tijdsbepaling of voorwaarde worden verbonden. Zie Inst. 2,23,2 *in fine*. Uit de onderhavige tekst blijkt niet dat van deze mogelijkheid gebruik is gemaakt.

27 Vergelijk in die zin ook Petzall, *Abweichungen*, p. 29. Ook Dernburg kent beslissende betekenis toe aan de omstandigheid dat de erfgenaam in D. 36,1,61(59) pr. de nalatenschap onder dwang heeft aanvaard (*Pfandrecht II* (1864), § 173, p. 591 en 592; zie ook § 171, p. 569).

passen, dreigt misbruik van het fidei-commis.²⁸ De verwachter verkrijgt de nalatenschap dan immers zónder de bewuste schuld en zónder het – op één van de goederen uit de nalatenschap rustende – zekerheidsrecht.

Het voortbestaan van het zekerheidsrecht in D. 36,1,61(59) pr. moet daarnaast tegen een andere, algemenere achtergrond bezien worden. Gedoeld wordt op het feit dat het fidei-commis zich in de loop der tijden heeft ontwikkeld tot een figuur waarbij degene die op grond van het fidei-commis gerechtigd was tot de nalatenschap (de *fideicommissarius*), beschouwd werd – niet meer zozeer als opvolger onder *bijzondere* titel van de erfgenaam (de *fiduciarius*) – maar als opvolger onder *algemene* titel van de *erflater*. Deze ontwikkeling is een gevolg van het feit dat niet alle afzonderlijke bestanddelen van het vermogen van de erflater vatbaar waren voor een overdracht door de erfgenaam aan de *fideicommissarius*.²⁹ Het Romeinse recht kende immers slechts de mogelijkheid tot overdracht van absolute rechten. Vorderingsrechten daarentegen konden niet in goederenrechtelijke zin worden overgedragen³⁰, laat staan de tot een vermogen behorende schulden. De erfgenaam was dus enerzijds wel in staat om de *zaken* uit de nalatenschap aan de *fideicommissarius* over te dragen, maar kon anderzijds niet bewerkstelligen dat de *vordering* en *schulden* op de *fideicommissarius* zouden overgaan; de hoedanigheden van schuldeiser en schuldenaar zouden bij de erfgenaam zelf blijven. Voor dit probleem heeft het Romeinse recht een oplossing gevonden. De wijze waarop het daarin de rechtspositie van de *fideicommissarius* ten aanzien van de (bestanddelen van de) nalatenschap heeft geregeld, doet sterk denken aan een opvolging onder algemene titel. De belangrijkste regeling dienaangaande is neergelegd in een senaatsbesluit uit de tijd van keizer Nero. Het dateert uit het jaar 56 of 57 van onze jaartelling en draagt de naam *senatusconsultum Trebellianum*.³¹ Volgens dit senaatsbesluit had een uitkering van de nalatenschap door de *fiduciarius* aan de *fideicommissarius* (men leze: een overdracht van de zich daarin bevindende zaken) *directe* gevolgen voor de tot de na-

latenschap behorende vorderingen en schulden. Zo gold ten aanzien van de vorderingen de regel dat de *fideicommissarius* vanaf het moment van de uitkering over analoge acties beschikte, waarmee hij rechtstreeks de schuldenaren van de nalatenschap kon aanspreken; ten aanzien van de schulden hield de regeling in dat de *fideicommissarius* rechtstreeks door de schuldeisers van de nalatenschap aansprakelijk kon worden gesteld, eveneens op grond van analoge acties. De *formulae* van deze analoge acties (*actiones utiles*) bevatten de fictie 'als ware hij (de *fideicommissarius*) erfgenaam' (*acsi heres esset*). Van zijn kant was de *fiduciarius*, de erfgenaam naar *ius civile*, vanaf het moment dat hij de nalatenschap aan de *fideicommissarius* had uitgekeerd, niet meer gerechtigd om de vorderingsrechten uit de nalatenschap (met behulp van zijn acties naar *ius civile*) geldend te maken. Evenmin kon hij nog aansprakelijk worden gesteld voor de schulden van de nalatenschap.³² Wanneer men bedenkt dat het Romeinse recht uiteindelijk heeft toegestaan dat afgifte van de zaken uit de nalatenschap *vormloos* kon plaatsvinden, dat wil zeggen zonder dat zij daadwerkelijk aan de *fideicommissarius* werden overhandigd,³³ is de conclusie gerechtvaardigd dat het fidei-commis praktisch dezelfde rechtsgevolgen had als de erfstelling.³⁴ Het fidei-commis bewerkstelligde dus *de facto* een opvolging onder algemene titel.³⁵ Door de casus van D. 36,1,61(59) pr. mede tegen de geschetste achtergrond te bezien, wordt inzichtelijk waarom het zekerheidsrecht van schuldeiser B in stand blijft. Nadat B de nalatenschap aan C heeft uitgekeerd, al dan niet door de zich daarin bevindende zaken reeds *feitelijk* aan haar te overhandigen, is de situatie immers aldus dat *de facto* niet *fiduciarius* B als erfgenaam heeft te gelden maar *fideicommissaria* C. Om die reden kan de vermenging van de hoedanigheden van schuldeiser en schuldenaar, die heeft plaatsgevonden als gevolg van een tussentijdse en tijdelijke samensmelting van de vermogens van schuldeiser B en schuldenaar A, buiten beschouwing blijven. Dit leidt – toegespitst op de vraag die in de Digestentekst centraal staat – tot de conclusie dat B zijn zekerheidsrecht heeft behouden.

28 Zo kwalificeert Carrelli het gedrag van de schuldenaar in D. 36,1,61(59) pr. als 'bedrog' ('inganno') en bestempelt het als 'frauduleus' ('il contegno fraudolento del debitore') (*Accessoria*, p. 36 respectievelijk p. 45).

29 In gelijke zin: Kaser, *RP I*, § 190, p. 761; Van Oven, *Romeinsch Privaatrecht*, p. 550 e.v.

30 Zie over de Romeinse, van oorsprong verbintenisrechtelijke cessie onder anderen: Kaser, *RP I*, § 54, p. 222-223 en § 153, p. 652-654; Zwalve, *Europees Privaatrecht*, p. 393 e.v.; Lokin 2003, Z 4 en V 58; F.H. Grosskopf, *Die geschiedenis van die sessie van vorderingsrechten* (diss. Leiden), Leiden 1960, p. 1-21; J. Wiarda, *Cessie of overdracht van schuldvorderingen op naam naar Nederlandsch burgerlijk recht* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle 1937, p. 2-24.

31 Zie voor de tekst van dit senaatsbesluit: D. 36,1,1,2. Zie voorts Inst. 2,23,4; Gaius 2,253. Zie over het *senatusconsultum Trebellianum*: Kaser, *RP I*, § 190, p. 762; Van Oven 1948, p. 551 e.v.; Lokin 2003, E 14.

32 In beide gevallen werd het resultaat bereikt door middel van het verweer van onbehoorlijkheid (*exceptio doli*). Vergelijk D. 36,1,1,4. De regeling van het *senatusconsultum Trebellianum* is van invloed geweest op de ontwikkeling van het cessiemandaat. Zie Lokin 2003, E 14.

33 Zie D. 36,1,38(37) pr.

34 Vergelijk in die zin ook Gaius 2,251.

35 Zie in gelijke zin: Van Oven, *Romeinsch Privaatrecht*, p. 553; Kaser, *RP I*, § 190, p. 761; D. Daube, 'Sale of Inheritance and Merger of Rights', *SZ* 74 (1957), p. 294.

Nu moet worden toegegeven dat tegen het bovenstaande kan worden ingebracht dat D. 36,1,61(59) pr. op geen enkele wijze naar de regeling van het Trebelliaanse senaatsbesluit verwijst. De Digestentekst hanteert daarentegen een geheel *eigen* constructie. Het feit dat er niet wordt aangesloten bij de Trebelliaanse regeling is op het eerste gezicht inderdaad vreemd omdat op die manier het resultaat van D. 36,1,61(59) pr., te weten het voortbestaan van het zekerheidsrecht, op veel eenvoudiger wijze bereikt had kunnen worden. Men bedenke echter dat het inzicht, inhoudende dat de regeling van het Trebelliaanse senaatsbesluit in feite meebracht dat het in één hand komen van schuld en vordering bij de erfgenaam *in het geheel niet plaatsvond*, slechts langzaam haar intrede deed en pas in het na-klassieke (maar vóór-Justiniaanse) recht algemeen geaccepteerd werd.³⁶ D. 36,1,61(59) pr. steunt, met andere woorden, nog op een betoog dat als voorloper van de op het Trebelliaanse senaatsbesluit gebaseerde oplossing moet worden beschouwd.³⁷ De reden dat men ook in latere tijden de tekst van D. 36,1,61(59) pr. niet heeft veranderd door daarin expliciet te verwijzen naar de Trebelliaanse regeling, is waarschijnlijk geweest dat de praktische uitkomst ten aanzien van het zekerheidsrecht daardoor niet zou zijn veranderd.³⁸

MODERN RECHT

Voor Paulus was het zonneklaar dat het beroep van de schuldeiser uit de casus van D. 36,1,61(59) pr. op diens zekerheidsrecht, ondanks de vermenging van schuld en vordering, gehonoreerd moest worden; het zou bijzonder onrechtvaardig zijn wanneer hem die mogelijkheid – door hetgeen zich aan feitelijke omstandigheden had voorgedaan – ontnomen zou worden. Enerzijds vastbesloten om het zekerheidsrecht van de schuldeiser in stand te houden en anderzijds zich bewust van de accessorieïteitsgedachte, inhoudende dat een zekerheidsrecht niet kan voortbestaan zonder de vordering tot ze-

kerheid waarvan het was gevestigd, kwam Paulus tot zijn oplossing: het zekerheidsrecht strekte na de vermenging tot zekerheid van een tot een *natuurlijke* verbintenis geworden vordering uit geldlening.

Wanneer men zich enigszins distantieert van de (krampachtige) wens van de jurist om het voortbestaan van het zekerheidsrecht op dogmatisch zuivere wijze in te kleden, wordt duidelijk waar het in D. 36,1,61(59) pr. in werkelijkheid om draait. De tekst is namelijk een illustratie van het algemene gegeven dat een vermenging van de hoedanigheden van schuldeiser en schuldenaar het tenietgaan van een *verbintenis* – ongeacht of daaraan zekerheidsrechten zijn verbonden – niet altijd rechtvaardigt. Het is deze gedachte die men terugvindt in het huidige Burgerlijk Wetboek in artikel 6:161 lid 2. In plaats van het voortbestaan van het *zekerheidsrecht*, zoals in D. 36,1,61(59) pr., wordt in dat artikel lid het voortbestaan van de *verbintenis* als uitgangspunt genomen. Artikel 6:161 lid 1 en lid 2 luiden als volgt:

Artikel 161

- 1. Een verbintenis gaat teniet door vermenging, wanneer door overgang van de vordering of de schuld de hoedanigheid van schuldeiser en die van schuldenaar zich in één persoon verenigen.
- 2. Het vorige lid is niet van toepassing:
 - a. zolang de vordering en de schuld in van elkaar gescheiden vermogens vallen;
 - b. in geval van overdracht overeenkomstig artikel 93 van Boek 3 van een vordering aan toonder of order;
 - c. indien de voormelde vereniging van hoedanigheden het gevolg is van een rechtshandeling onder ontbindende voorwaarde, zolang niet vaststaat dat de voorwaarde niet meer in vervulling kan gaan.

De parlementaire geschiedenis vermeldt ter zake van de uitzonderingen op de in het eerste lid geformuleerde hoofdregel dat

[...] deze bepaling de uitdrukking is van de gedachte dat men in geval van vermenging niet automatisch tot het tenietgaan van de verbintenis met alle daaraan normaal verbonden gevolgen mag concluderen, doch men zich

³⁶ Zie daarover Daube, *Sale of Inheritance*, p. 291-315. De auteur besteedt ruim aandacht aan de wijzen waarop – binnen de problematiek van het *fideicommissum hereditatis* – de gevolgen van een vermenging onder klassiek, na-klassiek en Justiniaans recht ongedaan konden worden gemaakt, aanvankelijk via praetorische ingrepen. De alternatieve oplossing die Paulus in de laatste zin van D. 36,1,61(59) pr. (voor zover hierboven weergegeven) aandraagt, refereert aan deze vrijheid van de *praetor fideicommissarius*. Zie over deze problematiek ook: Kiess, *Confusio*, p. 154 e.v. Volgens hem vond de vermenging – ook vanaf het Trebelliaanse senaatsbesluit – wel degelijk met vernietigende werking plaats, maar konden de gevolgen daarvan met behulp van de *actio fideicommissaria* worden ‘opgeheven’.

³⁷ Zie in dat kader de bespreking van D. 36,1,61(59) pr. door Daube (*Sale of Inheritance*, p. 295 e.v.).

³⁸ Aldus Daube, *Sale of Inheritance*, p. (293 en) 298. Onder expliciete verwijzing naar het Trebelliaanse senaatsbesluit wordt in D. 36,1,28(27),11 een (onverzekerde) verbintenis wel in stand gelaten in het – ten opzichte van D. 36,1,61(59) pr. spiegelbeeldige – geval, waarin het (tijdelijk) in één hand komen van een heersend en een dienend erf als gevolg van een erfopvolging – een geheel ander geval van vermenging – door de werking van het Trebelliaanse senaatsbesluit niet leidt tot het tenietgaan van de erfdienstbaarheid. Zie over beide teksten: Kaser, *RP I*, § 190, p. 762 (voetnoot 14); Van Oven, *Romeinsch Privaatrecht*, p. 551 (voetnoot 90); Daube, *Sale of Inheritance*, p. 305 e.v. en 312 e.v.

steeds moet afvragen in hoeverre er reden is de vermenging invloed te laten uitoefenen op de rechtspositie van de verschillende bij de vordering betrokken partijen. [...]»³⁹

Hieronder zal bij wijze van illustratie één geval worden genoemd waarin een verbintenis ondanks een vermenging van de hoedanigheden van schuldeiser en schuldenaar niet tenietgaat omdat het onder één van de categorieën van lid 2 van artikel 6:161 BW valt, meer in het bijzonder onder de derde categorie (sub c).⁴⁰ Dit betekent dat de vermenging het gevolg is van een rechtshandeling onder ontbindende voorwaarde die – positief geformuleerd – nog in vervulling kan gaan; komt vast te staan dat de voorwaarde niet meer in vervulling kan gaan, dan gaat de verbintenis *alsnog* door vermenging teniet, zo kan worden afgeleid uit artikel 6:161 lid 2 sub c BW. Het beloofde voorbeeld dat onder deze derde categorie valt, is ... het fidei-commis! Volgens het nieuwe erfrecht wordt het fidei-commis namelijk als een making onder ontbindende voorwaarde geconstrueerd, gevolgd door een daarbij aansluitende making onder opschortende voorwaarde.⁴¹ Dit behoeft enige toelichting. Stel dat erflater A zijn nalatenschap aan erfgenaam B doet toekomen onder de (ontbindende) voorwaarde dat wanneer A's nichtje C meerderjarig wordt, zij de erfenis zal verkrijgen. B verkrijgt dan onder ontbindende voorwaarde en C onder opschortende voorwaarde. In beide gevallen is de voorwaarde het bereiken van de 18-jarige leeftijd door C. Tót dat moment is B de rechthebbende van de nalatenschap. Wordt C 18 jaar, dan eindigt het recht van B (zonder terugwerkende kracht⁴²) en gaat de erfenis op grond van het fidei-commis toebehoren aan C. Het door A gemaakte fidei-commis bewerkstelligt aldus twee, zich op-eenvolgende overgangen.⁴³ Stel nu dat erflater A een schuld had aan zijn erfgenaam B (de casus van D. 36,1,61(59) pr.), dan zal deze verbintenis bij de erfopvolging door B in beginsel niet door vermen-

ging tenietgaan. Dit gebeurt conform artikel 6:161 lid 2 sub c BW slechts dán, indien de erfenis niet meer aan C kan worden afgegeven, bijvoorbeeld omdat C vóór haar 18e verjaardag sterft; de ontbindende voorwaarde gaat dan definitief niet meer in vervulling.⁴⁴ Gaat de voorwaarde echter wél in vervulling en wordt de 18-jarige C de nieuwe gerechtigde tot de nalatenschap, dan kan B zijn (in stand gebleven) vordering innen bij C: hij kan haar aanspreken tot nakoming van de schuld.⁴⁵ Blijft C in gebreke, dan kan B gebruik maken van een eventueel pand- of hypotheekrecht dat door A was gevestigd; want ook dát recht is samen met het recht waarvan het afhankelijk is, de hoofdverbintenis, in stand gebleven.

TOT SLOT

Het is niet moeilijk om in de constructie van D. 36,1,61(59) pr. een voorloper te herkennen van de modernrechtelijke oplossing op de in die Digestentekst vervatte vermengingscasus (met als belangrijke tussenstap de regeling van Trebelliaanse senaatsbesluit). Het meest in het oog springende verschil tussen de oplossing van Paulus en die van het moderne recht is, dat Paulus het instandblijven van het *zekerheidsrecht* als uitgangspunt neemt en – vanuit accessoriëteitsoverwegingen – ten behoeve daarvan een natuurlijke verbintenis construeert. Het moderne recht stelt daarentegen in artikel 6:161 lid 2 BW het instandblijven van de *verbintenis* – als gewone, afdwingbare verbintenis – centraal, in welk geval ook eventuele afhankelijke zekerheidsrechten zonder problemen kunnen blijven voortbestaan. De accessoriëteitskwestie die in een ver verleden aan de genoemde wetsbepaling is voorafgegaan, blijft voor de moderne jurist die onbekend is met haar (Romeinsrechtelijke) achtergrond, verborgen. ☞

39 Parl. Gesch. Boek 6, p. 593. De passage heeft strikt genomen betrekking op het derde lid van art. 6:161 BW, dat gaat over de relatieve werking van de vermenging jegens eventuele *derden*. Gezien haar ruime formulering lijkt zij mij zonder meer óók van toepassing op het tweede lid. Vergelijk Asser/Hartkamp 2004 (4-1), no. 636.

40 Zie hiervoor – en voor meer voorbeelden – Asser/Hartkamp 2004 (4-1), no. 635.

41 Zie over de mogelijke toepassingen van het modernrechtelijke fidei-commis – in het bijzonder in relatie tot de zogeheten 'bestaansseis' van lid 1 van art. 4:56 BW – de leden 2-4 van datzelfde artikel. Zie ook M.J.A. van Mourik, *Nieuw erfrecht, Mon. Privaatrecht 1*, Deventer: Kluwer 2004, p. 95-97; Pitlo/Van der Burght/Ebben, *Erfrecht* (2004), p. 221 e.v., p. 343 en 344. Men duidt het fidei-commis doorgaans aan als 'making over de hand'. Vaak betreft de ontbindende (en opschortende) voor-

waarde het overlijden van de bezwaarde (erfgenaam) zelf.

42 Het in vervulling gaan van een voorwaarde gaat in het huidige recht nooit met terugwerkende kracht gepaard. Zie art. 3:38 lid 2 BW.

43 Zie Pitlo/Van der Burght/Ebben, *Erfrecht* (2004), p. 222.

44 Erfgenaam B zal dan in beginsel de erfenis zelf mogen houden.

45 Een bepaling als die van art. 6:161 lid 2 sub c BW was onder het oude recht niet nodig. De door vermenging tenietgegane verbintenis 'herleefde' namelijk wanneer de ontbindende voorwaarde in vervulling ging. Dit was een gevolg van het feit dat het in vervulling gaan van een voorwaarde onder het oude BW terugwerkende kracht had: achteraf gezien had de overgang – en dus ook de vermenging – nooit plaatsgevonden. Zie ook art. 189 Overgangswet NBW en de toelichting daarop (Parl. Gesch. Invoering boeken 3,5 en 6, Overgangsrecht, p. 165).