

Enkele opmerkingen over art. 6:6, lid 3 BW

Inleiding

Art. 6:6, lid 3 BW behoort niet tot de meest becommentarieerde bepalingen uit het nieuwe BW. De bepaling luidt als volgt:

Uit een overeenkomst van een schuldenaar met zijn schuldeiser kan voortvloeien dat, wanneer de schuld op twee of meer rechtsopvolgers overgaat, dezen voor ongelijke delen of hoofdelijk verbonden zullen zijn.

Achter deze, op het eerste gezicht, weinig opzienbarende bepaling gaat een fascinerende geschiedenis verscholen, die niet de aandacht heeft gekregen die zij verdient. Zo bevat, om slechts één voorbeeld te noemen, de – overigens voortreffelijke – monografie over hoofdelijkheid van W. van Boom geen enkele beschouwing over deze bepaling.¹ Het lijkt mij daarom geboden enige aandacht te besteden aan haar achtergronden. Ik zal, bij wijze van inleiding, eerst in het kort schetsen wat het probleem is dat de wetgever er mee heeft willen regelen.

Als een crediteur aan iemand een geldsom heeft geleend en de debiteur komt te overlijden met achterlating van méér dan één erfgenaam, dan vloeit – als er géén andere regeling bestaat – uit de hoofdregels van ons erfrecht (art. 4:182, lid 2 BW) voort dat deze (deelbare) schuld van rechtswege wordt gesplitst in twee schulden en wel, als er geen andere regeling is getroffen, voor gelijke delen. Deze splitsing van de schuld ten gevolge van de dood van de debiteur leidt tot bijzonder onbevredigende resultaten in het geval waarin iemand aan *twee* personen een geldsom heeft geleend, dusdanig dat de debiteuren *hoofdelijk* gehouden zijn tot terugbetaling. Als één van de hoofdelijke debiteuren komt te overlijden, volgt dan – als er geen andere regeling bestaat – uit de hoofdregels van ons erfrecht (art. 4:182, lid 2 BW) voort dat óók deze (deelbare) schuld van rechtswege wordt gesplitst in twee schulden en wel, als er geen andere regeling is getroffen, voor gelijke delen. Vanaf dat moment heeft de crediteur dus *drie* schuldenaren: zijn nog levende contractspartij voor het volle bedrag en de beide erfgenamen van zijn overleden contractspartij, ieder voor de helft daarvan. De bepaling van art. 6:6, lid 3 maakt het mogelijk deze splitsing van de hoofdelijke aansprakelijkheid tegen te gaan door bij overeenkomst te bepalen dat de erfgenamen van de hoofdelijke debiteuren óók hoofdelijk aansprakelijk zullen zijn. Een dergelijke afspraak stond in de oudere Duitse gemeenrechtelijke literatuur bekend als een ‘Solidarabrede’, een mooi begrip dat de kern van de zaak treffend weergeeft. Het gaat om een rechtsfiguur die, anders dan zoveel andere

¹ W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, Deventer 1999.

ZWALVE

in het continentale verbintenissenrecht, haar herkomst *niet* vindt in het Romeinse, of het gemene recht.

Het Romeinse en gemene recht

Nederlandse juristen realiseren zich te weinig hoe opmerkelijk, vanuit een rechtsvergelijkend perspectief, de Romeinsrechtelijke rechtsfiguur van opvolging onder algemene titel is: de Anglo-Amerikaanse ‘common law’ kent haar niet. Nog opmerkelijker is de *automatische* overgang van vermogensrechten zoals het Nederlandse recht die kent in het geval van erfopvolging. Aanvaarding is niet noodzakelijk: de erfgenaam of erfgenamen treden van rechtswege in de rechten en plichten van de overledene, net zoals ooit het geval was met de Romeinse *heres suus ac necessarius*. Daarbij wordt, als er meer dan één erfgenaam tot de nalatenschap wordt geroepen, nog steeds een onderscheid gemaakt tussen het lot van ’s erfslaters schulden enerzijds en anderzijds dat van zijn vermogensrechten. De laatste vallen in de gemeenschappelijke boedel; de eerste worden van rechtswege, naar rato van de erfporties, verdeeld over de erfgenamen (art. 4:182 BW *j^{is}* 6:15, lid 2 en 3:166 e.v. BW). Naar de herkomst van de laatste regel behoeft men niet lang te raden: zij komt rechtsreeks uit het Romeinse recht en wel uit de Wet van de XII Tafelen zelf.² Een erfslater had dus (bij testament) weliswaar de mogelijkheid om de aansprakelijkheid van zijn erfgenamen op ongelijke wijze te regelen door hun erfporties ongelijk te maken, maar hij kon zijn erfgenamen nimmer *hoofdelijk* aansprakelijk maken voor zijn schulden, net zo min als hij één hunner bij testament of bij overeenkomst met zijn schuldeiser exclusief aansprakelijk kon maken voor de *gehele* schuld. De laatste mogelijkheid wordt besproken (en verworpen) in

D. 45,1,56,1: “Beloof je dat jij en je erfgenaam Titius tien zullen geven?” De toevoeging van de persoon van Titius is overbodig; hij is immers ofwel alléén erfgenaam en dan is hij aansprakelijk voor het geheel, ofwel voor een deel en dan is hij op dezelfde wijze als zijn mede-erfgenamen aansprakelijk. En alhoewel er lijkt te zijn overeengekomen dat er van geen andere erfgenaam dan van Titius zal worden gevorderd, is de gemaakte afspraak toch ten aanzien van diens mede-erfgenamen nietig.³

De laatste zin van de boven geciteerde bepaling heeft als achtergrond dat men een beding

² Aldus keizer Gordianus in C. 3,36,6: ‘vorderingen komen niet in aanmerking voor boedelverdeling, omdat die op grond van de wet van de twaalf tafelen van rechtswege worden verdeeld naar rato van het erfdeel’ (Ea quae in nominibus sunt non recipiunt divisionem, cum ipso iure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sunt). Zie ook C. 8,31(32),1.

³ Iulianus, *libro quinquagesimo secundo Digestorum*: “Te et Titium heredem tuum decem daturum spondes?” Titii persona supervacua comprehensa est: sive enim solus heres exstiterit, in solidum tenebitur, sive pro parte, eodem modo, quo ceteri coheredes eius, obligabitur. et quamvis convenisse videatur, ne ab alio herede quam a Titio peteretur, tamen inutile pactum conventum coheredibus eius erit.

ARTIKEL 6:6, LID 3 BW

als hier gemaakt zou kunnen duiden als een *pactum de non petendo* ten gunste van de andere erfgenamen, waarop die zich bij exceptie zouden kunnen beroepen als zij voor hun aandeel in de schuld worden aangesproken. Die mogelijkheid wordt hun ontzegd: zij blijven, naast Titius, voor hun aandeel in de schuld aansprakelijk op basis van het beginsel dat de erfgenamen *van rechtswege*, naar rato van hun erfdeel, aansprakelijk zijn voor de schulden van de erflater. Het gegeven dat men een erfgenaam (of erfgenamen) niet kon belasten met een aansprakelijkheid die uitging bóven die welke voortvloeide uit de erfrechtelijke verdelingsregels heeft een uiterst obscure achtergrond die enige nadere toelichting behoeft.

Ons vermogensrecht is gevormd door het beeld dat de middeleeuwse Italiaanse glossatoren en commentatoren zich daarvan, op basis van Justinianus' Corpus Iuris, maakten. Aan het daarin neergelegde recht nu ligt een aantal, soms onuitgesproken, dogma's uit het oude klassieke Romeinse recht ten grondslag die in het moderne recht volstrekt vergeten zijn. Eén daarvan is het beginsel dat een contractuele aansprakelijkheid naar het vóór-Justiniaanse klassieke Romeinse recht nimmer kon ontstaan *vanaf* het tijdstip van de dood van degene die haar in het leven wilde roepen. Er kon, met andere woorden, niet worden beloofd dat een prestatie pas zou zijn verschuldigd *vanaf* het tijdstip van overlijden van de promissor, dat wil zeggen dat een verbintenis slechts bindend was voor de *erfgenaam* van de promissor:

Gaius 3,100: 'Bovendien is de navolgende stipulatie nietig, als iemand bedingt dat er op deze wijze eigendom wordt overgedragen: ... 'Belooft je dat er na je dood in eigendom wordt overgedragen?''⁴

Men kan slechts raden naar de achtergronden van dit beginsel dat elders door Gaius als volgt wordt verwoord: 'dat een verbintenis zijn aanvang niet kan vinden in de persoon van de erfgenaam'.⁵ Mijn Leidse ambtelijke overgrootvader, J.C. van Oven, opperde de mogelijkheid dat een verklaring zou kunnen zijn gelegen in de overtuiging dat een stipulatie slechts rechtsgevolgen in het leven vermag te roepen voor de personen die er bij zijn betrokken en niet ten aanzien van derden; op het tijdstip van het afleggen van een dergelijke stipulatie zijn de toekomstige erfgenamen immers nog derden.⁶ Wat hiervan ook zij, het beginsel wordt in de bewerking van Gaius' Instituten, die van Justinianus, weliswaar nog genoemd, maar het wordt met zoveel woorden terzijde geschoven⁷:

⁴ Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: (...) "post mortem tuam dari spondes?"

⁵ Gaius 3,158: (...) ab heredis persona obligationem incipere non posse.

⁶ J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht*, Leiden 1946, p. 216. Zie ook dezelfde in *Symbolae Taubenschlag I*, Breslau/Warschau 1957, p. 535 e.v.; zie voorts M. Kaser, *Das römische Privatrecht I*, München 1971, p. 492.

⁷ Inst. 3,19,13 *i.f.*: 'Maar omdat, zoals al is gezegd, stipulaties hun rechtskracht ontleen aan wilsovereenstemming, heeft het ons behaagd dat óók dit rechtsbeginsel correctie behoeft en wel dusdanig dat die stipulatie geldig is, ongeacht of zij nu is gesteld ná de dood, of de dag vóór de dood van de stipulator of de promissor' (sed cum, ut iam dictum est, ex consensu contrahentium stipulationes

ZWALVE

Justinianus had de oude regel al voordien in twee constituties (uit 528 en 531) afgeschaft.⁸ Sindsdien stond vast dat niets zich in beginsel meer verzette tegen het sluiten van een obligatoire overeenkomst waarvan de rechtsgevolgen niet drukten op de contracterende partijen zelf, maar óók, of zelfs uitsluitend, op een bepaalde categorie *derden*, te weten de erfgenamen van één van de contractspartijen. De vraag rijst nu waarom een overeenkomst, waarbij de erfgenamen van een hoofdelijke debiteur, in weerwil van de oude verdelingsregel, niet naar rato van hun erfportie, maar *hoofdelijk* aansprakelijk worden gesteld, desalniettemin als nietig zou moeten worden aangemerkt.

Voor de beantwoording van deze vraag moet men, uiteraard, te rade gaan bij de oude gemeenrechtelijke literatuur. Een korte behandeling daarvan is illustratief, al was het slechts om de enorme problemen te verduidelijken waarmee onze middeleeuwse voorgangers hadden te kampen teneinde van het in het Corpus Iuris overgeleverde Romeinse recht een consistent systeem te maken.

Sinds de glosse⁹ werd, ter beantwoording van onze vraag, bij D. 45,1,56,1 doorverwezen naar de navolgende tekst:

D. 45,1,137,8: 'Bovendien dient men te bedenken dat, als wij bedingen dat iets in eigendom wordt overgedragen, wij dat beding niet kunnen maken voor één van onze erfgenamen, maar dat het noodzakelijkerwijze voor allen wordt gemaakt'.¹⁰

De middeleeuwse juristen zagen zich, zoals zo vaak, óók hier geconfronteerd met een andere tekst waarin iets geheel anders leek te zijn bepaald dan in D. 45,1,137,8 (en D. 45,1,56,1), te weten

D. 2,14,33: 'Een grootvader had ten behoeve van zijn kleindochter, een kind van zijn zoon, een bruidschat beloofd en daarbij bedongen dat de bruidschat noch van hem noch van zijn zoon in rechte mocht worden opgeëist. Als nu de bruidschat wordt opgeëist van de mede-erfgenaam van de zoon, kan die zich niet bedienen van het aan het beding ontleende verweermiddel, maar de zoon kan dat natuurlijk wel. Het is immers toegestaan een erfgenaam te hulp te komen en er staat niets aan in de weg dat slechts één van de erfgenamen daarvan voordeel heeft, terwijl aan de anderen geen hulp wordt geboden'.¹¹

valent, placuit nobis etiam in hunc iuris articulum necessariam inducere emendationem, ut, sive post mortem sive pridie quam morietur stipulator sive promissor stipulatio concepta est, valeat stipulatio).

⁸ C. 8,37,11 en C. 4,11 *l.un.*

⁹ Zie de Gl. 'Te et Titium' op D. 45,1,56,1.

¹⁰ Venuleius, *libri primo stipulationum*: praeterea sciendum est, quod dari stipulemur, non posse nos uni ex heredibus adquiri, sed necesse esse omnibus adquiri. In het vervolg van de tekst wordt een uitzondering gemaakt voor het geval de stipulator een beding had gemaakt ten gunste van één van zijn erfgenamen waarbij de promissor zich verbond iets te doen (*facere*), bijvoorbeeld een huis te bouwen.

¹¹ Celsus, *libro primo Digestorum*: Avus neptis nomine, quam ex filio habebat, dotem promisit et pactus est, ne a se neve a filio suo dos peteretur. si a coherede filii dos petatur, ipse quidem exceptione conventionis tuendus non erit, filius vero exceptione conventionis recte utetur. quippe heredi consuli concessum est nec quicquam obstat uni tantum ex heredibus providere si heres factus sit, ceteris autem non consuli. De tekst wordt herhaald in D. 23,4,10 (Pomponius).

ARTIKEL 6:6, LID 3 BW

In de eerste van de beide hierboven geciteerde teksten (die van D. 45,1,137,8) wordt het algemene beginsel opgesteld dat een beding dat is gemaakt ten gunste van één van de erfgenamen *noodzakelijkerwijze* óók werkt ten gunste van de andere en in de tweede (die van D. 2,14,33) wordt als vanzelfsprekend aangenomen dat men een beding kan maken dat slechts werkt ten aanzien van één der erfgenamen. Hoe de beide teksten met elkander in overeenstemming te brengen?

Het ligt voor de hand aan te nemen dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen bedingen waaraan men slechts een *verweermiddel* ontleent (zoals het *pactum de non petendo* in D. 2,14,33) en die waaraan men een *actie* ontleent (zoals het beding in D. 45,1,137,8): in het laatste geval moet een beding dat de erflater ten gunste van zichzelf en/of één zijner erfgenamen heeft gemaakt noodzakelijkerwijze ten goede komen aan *alle* erfgenamen; in het eerste kan een dergelijk beding met vrucht óók ten bate van slechts één van hen worden gemaakt.¹² Die mogelijkheid stuit echter af op het feit dat in de hierboven geciteerde tekst van D. 45,1,56,1 lijkt te zijn bepaald dat een *pactum de non petendo* dat niet ten bate van *alle* erfgenamen werkt als nietig dient te worden aangemerkt. Wat nu? De vraag wordt uitvoerig behandeld in het invloedrijke Digestencommentaar van de grote middeleeuwse jurist Bartolus de Saxoferrato (1313 - 1357).¹³ Hij maakt een onderscheid tussen twee situaties: die waarin iemand een beding maakt *ten gunste* van zichzelf en één van zijn erfgenamen en die waarbij iemand een belofte doet *ten laste* van zichzelf en één van zijn erfgenamen. Bartolus nu is van mening dat een erflater bij overeenkomst één van zijn erfgenamen niet tot méér kan verplichten dan datgene waartoe hem zijn erfdeel verplicht en verwijst daarvoor naar D. 45,1,56,1. Een beding waarbij iemand zichzelf en één van zijn erfgenamen verbindt tot het betalen van een bepaalde geldsom leidt dus na de dood van de erflater niet tot een volledige aansprakelijkheid van deze erfgenaam: de schuld wordt, in weerwil van dat beding, naar rato van hun erfportie, van rechtswege verdeeld over de erfgenamen. Hij geeft daarvoor als reden dat men géén overeenkomsten kan sluiten waardoor derden tot iets worden verplicht en dat de toekomstige erfgenamen ten tijde van het sluiten van een dergelijke overeenkomst als derden dienen te worden beschouwd.¹⁴ Dat blijft de *communis opinio* van de gemeenrechtelijke auteurs. Eén van de latere commentatoren, de vijftiende-eeuwse jurist Paulus de Castro, voegt daaraan nog het argument toe dat dergelijke bedingen in het nadeel van de crediteur kunnen werken, omdat daardoor zijn volgens de normale regeling over alle erfgenamen verspreide

¹² Dit was, naar ons de Gl. 'Adquiri' bij D. 45,1,137,8 leert, de oplossing van de hoogleraar Johannes Bassianus, wiens scherpzinnigheid alom werd geprezen; hij was een leerling van Bulgarus en de leermeester van Azo. Samen met Azo, is hij de in de Accursische glosse meest frequent geciteerde jurist. Een aantal van zijn geschriften is door Meijers aan de vergetelheid ontrukkt.

¹³ Zie voor het navolgende Bartolus' commentaar op D. 45,1,137,8.

¹⁴ Bartolus, t.a.p. (onder no 9): quia sicut non possum obligare extraneum <volgt een verwijzing naar Inst. 3,19,3> ita nec possum heredem pro illis portionibus, pro quibus non est heres, quia quoad illa est extraneus, ut dixi. Transit ergo in personam aliorum heredum, sicut ceterae obligationes hereditariae.

ZWALVE

insolventierisico op slechts één erfgenaam zou kunnen worden geconcentreerd.¹⁵ Dat argument gaat echter *niet* op als iemand zichzelf en *al* zijn erfgenamen *hoofdelijk* tot een bepaalde prestatie verplicht. De vraag luidt dus nu of een dergelijk beding óók in strijd is met de bepaling van D. 45,1, 56,1.

Hoofdelijke aansprakelijkheid van de erfgenamen voor de schulden van de erflater kwam weliswaar in het Romeinse recht voor, maar uitsluitend indien de aard van de verbintenis en de aard van de prestatie die daarvan het object is zich niet voor verdeling leenden. De vraag komt er dus op neer of de deelbaarheid of ondeelbaarheid van een prestatie een objectief gegeven is, of dat die kwalificatie ter vrije dispositie van de contracterende partijen staat. De vraag werd, voor zover ik heb kunnen nagaan, door de gemeenrechtelijke traditie in de eerstgenoemde zin beantwoord: de oude verdelingsregel van de wet van de twaalf tafelen had, zo vond men, een *dwingendrechtelijk* karakter en er kon daarom niet bij overeenkomst van worden afgeweken. Dat was het gevoelen van de Accursische glosse¹⁶ en daarbij is het lang gebleven.¹⁷

Als regel wordt er daarbij verwezen naar D. 10,2,3. Daarin wordt gezegd dat het de rechter in een scheidings- en delingsprocedure (*iudicium familiae erciscundae*) vrij staat om één van de erfgenamen te belasten met de betaling van bepaalde schulden of de invordering van bepaalde vorderingen. Er wordt echter uitdrukkelijk medegedeeld dat, als dit gebeurt, de erfgenaam die vordering slechts gedeeltelijk in eigen naam int, want voor wat betreft het deel dat hem niet toekomt, treedt hij op als vertegenwoordiger van de andere erfgenamen, of als cessionaris. Voor wat betreft de betaling van bepaalde schulden, wordt bovendien opgemerkt dat ‘de crediteuren’, in weerwil van de gerechtelijke verdeling, ‘de vrije keuze houden om tegen ieder van de erfgenamen afzonderlijk in rechte op te treden’.¹⁸

Du Moulin en de Franse traditie

De Franse jurist Charles Du Moulin (Molinaeus (1500 - 1566)) heeft, via Pothier, een onuitwisbaar stempel gedrukt op het algemene deel van het Franse verbintenissenrecht en dus ook op het onze. Dat geldt, bijvoorbeeld, voor het – als eerste door hem geformuleerde – vereiste van de voorzienbaarheid als criterium bij de schadetoerekening op grond van wanprestatie.¹⁹ Het geldt ook voor het leerstuk van de ondeelbare verbintenissen. Dit gold

¹⁵ Paulus de Castro in zijn commentaar op D. 45,1,56,1 onder no 2.

¹⁶ Zie de Gl. ‘Divisa sint’ op C. 3,36,6: ‘Maar ten aanzien van vorderingen <en schulden> kan door een mens geen andere verdeling worden gemaakt’ (at in nominibus non potest per hominem aliter fieri divisio).

¹⁷ Zie Bartolus’ commentaar op C. 3,36,6 (onder no 3): ‘ten aanzien van vorderingen <en schulden> kan geen andere verdeling plaatsvinden dan die op grond van de wet van de twaalf tafelen’ (sed in nominibus non potest fieri aliter divisio, quam facta per legem xii tabularum).

¹⁸ Gaius, *libro septimo ad edictum*: (...) nam libera potestas maneat creditoribus cum singulis experiundi.

¹⁹ Zie hiervoor zijn *Tractatus de eo quod interest*, Parijs 1546 (eerste druk). Er bestaat een (ingekorte) moderne editie van dit belangrijke boek, met Zuid-Afrikaanse vertaling, bezorgd en van een goede inleiding voorzien door H.J. Erasmus onder de titel *Verhandeling oor skadevergoeding*, Johannesburg 1973.

ARTIKEL 6:6, LID 3 BW

als één van de lastigste onderwerpen van het verbintenissenrecht en Du Moulin, die een niet geringe dunk had van zijn eigen kunnen, zette zich daarom aan het schrijven van een ‘Uitweg uit het labyrinth van deelbare en ondeelbare verbintenissen’.²⁰ Daarin stelt hij zich de navolgende vraag: ‘is een overeenkomst geldig, waarbij wordt bedongen dat de schuld niet voor verdeling vatbaar is’.²¹ Uiteraard, schrijft hij, is zo’n contract tussen partijen geldig, maar volgens de gangbare opvatting kan daardoor niet worden voorkomen dat de verbintenis, indien zij deelbaar is, over de erfgenamen naar rato van hun erfportie wordt verdeeld. Een dergelijk contract leidt, met andere woorden, niet tot hoofdelijke aansprakelijkheid van de erfgenamen van de debiteur. Hij verwijst naar D. 45,1,56 en Bartolus’ opmerkingen daarover en merkt vervolgens op dat hij zelf van een geheel *ander* gevoelen is. Een dergelijk beding namelijk, zo betoogt hij, raakt niet het wezen van de verbintenis (*substantia obligationis*), maar enkel de modaliteiten ervan (*modus obligationis*). Zoals men kan bedingen dat betaling zal dienen te geschieden op een bepaalde plaats of tijd, zo kan men óók bedingen dat een schuld, alhoewel in beginsel deelbaar, toch niet naar rato van hun erfdelen over de erfgenamen van de debiteur wordt verdeeld, maar hen hoofdelijk aansprakelijk maakt voor de schuld van de erfflater.

De enige tekst waarop Molinaeus zich, ter onderbouwing van dit opmerkelijke betoog, beroept is die van D. 46,3,106, krachtens dewelke een crediteur één van zijn erfgenamen kan aanwijzen als iemand aan wie de debiteur de *hele* schuld kan voldoen; impliciet zou daarom, *mutatis mutandis*, ten aanzien van de debiteuren hetzelfde moeten gelden. Dit is een wel uiterst zwak argument, omdat het niets zegt over het recht van de aldus aangewezen erfgenaam om, na het overlijden van de stipulator, *op grond van dit beding* de gehele prestatie als alléén aan hem verschuldigd op te eisen. Het gaat bovendien in een geval als dit om ‘een ter zake van betaling toegevoegde persoon’ (*adiectus solutionis gratia*) en zo iemand beschikte naar het klassieke Romeinse recht *niet* over een zelfstandig vorderingsrecht tegen de debiteur: de debiteur was bevrijd als hij aan de ‘adiectus’ had betaald, maar de laatste gold *niet* als zijn schuldeiser.²² De hierboven besproken bepaling van D. 45,1,137,8 wijst bovendien in een geheel andere richting dan door Molinaeus wordt gesuggereerd. Een crediteur die een resultaat als door hem bedoeld wenste te bereiken, had een geheel andere mogelijkheid, een mogelijkheid die, anders dan de door Molinaeus bedoelde constructie, wel degelijk in de Digesten wordt besproken: hij kon zijn vordering, bij wijze van praelegaat, aan één van zijn erfgenamen legateren. Dit impliceerde dat de overige erfgenamen waren verplicht hun aandeel in de vordering (dat hun krachtens de oude verdelingsregeling *van rechtswege* toeviel) aan de legataris te cederen.²³

De klassieke verdelingsregel uit de Wet van de Twaalf Tafelen – ‘vorderingen en schulden worden van rechtswege verdeeld’ (*nomina ipso iure divisa*) – zou, steeds volgens Du

²⁰ *Extrictio labyrinthi de dividuis et individuis obligationibus*; ik gebruikte de editie die is afgedrukt in de editie van Molinaeus’ *Opera Omnia*, deel IV, Parijs 1658, col 288 e.v.

²¹ A.w. Pars II, no 30 (col 348): an valeat pactum, quod non possit debitum solvi pro parte.

²² Zie D. 46,3,10: ‘Wanneer ik als volgt een stipulatie heb gemaakt “aan mij of aan Titius”, dan kan Titius niet in rechte opeisen, niet noveren en niet kwijtschelden; er kan slechts aan hem worden betaald’ (Paulus, *libro quarto ad Sabinum*: quod stipulatus ita sum “mihi aut Titio”, Titius nec petere nec novare nec acceptum facere potest, tantumque ei solvi potest).

²³ D. 30,44,6.

ZWALVE

Moulin, aan de afdwingbaarheid van een dergelijke overeenkomst niet in de weg staan, omdat die slechts van toepassing zou zijn ‘indien en voorzover als’ de verbintenissen deelbaar zijn.²⁴ Ter nadere onderbouwing van zijn stelling wijst hij er op dat een verbintenis weliswaar naar haar aard (*natura*) deelbaar kan zijn, maar dat de *uitvoering* ervan wel degelijk *ondeelbaar* kan zijn, hetzij op grond van de aard van de prestatie, hetzij op grond van een stilzwijgend of expliciet daartoe strekkend beding.²⁵

Het betoog van Du Moulin is voor moderne (Nederlandse) juristen nauwelijks meer te volgen, omdat in ons recht geen deelbare of ondeelbare *verbintenissen* meer bestaan, maar nog slechts deelbare of ondeelbare *prestaties*. Het Romeinse recht maakte echter een onderscheid tussen beide, zodat, bijvoorbeeld, een *verbintenis* weliswaar deelbaar kon zijn, maar de *prestatie* ondeelbaar en omgekeerd.²⁶ Bovendien werd *iedere* verbintenis, hoe ondeelbaar dan ook, in de loop van een procedure omgezet in een principiële *deelbare* verplichting (die tot betaling van een geldsom) ten gevolge van het beginsel van de *condemnatio pecuniaria*. Een en ander maakt het leerstuk van de ondeelbare verbintenissen tot één der meest ondoorgrondelijke van het Romeinse recht: nog steeds is daarover het laatste woord niet gesproken.²⁷

Deze ondeelbaarheid ‘ten aanzien van de betaling’ (*quoad solutionem*), die berustte op overeenkomst, had ten gevolge dat de erfgenamen van de debiteur, ondanks de principiële deelbaarheid van de verbintenis, desalniettemin ieder afzonderlijk voor het geheel (*in solidum*) aansprakelijk konden worden gesteld. Dit was buitengewoon voordelig voor de crediteur die een dergelijke ‘ondeelbaarheid’ van de schuld had bedongen, want hij droeg niet meer het insolventierisico van de afzonderlijke erfgenamen van zijn schuldenaar, omdat hij ieder van hen ‘hoofdelijk’ voor de gehele schuld aansprakelijk kon houden.²⁸

Ik wijs er, wellicht niet ten overvloede, op dat het probleem dat Molinaeus tot zijn opvatting heeft gebracht naar Romeins (en huidig) recht eenvoudig op andere wijze kon (en kan) worden ondervangen en wel door de vestiging van een (zakelijk) zekerheidsrecht. Als iemand een geldvordering verzekert door middel van een recht van pand of hypotheek, wordt de geldschuld weliswaar op het tijdstip van het overlijden van de debiteur van rechtswege naar rato van hun erfporties over diens erfgenamen verdeeld, maar het zekerheidsrecht blijft bestaan totdat de gehele oorspronkelijke schuld door alle erfgenamen is voldaan. Dit is wat wordt verstaan onder de ‘ondeelbaarheid’ van het zekerheidsrecht.²⁹

²⁴ A.w. no 35, col. 349: ‘divisibiles tantum, et quatenus divisibiles’.

²⁵ A.w. no 35, col. 350.

²⁶ Zie voor deze distinctie Paulus’ opmerkingen in D. 45,1,85.

²⁷ Zie, bijvoorbeeld, M. Kaser, *Das römische Privatrecht* I, München 1971, p. 657, n. 16: ‘Die Fragen der Entwicklung und der Abgrenzung von der geteilten Haftung sind noch weiter zu klären’.

²⁸ Dit resultaat werd door Molinaeus beoogd: a.w. no 35 (col. 350): ‘En aldus beschouwd is de wet van de twaalf tafelen ... toch niet bezwarend en berokkent zij geen schade aan de crediteur, omdat die verdeling slechts plaats vindt indien de aard van de verbintenis of de verschuldigde prestatie dat toelaat’ (Et sic lex 12 tabb. ... non tamen otiosa est, nec iniuriam facit creditori, quia haec divisio non fit, nisi ex natura obligationis, et rei debitae).

²⁹ Zie hiervoor D. 13,7,8,2 en C. 8,31(32),1.

ARTIKEL 6:6, LID 3 BW

Molinaeus' traktaat over deelbaarheid en ondeelbaarheid, inclusief zijn beschouwing over 'ondeelbaarheid uit overeenkomst', vormt de basis van Pothier's uiteenzettingen over deelbaarheid en ondeelbaarheid in de *Traité des Obligations* en, dientengevolge, die van de regeling van dat onderwerp in de Code civil en het Oude BW.

Pothier noemt in zijn *Traité* een aantal uitzonderingen op het beginsel dat vorderingen en schulden op het tijdstip van de dood van de erflater van rechtswege naar rato van hun erfporties worden verdeeld over diens erfgenamen.³⁰ In dit verband is slechts één daarvan interessant:

'Une sixième exception est que, quoiqu'une obligation soit divisible, l'un des héritiers du débiteur peut en être tenu par le total ... par une convention'.³¹

Iets verder in de *Traité* komt hij uitvoeriger terug op deze uitzondering op de verdelingsregel en wel omdat men er vraagtekens bij kon plaatsen:

'On pourrait, néanmoins, douter si cette convention est valable, parce que la loi 56, § 1, de verb. obl. <D. 45,1,56,1> , décide qu'une personne ne peut, en contractant, faire qu'un de ses héritiers soit obligé à sa dette pour une plus grande part que celle pour laquelle il sera héritier <volgt de tekst van D. 45,1,56,1>. C'est-à-dire qu'il sera tenu, nonobstant cette clause de la stipulation, pour la part seulement dont il sera héritier; et la raison est, que n'étant héritier du contractant que pour cette part, et étant par conséquent étranger à l'égard des autres parts, il n'a pu être obligé pour les autres parts par la promesse du contractant, suivant le principe de droit, que *Nemo nisi de se promittere potest, non de extraneo*'.³²

Hier wordt, zeer in het kort, het bezwaar verwoord dat naar de *communis opinio* van de gemeenrechtelijke traditie tegen dit soort overeenkomsten werd aangevoerd. Pothier evenwel conformeert zich aan de opvatting van Molinaeus en zo komt het dus dat die haar weg wist te vinden in de Code civil en het OBW. Daarin is, nadat in de artt. 1220 Cc en 1335 OBW de oude verdelingsregel uit de Wet van de Twaalf Tafelen was gecodificeerd, de navolgende bepaling opgenomen:

Art. 1221 Cc: Le principe établi dans l'article précédent reçoit exception à l'égard des héritiers du débiteur: ... 5° Lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement.³³

Art. 1336 OBW: Het beginsel, in het vorige artikel vastgesteld, lijdt uitzondering opzigtelijk de

³⁰ *Traité des obligations* no 301 e.v.

³¹ *Traité* no 308.

³² *Traité* no 314.

³³ Vgl. art. 1221 BBW: Het beginsel in het vorige artikel vastgesteld lijdt uitzondering ten aanzien van de erfgenamen van de schuldenaar: ... 5°. Wanneer, hetzij uit de aard van de verbintenis, hetzij uit de zaak die het voorwerp ervan uitmaakt, hetzij uit het oogmerk dat men zich bij het contract heeft voorgesteld, de bedoeling van de contractanten blijkt dat de schuld niet bij gedeelten mag worden voldaan.

ZWALVE

erfgenamen van den schuldenaar: ... 5^o Indien, hetzij uit den aard der verbindtenis, het zij van de zaak die daarvan het onderwerp uitmaakt, het zij uit het oogmerk hetwelk men zich in de overeenkomst heeft voorgesteld, blijktbaar is dat de bedoeling der handelende partijen geweest is, dat de schuld niet bij gedeelten zoude kunnen voldaan worden.³⁴

De keuze voor de gedachten van Pothier (en - indirect - Du Moulin) als inspiratiebron voor de regeling van het onderwerp van de deelbare en ondeelbare verbintenissen in de Code werd al kort na de inwerkingtreding van de Code in Frankrijk en elders betreurd. Die blonken niet bepaald uit door helderheid en leden bovendien aan niet onbelangrijke inconsistenties, in het bijzonder doordat Pothier (géén diep denker) de ideeën van Molinaeus niet altijd even gelukkig samenvatte, waardoor zich misverstanden (die van Molinaeus) op misverstanden (die van Pothier) stapelden.³⁵ Zo wist, bijvoorbeeld, al de eerste commentator op de Code, de Duitse hoogleraar Karl Salomo Zachariae von Lingenthal (1769 - 1843), op te merken dat de hierboven geciteerde bepaling van art. 1221 *quinto* Cc (art. 1336 *quinto* OBW) natuurlijk geen *uitzondering* was op het beginsel dat *deelbare* verbintenissen op grond van de verdelingsregel van art. 1220 van rechtswege worden verdeeld over de erfgenamen van de debiteur, omdat de daar bedoelde verbintenissen op grond van de bepaling van art. 1218 Cc *ondeelbaar* zijn.³⁶ De laatstgenoemde bepaling luidt als volgt:

L'obligation est indivisible, quoique la chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible par sa nature, si le rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible d'exécution partielle.³⁷

³⁴ Ik wijs bovendien op de bepaling van art. 1221 *quarto*/1336 *quarto* Cc/OBW waarin is bepaald dat de verdelingsregel niet van toepassing is 'indien bij de titel is bepaald dat een der erfgenamen alleen met de uitvoering van de verbindtenis is belast'. Dit is een uiterst doctrinaire bepaling, omdat daardoor wordt gederogerd aan D. 45,1,137,8; zij vormt daarom de leerstellige voorwaarde voor het in 1221 *quinto*/1336 *quinto* Cc/OBW bepaalde.

³⁵ Émile Acollas (1826 - 1891) liet zich in zijn *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants* II, Parijs 1869, p. 853, wel zéér negatief uit over de titel over deelbare en ondeelbare verbintenissen in de Code: 'cette section est encore pire que la précédente, et de beaucoup ... reproduction des inintelligibles quintessences de Dumoulin', over wie hij (in n. 3 aldaar) het volgende schrijft: 'esprit rempli de lui même, sans portée, sans tenue, catholique à telle date, protestant à telle autre, catholique à telle autre encore, en un mot un vrai légiste de race'. Acollas was een schilderachtige figuur. Hij was een revolutionair socialist en goed bevriend met Giuseppe Garibaldi en Georges Clémenceau. In 1869 werd hij wegens vermeende subversieve activiteiten gevangen gezet en het jaar daarop, na zijn vrijlating, tot hoogleraar in het Zwitserse Bern benoemd. Daar bereikte hem zijn benoeming (door de Parijse Commune) tot decaan van de Parijse juridische faculteit, een functie die hij nooit heeft bekleed. Na de ondergang van het tweede keizerrijk keerde hij terug in Frankrijk, waar hij pleitte voor hercodificatie van het burgerlijk recht en afgezanten van de Japanse regering op juridisch terrein adviseerde.

³⁶ K.S. Zachariae von Lingenthal, *Handbuch des französischen Civilrechts* I, Heidelberg 1808, p. 227, n. 2. Het was naar aanleiding van het verschijnen van dit boek, het eerste *commentaar* op de Code, dat Napoleon als zijn mening te kennen moet hebben gegeven dat 'mon Code est perdu'.

³⁷ Vgl. art. 1218 BBW: Een verbindtenis is ondeelbaar, hoewel de zaak of de daad die het voorwerp ervan uitmaakt, uit haar aard deelbaar is, indien het verband waarin zij in de verbindtenis is beschouwd, ze voor gedeeltelijke uitvoering onvatbaar maakt.

ARTIKEL 6:6, LID 3 BW

Men kon destijds in Nederland weliswaar nog Duits lezen (en begrijpen), maar Zachariae's bedenkingen werden niet verwerkt in het OBW, want óók daarin vindt men, náást de bepaling van art. 1336 *quinto* OBW, in art. 1333 OBW de navolgende vertaling van art. 1218 Cc:

Eene verbindtenis is ondeelbaar, ofschoon de zaak of daad, welke zij tot onderwerp heeft, uit haren aard deelbaar zij, indien de strekking der verbindtenis dezelve niet vatbaar maakt voor eene gedeeltelijke uitvoering.

Het Nederlandse recht

De aansprakelijkheid van de erfgenamen voor de schulden van de nalatenschap is in Nederland altijd een onderwerp geweest dat tot de nodige misverstanden heeft geleid. Er behoeft daarvoor slechts te worden verwezen naar de, vanuit een Romeinsrechtelijk perspectief, ietwat wonderlijk geformuleerde bepaling van art. 4:182, waarin afzonderlijk melding wordt gemaakt van de automatische overgang van des erflaters rechten en die van zijn schulden. Het artikel legt op deze wijze nog getuigenis af van een oud conflict over de overgang van de nalatenschap op de erfgenamen die, volgens Meijers, verschillend zou zijn voor de rechten en de schulden: de laatste zouden eerst na aanvaarding van de nalatenschap op de erfgenamen overgaan; de eerste automatisch.³⁸ Ik wijs daar in dit verband op, omdat Meijers zich voor deze (overigens door weinigen gedeelde) opvatting beriep op het oud-vaderlandse *gewoonterecht*. Dit nu kende óók bepalingen waardoor de hierboven besproken problemen, die in het huidige recht worden opgelost door de bepaling van art. 6:6, lid 3 BW, op afdoende wijze werden vermeden, reden waarom Groenewegen zelfs in zijn onvolprezen ‘Tractaat over afgeschafte en in onbruik geraakte bepalingen (uit het Corpus Iuris)’ opmerkt dat de bepaling van D. 45,1,56,1 in Holland niet meer van kracht zou zijn.³⁹ Een erflater kon derhalve, zo betoogde hij, bij overeenkomst met zijn crediteur één van zijn erfgenamen voor het geheel aansprakelijk stellen voor de schuld die hij bij die overeenkomst aanging en, à fortiori, al zijn erfgenamen voor diezelfde schuld hoofdelijk aansprakelijk maken. Groenewegen verwijst bovendien, voor wat dit laatste betreft, naar de costumen van Mechelen, die een crediteur het recht gaven om alle erfgenamen van zijn debiteur hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor diens schulden. Dit laatste was, althans in Holland, géén geldend recht, omdat daar de oude Romeinsrechtelijke automatische verdeling van de schulden over de mede-erfgenamen de

³⁸ Zie daarvoor Asser-Meijers-Van der Ploeg, *Erfrecht* (zesde druk) Zwolle 1967, p. 222 e.v. en laatstelijk nog W.D. Kolkman, *Schulden der nalatenschap* (*Ars Notariatus* 132), Deventer 2006, p. 193 e.v.

³⁹ Simon à Groenewegen Van der Made, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis*, ed. Leiden 1649 ad D. 45,1,56,1.

ZWALVE

regel was.⁴⁰ Naar alle waarschijnlijkheid is dit de reden waarom Groenewegen's opvatting over de rechtskracht van D. 45,1,56,1 *niet* werd gedeeld door Johannes Voet.⁴¹ Wat hiervan ook zij, het Rooms-Hollandse recht verloor zijn betekenis voor de uitleg van het geldende Nederlandse recht toen in 1838 een geheel op Franse leest geschoeide codificatie werd ingevoerd. De Nederlandse rechtsgeleerde literatuur (en rechtspraak) stond dientengevolge gedurende de gehele negentiende en een goed deel van de twintigste eeuw sterk onder invloed van de Franse literatuur.

Er ontstond in onze negentiende-eeuwse literatuur, uiteraard zou men haast zeggen, een debat over de verhouding tussen de bepalingen van art. 1333 en 1336 *quinto* OBW⁴²: in het eerstgenoemde artikel immers wordt in algemene bewoordingen vastgesteld dat 'een' verbintenis naar haar strekking ondeelbaar kan worden gemaakt, terwijl in het tweede slechts wordt gesproken over *passieve* ondeelbaarheid. Vergelijkbare debatten werden en worden (natuurlijk) in Frankrijk gevoerd: is de bepaling van art. 1221 *quinto* Cc (art. 1336 *quinto* OBW) overbodig naast die van art. 1218 Cc (art. 1333 OBW), of dient aan beide bepalingen zelfstandige betekenis te worden toegekend?

In de laatste grote samenvatting van het Franse privaatrecht die van directe betekenis is geweest voor de Nederlandse rechtsontwikkeling, de *Traité pratique* van de eminente Franse civilist Marcel Planiol (1853 - 1931), kan men een vernietigend oordeel vinden over de 'uitzondering' die in art. 1221 *quinto* Cc werd gemaakt op de oude verdelingsregeling van art. 1220 Cc:

'L'indivisibilité dite "conventionnelle" ... ne devrait pas exister: elle est destinée à compléter les effets insuffisants de la solidarité: si elle s'opposait à la division de la dette entre les héritiers du débiteur primitif, l'indivisibilité n'aurait pas de raison d'être. Elle n'a pour objet que la seule transmission, en cas de décès de l'un des débiteurs, du lien de solidarité à ses cohéritiers, mais elle ne saurait affaiblir les garanties établies par la loi en faveur des codébiteurs'.⁴³

Door middel van deze vaststellingen voert de geleerde Franse schrijver ons terug naar het uitgangspunt van deze beschouwing: hoofdelijkheid en ondeelbaarheid zijn twee principieel te onderscheiden rechtsfiguren. Dat blijkt in het klassieke Romeinse recht in

⁴⁰ Aldus uitdrukkelijk de Hoge Raad van Holland en Zeeland bij Neostadius, *Curiae Hollandiae ... decisiones*, ed. Leiden 1627, dec. no. 14: (...) actiones hereditarias ipso iure inter heredes divisas esse. Het ging in dit geval om de koopprijs van een stuk grond dat aan de erflater was verkocht en geleverd en dat bij de scheiding en deling aan één van de erfgenamen was toegewezen; de koopprijs was echter nog steeds niet betaald. De Hoge Raad stelde vast dat de andere erfgenamen voor hun aandeel in de schuld aansprakelijk bleven.

⁴¹ *Commentarius ad Pandectas*, ed. Genève 1757, ad D. 2,14, onder no. 11. Hierbij dient evenwel te worden aangetekend dat Voet er elders (a.w. ad D. 29,2, onder no. 31) met nadruk op wijst dat er in zijn tijd wel degelijk lokale gebruiken of statutaire bepalingen van kracht waren die de erfgenamen van de erflater *hoofdelijk* aansprakelijk stelden voor diens schulden. Hij geeft daarvoor zelfs een aantal conflictenrechtelijke regels.

⁴² Zie Asser-Rutten, *De verbintenis*, Zwolle 1967, p. 73 - 74.

⁴³ Planiol-Ripert, *Traité pratique de droit civil français* VII.2 (Obligations (Esmein)), Parijs 1954, no 1102 (p. 475).

ARTIKEL 6:6, LID 3 BW

het bijzonder dan wanneer één van verschillende hoofdelijke debiteuren komt te overlijden met achterlating van meer dan één erfgenaam: als de hoofdelijke schuld deelbaar is, wordt die schuld ten gevolge van de oude verdelingsregel gesplitst. Dit is het euvel dat de bepaling van art. 1221 *quinto* Cc tracht te helen; als die hoofdelijke aansprakelijkheid *niet* werd gesplitst, zou er, aldus Planiol, geen enkele behoefte aan de regel bestaan.⁴⁴

Wij zagen in het bovenstaande dat de hierboven besproken bepalingen in de Code civil hun oorsprong vinden in Dumoulin's pleidooi voor wat men zou kunnen noemen een 'ondeelbaarheid op grond van overeenkomst'. Had een dergelijke overeenkomst naar Nederlands recht onder vigeur van het OBW inderdaad dat rechtsgevolg? Naar huidig Frans recht kan daarover geen twijfel bestaan: men kan bij overeenkomst bepalen dat een verbintenis, hoewel het object ervan naar zijn aard deelbaar is, desalniettemin als ondeelbaar moet worden beschouwd. Er wordt dikwijls gebruik van gemaakt bij overeenkomsten waarin een hoofdelijke aansprakelijkheid wordt vastgesteld, een geval waarin de eventuele splitsing van de schuld bij het overlijden van één der hoofdelijke schuldenaren als zeer bezwaarlijk wordt ervaren.⁴⁵ Niettemin werden in het Nederlandse recht onder vigeur van het OBW bezwaren aangevoerd tegen erkenning van, wat werd genoemd, 'intentionele ondeelbaarheid'. In het bijzonder de Amsterdamse hoogleraar A. Pitlo (1901 - 1987) verzette zich daartegen⁴⁶: men zou slechts die deelbare verbintenissen bij overeenkomst tot ondeelbare kunnen maken 'van welke de leek niet kan begrijpen, dat zij deelbaar zou zijn'.⁴⁷ Men denke aan een verbintenis tot eigendomsoverdracht; die immers is in ideële zin deelbaar (de erfgenamen van de debiteur kunnen de eigendom van een aan de erflater toebehorende zaak overdragen door ieder voor zich hun onverdeelde aandelen daarin aan de crediteur over te dragen), maar zij heeft, zeker voor de leek, 'iets ondeelbaars'. Een verbintenis tot het betalen van een geldsom evenwel, 'de allerdeelbaarste verbintenis', zou nimmer op grond van een daartoe strekkende overeenkomst ondeelbaar gemaakt kunnen worden. Naar de lezer weet, was het nu juist de bedoeling van Dumoulin (en de Franse wetgever) om óók deze 'allerdeelbaarste verbintenis' bij overeenkomst tot een ondeelbare te kunnen maken. Pitlo laakte deze gedachte, omdat daardoor – naar hij niet ten onrechte benadrukt – het principiële onderscheid tussen hoofdelijkheid en ondeelbaarheid vervaagt. Hij stelde echter vast dat zijn gevoelen niet door iedereen werd gedeeld. Inderdaad werd onder vigeur van het OBW algemeen aangenomen dat *iedere* deelbare verbintenis, althans voor wat betreft de passieve

⁴⁴ Deze vaststelling lijkt mij overigens niet geheel correct. Naar wij in het bovenstaande zagen, ging de bedoeling van Molinaeus (en, hem volgende, Pothier) verder: men wilde de mogelijkheid scheppen dat een crediteur splitsing van een schuld ten gevolge van de verdelingsregel kon verhinderen, óók in de gevallen waarin van hoofdelijkheid in het geheel geen sprake was.

⁴⁵ Zie hiervoor, in plaats van anderen, A. Weill/Fr. Terré, *Droit civil, Les obligations* (derde druk), Parijs 1980, no 946 (p. 1012): 'cette stipulation est fréquente; elle se joint même souvent à une stipulation de solidarité'.

⁴⁶ Zie A. Pitlo, *Het Verbintenissenrecht*, Haarlem 1964 (zesde druk), p. 113 e.v.

⁴⁷ A.w. p. 114.

zijde ervan, bij overeenkomst tot een ondeelbare kon worden gemaakt.⁴⁸

Slotbeschouwing

Het nieuwe BW bevat geen afzonderlijke regeling meer van het oude leerstuk van de deelbare en ondeelbare verbintenissen, zoals in het OBW nog was te vinden in de artt. 1332 - 1339 OBW. Ik betreur dat niet: de complexiteit ervan beruiste op eigenaardigheden van het klassieke Romeinse recht die in het huidige recht niet meer relevant zijn.⁴⁹ Desalniettemin *blijft* het onderscheid van belang en wel omdat het nieuwe BW is blijven vasthouden aan een oeroud Romeinsrechtelijk beginsel, te weten de *automatische* verdeling van de schulden van een erflater over diens erfgenamen (art. 4:182 BW)⁵⁰. In verband hiermede wordt het onderscheid tussen deelbare en ondeelbare verbintenissen tweemaal in boek 6 genoemd: in de artt. 6:6, lid 2 en 6:15, lid 2 BW. Het gaat in beide artikelen om het enige geval waarin de deelbaarheid of ondeelbaarheid van een verbintenis in typisch Romeinsrechtelijke rechtsstelsels, zoals het onze, relevant is: dat waarin de debiteur (art. 6:6, lid 2) of de crediteur (art. 6:15, lid 2) komt te overlijden met achterlating van meer dan één erfgenaam. De splitsing van de verbintenis die dan bij *deelbare* verbintenissen plaats vindt, wordt ten aanzien van de *passieve* zijde ervan verhinderd door de bepaling van art. 6:6, lid 3, inhoudende dat die kan worden voorkomen door een overeenkomst tussen schuldeiser en schuldenaar waarbij wordt bepaald dat de rechtsopvolgers van de laatste *hoofdelijk* verbonden zullen zijn. Daardoor is het onderscheid tussen ondeelbare en hoofdelijke verbintenissen, waaraan Pitlo nog zo hechtte, in het nieuwe Nederlandse recht – ten dele⁵¹ – vervallen. Dit is de reden waarom de wetgever van het nieuwe BW er van heeft afgezien om de bepaling van art. 1336 *quinto* OBW over te nemen: '(h)et rechtsgevolg dat partijen daarmee beogen ... kunnen partijen volgens het derde lid van het onderhavige artikel bereiken door overeen te komen dat (ook) de rechtsopvolgers van de schuldenaar of van een of meer der (zelf al dan niet hoofdelijk verbonden) schuldenaren hoofdelijk verbonden zullen zijn'.⁵² Aldus beschouwd, behelst het BW de ultieme triomf van Dumoulin op het Romeinse *en* het gemene recht, waarin eeuwenlang is vastgehouden aan het dogma van het *dwingendrechtelijke* karakter van de verdelingsregel uit de Wet van de Twaalf Tafelen (*nomina ipso iure divisa*). Elegant vind ik de hier gekozen oplossing overigens niet. Er is

⁴⁸ Asser-Rutten p. 80 - 81.

⁴⁹ Zie hierboven bij n. 27.

⁵⁰ Zie de Wet van de Twaalf Tafelen (*lex XII tabularum* (449 v.Chr.)) V,9 in *Fontes Iuris Romani Antejustiniani (FIRA)* I, Florence 1968, p. 41.

⁵¹ Het onderscheid tussen deelbare en ondeelbare *prestaties* blijft echter van belang: zie daarvoor J. Kortmann in *Ars Aequi* 45 (1996) p.6 e.v.

⁵² *Parlementaire Geschiedenis*, Boek 6, p. 97. Ik wijs er op dat die hoofdelijkheid dus *uitdrukkelijk* moet worden bedongen. Men kan overigens het gewenste resultaat óók op een andere wijze bereiken, te weten door de (deelbare) vordering te verzekeren door middel van een recht van pand of hypotheek: zie hierboven bij n. 29.

ARTIKEL 6:6, LID 3 BW

op deze wijze in het nieuwe BW een merkwaardige discrepantie ontstaan tussen de vererving van de *passieve* zijde van een verbintenis en die van de *actieve* zijde ervan. Aan de passieve zijde is de verdelingsregel van art. 1335 OBW gehandhaafd; aan de actieve zijde is zij vervangen doordat aan de erfgenamen van de crediteur één vorderingsrecht wordt toegekend (art. 6:15, lid 2 BW).⁵³ Dit verschil is arbitrair: het had veel meer voor de hand gelegen om hetgeen geldt voor de actieve zijde van een verbintenis óók van toepassing te verklaren op de passieve zijde, zodat de erfgenamen van de schuldenaar tot de scheiding en deling hoofdelijk aansprakelijk zijn voor diens schulden. Het ware, met andere woorden, beter geweest de oude verdelingsregel uit de Wet van de Twaalf Tafelen *geheel* terzijde te schuiven, zoals het BGB heeft gedaan.

In het huidige Duitse recht is ten aanzien van de vraag naar de aansprakelijkheid van mede-erfgenamen voor de schulden van de erflater gekozen voor een systeem dat niet is gebaseerd op het Romeinse recht, maar op gewoonterechtelijke beginselen, zoals die óók ten onzent vóór de invoering van de codificaties niet ongebruikelijk waren⁵⁴: de erfgenamen zijn tot de definitieve scheiding en deling van de nalatenschap hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van de erflater.⁵⁵ Vergelijkbare regels waren ooit van kracht in Pruisen en zijn dat nog steeds in Oostenrijk.⁵⁶ De keuze van de Duitse wetgever is opvallend, omdat in het ontwerp nog was gekozen voor de *gemeenrechtelijke* verdelingsregel, zij het dat daarop in de toelichting al de nodige kritiek viel te lezen:

‘Das System des römischen Rechtes ist zwar nicht durch die Rechtslogik oder die allgemeinen Rechtsprinzipien nothwendig geboten. *Est liegt insbesondere etwas Anomales in der Theilung der Schulden*, welche das Gesetz, unabhängig von einer Betheiligung der Nachlassgläubiger, bestimmt, während durch *Privatautonomie eine ähnliche Theilung ohne Zuziehung der Gläubiger nicht herbeigeführt werden kann*’.⁵⁷

De aanvankelijke keuze voor handhaving van het gemeenrechtelijke systeem werd enkel ingegeven door pragmatische overwegingen: ‘<es> spricht für das gemeine Recht, dass es zu einer Vereinfachung der Rechtsverhältnisse und zu einer klaren Rechtslage führt’.⁵⁸ De in het ontwerp voorgestelde regeling hield echter geen stand: de kritiek erop, die al in de ‘Motive’ van het ontwerp naar voren was gekomen, woog te zwaar. In plaats daarvan werd

⁵³ Zie hiervoor *Parlementaire Geschiedenis*, Boek 6, p. 126.

⁵⁴ Zie hierboven bij n. 39.

⁵⁵ Zie § 2058 BGB: ‘Die Erben haften für die gemeinschaftlichen Nachlassverbindlichkeiten als Gesamtschuldner’.

⁵⁶ Zie ALR I 17 § 127 (1794) en § 820 ABGB (1811).

⁵⁷ B. Mugdan, *Die gesammten Materialien zum BGB V, Erbrecht*, Berlijn 1899, p. 218 (cursivering toegevoegd). Zie ook p. 219: ‘Dem Systeme des gemeinen Rechts fehlt es indessen nicht an schwerwiegenden Nachtheilen ... Dazu tritt der schon erwähnte Uebelstand, dass der Gläubiger des Erblassers ohne ihr Zuthun statt eines Schuldners eine grosse Anzahl von Schuldern erhalten, wenn eine grosse Zahl von Miterben vorhanden ist, und dass dadurch eine Forderung erheblich im Werthe verringert werden kann’.

⁵⁸ Mugdan, a.w. p. 219.

ZWALVE

gekozen voor een stelsel van hoofdelijke aansprakelijkheid voor de schulden van de nalatenschap dat is neergelegd in § 2058 BGB en wel op grond van de navolgende overweging:

‘Der ausschlaggebende Gesichtspunkt für die gesamtschuldnerische Haftung der Miterben sei darin zu suchen, dass der Gläubiger durch den Tod des Schuldners nicht schlechter gestellt werden dürfte. Der Schuldner habe bei Lebzeiten nicht das Recht gehabt, das Schuldverhältniss ohne Einwilligung des Gläubigers auf mehrere Schuldner zu vertheilen. Der Gläubiger müsse auch nach dem Tode des Schuldners in der Lage sein, zum Zwecke der befriedigung nur eine Person in Anspruch zu nehmen, soweit das Vermögen des Schuldners auf diese übergegangen sei. *Die Theilung der Haftung beeinträchtigt den Gläubiger insofern, als er sich wegen des Ausfalles, den er bei einem Miterben erleide, nicht an die anderen Miterben halten könne, selbst wenn das, was diese erhalten haben, ihren Antheil an den Nachlassverbindlichkeiten übersteigt*.⁵⁹

Zo werd in Duitsland definitief afscheid genomen van de verdelingsregel uit de Wet van de Twaalf Tafelen. Op het Anglo-Amerikaanse recht heeft zij nimmer greep gehad en wel omdat de afwikkeling van de schulden van een erflater daarin op een geheel andere wijze is geregeld dan in de continentale (en Schotse) ‘civil law’.⁶⁰

W.J. Zwolve

Leiden

⁵⁹ Mugdan, a.w. p. 515 (cursivering toegevoegd).

⁶⁰ De belangstellende lezer zij daarvoor verwezen naar Uniken Venema/Zwolve, *Common Law & Civil Law*, Deventer 2000, p. 157 e.v.