



# **Academisch proefschrift over de rechtskracht van het beding, volgens art. 1223, lid 2, Burg. Wetb., tussen den schuldenaar en den hypotheekhouder aan te gaan**

<https://hdl.handle.net/1874/310838>

7

SPECIMEN JURIDICUM INAUGURALE

DE

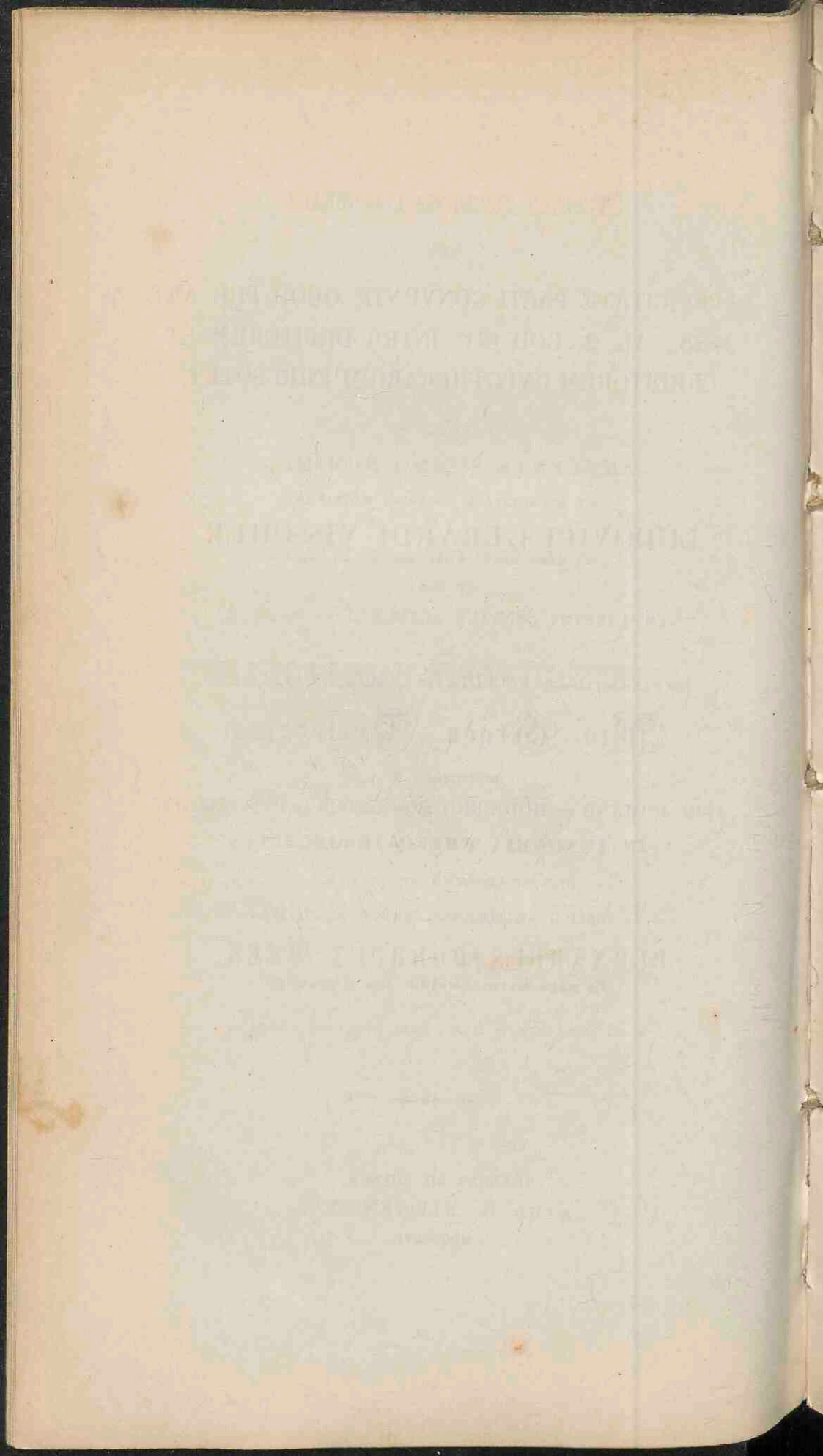
EFFICACITATE PACTI CONVENTI,

QUOD PER

ART. 1223, AL. 2, COD. CIV.

INTER

DEBITOREM ET CREDITOREM HYPOTHECARIUM INIRI SÔLET.



SPECIMEN JURIDICUM INAUGURALE

DE

EFFICACITATE PACTI CONVENTI, QUOD PER ART.  
1223, AL. 2, COD CIV. INTER DEBITOREM ET  
CREDITOREM HYPOTHECARIUM INIRI SOTET,

QUOD,

ANNUENTE SUMMO NUMINE,

EX AUCTORITATE RECTORIS MAGNIFICI

LUDOVICI GERARDI VISSCHER

PHIL. THEOR. MAG. LIT. HUM. DOCT. ET PROF. ORD.

NEC NON

AMPLISSIMI SENATUS ACADEMICI CONSENSU,

ET

NOBILISSIMAE FACULTATIS JURIDICAE DECRETO,

Pro Gradu Doctoratus

SUMMISQUE IN

JURE ROMANO ET HODIERNO HONORIBUS AC PRIVILEGIIS,

IN ACADEMIA RHENO-TRAJECTINA,

RITE ET LEGITIME CONSEQUENDIS,

PUBLICO AC SOLEMNI EXAMINI SUBMITTIT

BERNARDUS DORHOUT MEES,

Ex pago Garmerwolda, Groninganus.

A. D. XXXI MENSIS MAJI, ANNI MDCCCLVI, HORA I.



TRAJECTI AD RHENUM,

APUD C. BIELEVELT.

MDCCCLVI.





ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

OVER

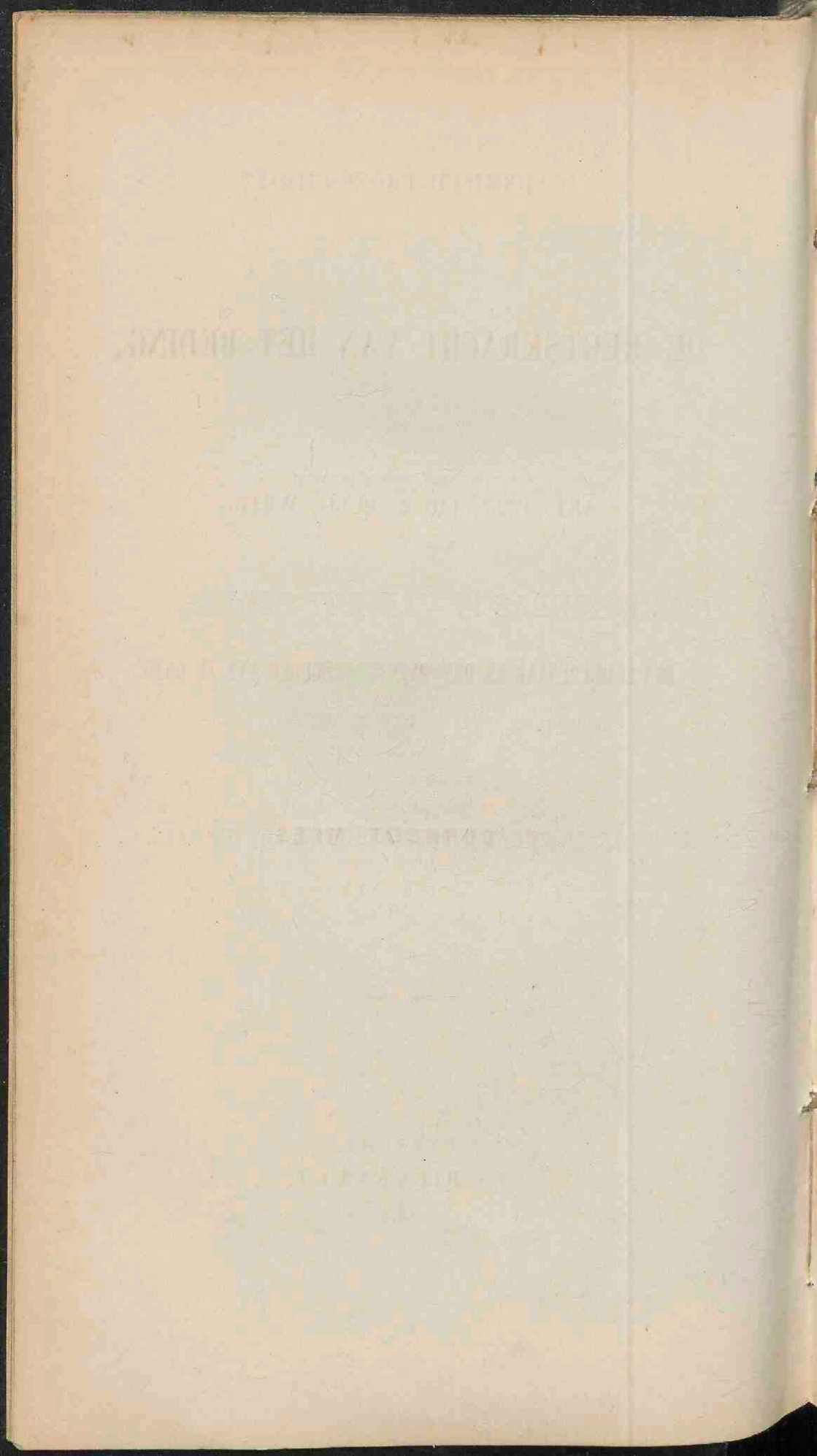
DE REGTSKRACHT VAN HET BEDING,

VOLGENS

ART. 1223, LID 2, BURG. WETB.,

TUSSEN

DEN SCHULDENAAR EN DEN HYPOTHEEKHOUDER AAN TE GAAN.



ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

OVER

**DE REGTSKRACHT VAN HET BEDING,**

VOLGENS

ART. 1223, LID 2, BURG. WETB.,

TUSSEN

**DEN SCHULDENAAR EN DEN HYPOTHEEKHOUDER AAN TE GAAN.**

DOOR

**B. DORHOUT MEES,**

JURIS UTR. CANDID.



UTRECHT,

**C. BIELEVELT.**

1856.



PARENTIBUS  
OPTIMIS CARISSIMIS,

NEC NON

VIRO CONSULTISSIMO

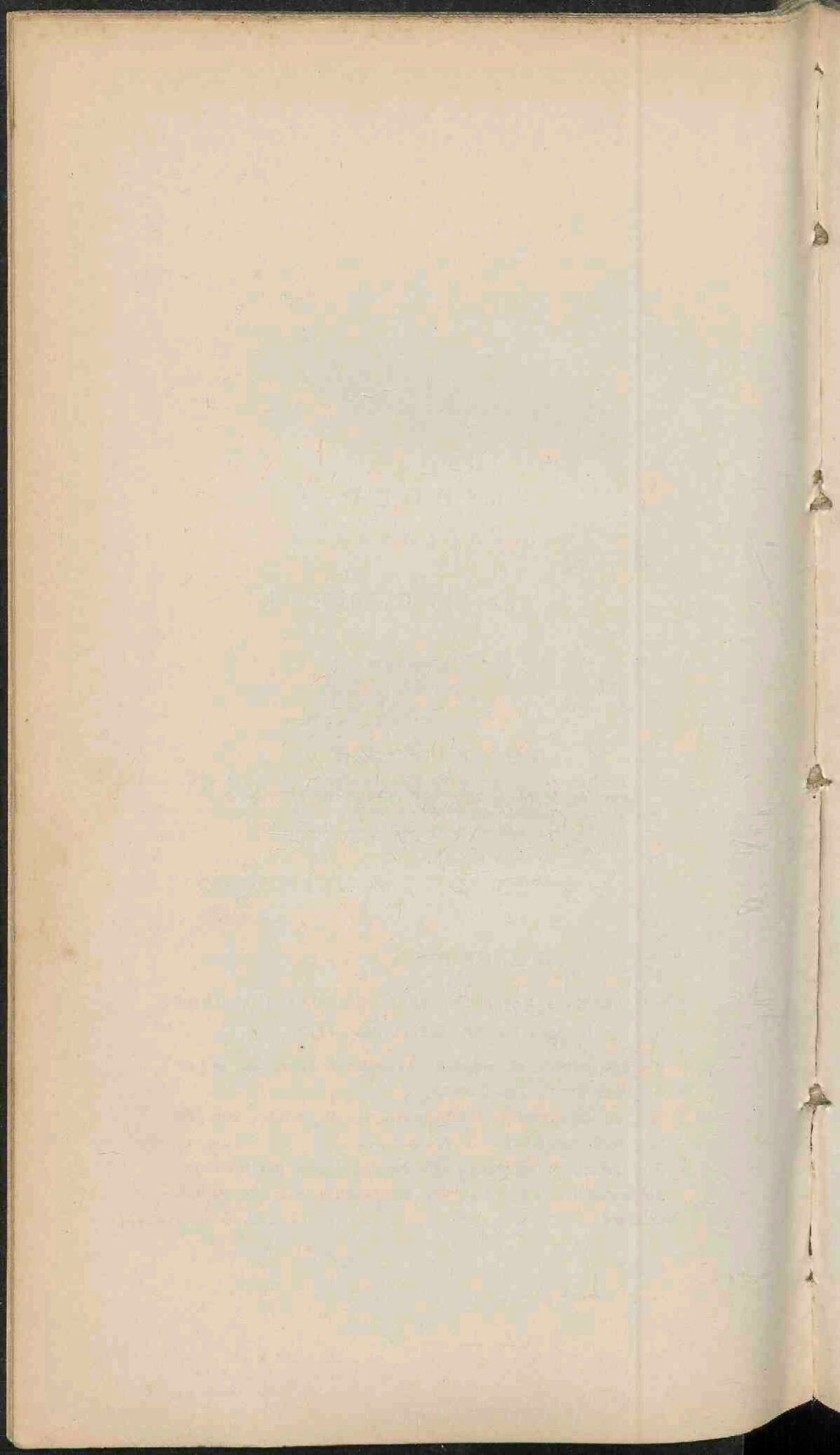
**BERNARDO DORHOUT,**

ORD. LEON. NEDERL. EQUITI, JURIS UTRIVSQUE DOCTORI, CURIAE LEOVARDIENSIS ADSCRIPTO,  
QUONDAM ORDINUM PROVINCIALIUM FRISIAE DELEGATO,

AVUNCULO AESTUMATISSIMO,

*SACRUM.*





## INHOUD.

INLEIDING .....	Bl. 1.
-----------------	-----------

### HOOFDSTUK I.

OVER DE PLAATS, DIE DIT BEDING IN REGTEN BE- KLEEDT, ZIJNEN AARD EN DEN NAAM, DIEN MEN ER AAN KAN GEVEN.....	6.
--	----

### HOOFDSTUK II.

BEHANDELING VAN VERSCHILLENDE VRAAGPUNTEN, WAARTOE  
DIT BEDING AANLEIDING GEEFT.

§ 1. Kunnen tweede en volgende hypotheekhouders dat beding ook maken?.....	19.
§ 2. Mag de schuldenaar, niettegenstaande dit beding, ook zelf nog verkoopen?.....	24.
§ 3. Kan men ook bedingen, dat de schuldenaar het pand niet zal mogen verkoopen zonder toestemming van den schuld- eischer?.....	26.

- § 4. Mag de schuldeischer bedingen, dat de schuld opvorderbaar zal zijn, ingeval het goed door een' derden wordt uitgewonnen?..... 30.
- § 5. Moet de kantonregter ook bij den verkoop tegenwoordig zijn?..... 31.
- § 6. Moet het goed ook vooraf in beslag genomen worden?... 35.
- § 7. Moet de koper den geheelen koopprijs betalen en welke zijn de gevolgen van die betaling?..... 36.
- § 8. 1°. Is de hypotheekhouder, wien onherroepelijke magtiging tot openbaren verkoop is verleend, niet verplicht het alzoo in veiling gebragte perceel aan den hoogstbiedenden of mijnenden te gunnen?  
 2°. Is hij verplicht datzelfde perceel bij eene latere herveiling gunnende, deswege rekening en verantwoording te doen aan den eijenaar?..... 42.
- § 9. Verklaring van art. 510 Wetb. van Burg. Regtsv..... 44.
- § 10. Over de kosten..... 55.
- § 11. Is de curator in een' faillieten boedel praeferent boven den eersten hypotheekhouder?..... 57.

## I N L E I D I N G.

---

Onder de veranderingen, die in onze Nederlandsche wetgeving, met betrekking tot het hypotheekstelsel van den Code Napoleon, zijn gemaakt, behoort ook deze, dat in art. 1223 lid 2 B. W., de oudtijds hier te lande geldende onherroepelijke volmagten tot verkoop zijn in het leven geroepen. In het ontwerp van 1820 art. 1531, in de Wet van 5 Maart 1825, Stb. n°. 44, art. 16 en in het Wetboek van 1830 art. 1254, bestond dit artikel slechts uit het eerste gedeelte 1) en werd alzoo eenvoudig het bekend verbod van Keizer CONSTANTIJN herhaald, waarbij het pactum commissorium met toepassing op de hypotheeken werd verboden, in deze bewoordingen: »*alle bedingen, bij welke de schuldeischer gemagtigd zou worden om zich het gehypothekeerde goed toe te eigenen, zijn nietig.*»

Eerst in de Wet van 28 April 1834, Stb. n°. 18, art. 44, is het tegenwoordige tweede lid van het artikel vastgesteld, waarbij het beding veroorloofd wordt, dat

---

1) VOORDUIN, Gesch. en Begins., Deel IV, bl. 527, 528.



de eerste hypotheekhouder, onder daarbij aangewezenen omstandigheden, onherroepelijk zal zijn gemagtigd, om het verbondene goed in het openbaar te verkoopen. De redenen, welke de regering hebben bewogen om dit artikel vast te stellen, moeten grootendeels gezocht worden in den uitgedrukten wensch der afdeelingen, om zoodanige bepaling bij te voegen, daar, zoo sprak men, »dergelijke bevoegdheid de geldschieting bevordert en de hypothekatie van geringe waarden.» De Regering heeft dan ook luidens hare antwoorden aan dat verlangen willen voldoen, daar zij zich overtuigd hield, dat daardoor eene werkelijke dienst aan de ingezetenen werd bewezen, vermits bepaaldelijk bij kleine perceelen de geldschieters afschrikt werden hun geld op hypotheek te leenen, uit hoofde der kostbare procedure in geval van uitwinning 1).

De woorden van het geheele artikel luiden aldus:

*»Alle bedingen, bij welke de schuldeischer gemagtigd zou worden, om zich het gehypothekeerde goed toe te eigenen, zijn nietig.*

*»Het staat echter den eersten hypothecairen schuldeischer vrij om, bij het vestigen der hypotheek, uitdrukkelijk te bedingen dat, bij gebreke van behoorlijke voldoening der hoofdsom of van de betaling der verschuldigde renten, hij onherroepelijk zal zijn gemagtigd het verbonden perceel in het openbaar te doen verkoopen, ten einde uit de*

---

1) VOORDUIN, t. a. p. Deel IV, bl. 527, 528. ASSER, Het Ned. Burg. Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon, § 643, bl. 434.

opbrengst te verhalen zoowel de hoofdsom als de renten en de kosten."

»Dat beding zal op de openbare registers moeten worden aangeteekend, en zal de veiling moeten plaats hebben, op de wijze als bij art. 1255 is voorgeschreven, met uitzondering alléén, dat de tegenwoordigheid van den Kantonregter niet vereischt wordt."

Daar men zich bij de beraadslagingen op dit beding heeft beroepen, als vroeger hier te lande geldende, kan het niet van gewigt ontbloot beschouwd worden, op te sporen, 't geen wij hieromtrent bij onze oude schrijvers vinden opgeteekend.

DE GROOT, Inleiding tot de Holl. Regtsg., Boek 2, Deel 48, van onderzettinge, § 41, zegt: »'t Gevolg van onderzettinge is niet, dat de schuldeischer het onderzette voor zich mag behouden of uit eigen macht verkoopen; ja, dat meer is, hij mag ook bij voorwaarden niet bedingen recht van verval van eigendom bij wanbetalinge, maar moet na verkregen vonnisse de verkooping rechtelijk laten geschieden en alzoo 'tzijne bekomen."

Uit de aantekeningen van Mr. w. SCHORER (uitgave van Middelburg 1767) § 41, n°. 51, zien wij, dat anderen beweren, dat, indien zulks bedongen is, de schuldeischer wegens wanbetaling het goed mag verkoopen, in betaling geven, ja zelfs tegen den opregten prijs voor zich behouden. De geoorloofdheid er van, volgens 't oud Hollandsch regt, schijnt mij boven allen twijfel verheven, ofschoon men gewoon was er geene uitvoering aan te geven, dan met regterlijke magti-



ging <sup>1)</sup>, welk gebruik echter meer door de gewoonte aangenomen en als maatregel van voorzorg en behoedzaamheid aangewend, dan volgens regten vereischt werd. In dezen schijnt men nog tusschen Friesland en Holland te moeten onderscheiden, daar in Friesland de regterlijke magtiging minder noodig geacht werd; ten minste wij vinden bij SANDE <sup>2)</sup>, eene sententie door het hof van Friesland in dien geest gewezen, ofschoon wij ook hier, op eene andere plaats <sup>3)</sup>, de regterlijke magtiging als een' maatregel van voorzigtigheid vinden aangeprezen.

HUBER, Hed. Regtsgeleerdheid, Boek 5, Hoofdst. 40, n<sup>o</sup>. 46 bevestigt dit, wanneer hij zegt, dat de executie ook geschieden kan buiten sententie, in contracten, die uitdrukkelijk met dat beding zijn aangegaan, dat partijen in gebreke blijvende, dit of dat goed daarvoor zoude zijn verbonden en executabel zonder » *figure van rechte, want,* » laat hij er op volgen, » *althoewel eenige meenen, dat niettegenstaende soodanig bedingst de forme van recht niet zoude mogen nagelaeten worden, zoo is*

1) VOET, ad tit. D. de pign. et hypoth., n<sup>o</sup>. 25 et 26.

Dezelfde ad tit. D. de distractione pign. et hypotheec., n<sup>o</sup>. 6.  
NEOSTADIUS, supremae curiae decisiones, decisio 90. ANTONIUS  
MATTHAEUS, de auctionibus lib. 1, cap. 3, n<sup>o</sup>. 1 et cap. 16, n<sup>o</sup>.  
14 et 15.

HUBER, de distract. pignorum, n<sup>o</sup>. 6.

VINNIVS, ad tit. Inst. quibus alienare licet vel non § 1.

GROENEWEGEN, de legibus abrogatis, ad tit. Inst. quibus alienare licet vel non ad § 1.

2) Dec. Frisiae, lib. 3, tit. 12, def. 20.

3) SANDE., l. l. lib. 1, tit. 12, def. 3.

toch waerder, dat partijen met accoort haer en haer goedt kunnen verbinden, gelyk zij willen, ook in dezer voegen, jae wel zoo, dat den eenen den anderen in 't particulier macht geeft, om het goedt aan te grijpen, vast te houden ende te verkoopen, uit eigen hoofde zonder *Rechterskennisse*, alhoewel veiliger is het arresteeren ende verkoopen met autoriteit van den rechter te doen."

STOCKMANS, *Decisiones Brabantiae*, Dec. 45, zegt ook: »si nihil convenerit, res venum auctoritate judicis exponatur, quam creditor licitando publico emat, si velit."

## HOOFDSTUK I.

OVER DE PLAATS, DIE DIT BEDING IN REGTEN  
BEKLEEDT, ZIJNEN AARD EN DEN NAAM,  
DIEN MEN ER AAN KAN GEVEN.

---

De goederen van den schuldenaar zijn het algemeene onderpand van zijne schuldeischers, *le gage commun de ses créanciers*, zooals de C. N. art. 2093 spreekt, of zooals onze wetgever het uitdrukt: »*die goederen strekken tot gemeenschappelijken waarborg voor zijne schuldeischers.*» Art. 1178. B. W.

Dit is de algemeene regel. Elk schuldeischer kan zijn geheel regt op al die goederen verhalen, zij zijn allen daartoe gelijkolijk gerechtigd, tenzij aan eenigen van hen voorrang is verleend. De schuldeischer nu is bevoorregt, òf uithoofde van den aard zijner inschuld, en dan noemt de wet het privilegie, òf uithoofde van het goed waarop zijne schuld is gevestigd en dan is het pand of hypotheek. Indien deze bevoorregte schulden met elkander concurreren, gaat pand en hypotheek in den regel, volgens den wil des



wetgevers boven privilegie, behalve wanneer uitdrukkelijk het tegendeel is bepaald; Art. 1180 B. W. Door deze bevoorregte schulden, en door deze ook alléén, wordt het algemeene pandregt der schuldeischers omtrent die goederen grootelijks beperkt.

Pand en hypotheek zijn zakelijke regten, ofschoon niet in gelijke mate. Men denke b. v. slechts, dat pandregt ophoudt te bestaan, zoo spoedig het verpande goed niet meer in het bezit is van den schuldeischer. Zakelijker, ja het zakelijkste van alle zakelijke regten in art. 584 B. W. opgenoemd, is hypotheek. De schuldeischer heeft een bepaald onroerend goed, dat voor zijne inschuld is verbonden; de schuld kleeft als het ware op het goed en volgt hetzelfde, in welke handen het ook moge overgaan. 't Is hem onverschillig, of zijn schuldenaar het goed vervreemdt, want het goed komt niet in handen van den nieuwen eigenaar, dan met alle lasten die er opkleven, tenzij hij van het voorregt van zuivering gebruik makende, de doorhaling der hypotheken heeft bewerkstelligd, welke het beloop van den koopprijs te boven gaan.

De schuldeischer moet echter, indien hij van zijn regt wil gebruik maken, het onroerend goed in beslag nemen, verkoopen, in één woord, den weg van geregtelijke uitwinning volgens de regelen der Burgerl. Regtv. (art. 491 volgg.) volgen. Deze weg tot uitvoering van zijn regt echter is kostbaar en kan bij kleine perceelen het onderpand van den schuldeischer doen te loor gaan. De geldschietters worden afgeschrikt om geld op hypotheek te leenen, uithoofde van de

kostbare rechtspleging in geval van uitwinning. 't Is daarom, dat de wetgever in art. 1223 B. W. veroorlooft om bij beding overeen te komen, dat het den schuldeischer, in geval van wanbetaling van hoofdsom en renten, zal zijn geoorloofd het goed onherroepelijk in het openbaar te verkoopen.

De wetgever heeft dit beding onder de algemeene bepalingen, waarmede de titel van hypothecken begint, opgenomen. Te regt, geloof ik, want daar is de plaats, waar verklaard moest worden, wat hypotheek is, wie haar kan verleenen, welk goed en regt daarmee bezwaard kan worden, bij welke akte, de inhoud daarvan, enz. en tevens, wat partijen mogen overeenkomen, om het zakelijke regt door bedingen te wijzigen of uit te breiden. Het beding is dan ook even zakelijk als het regt zelf en volgt het goed in welke handen het ook moge overgaan. Het moet dan ook met de hypotheek op de registers aangeteekend worden, want derden moeten het oerbiedigen en behooren van hun regt behoorlijk kennis te kunnen nemen. In de Afdeeling van *»het te niet gaan der hypothecken»* zou het misplaatst geweest zijn, want, hoewel het waar is, dat de onherroepelijk gemagtigde, die uitvoering aan dit zijn regt geeft, na betaling van zijne vordering in de doorhaling van zijne hypotheek zal moeten toestemmen; zoo is het niet minder waar, dat de reden waarom het beding in 't leven geroepen is, geene andere is, dan om den kostbaren weg van executie te voorkomen en nooit, om het als eene wijze van te niet gaan der hypothecken daar te stellen. Neen; na den verkoop, wanneer het goed



met verschillende hypotheeken is bezwaard, keert alles tot het gewone regt terug en zal alléén eene geregtelijke rangregeling kunnen aanwijzen, welke hypotheeken, voor het geheel of gedeeltelijk, batig of niet batig zijn gerangschikt en alzoo doorgehaald worden of naarmate hunner rangschikking op het goed zullen blijven gehandhaafd. Geeft men dit niet toe, dan zal men aan den kooper, wiens goed bezwaard blijft en die er dus in de eerste plaats belang bij heeft dat zijn goed van hypotheeken worde gezuiverd, die ongekende en buitensporige magt moeten geven, om over de regten van derden te beschikken tot doorhaling hunner hypotheeken als anderzins. Dit is geheel in strijd met den geest des wetgevers, die schoorvoetende en onder eene menigte behoedmiddelen tot de zuivering van hypotheeken in geval van willige verkooping is overgegaan. Die meening vloeit, dunkt mij, voort uit eene verkeerde beschouwing omtrent het wezen van het beding.

Men zou kunnen vragen, wat regtens zou zijn, indien deze uitdrukkelijke bepaling van art. 1223 B. W. niet in de wet opgenomen en het beding niettemin tusschen partijen gesloten was.

Deze vraag heeft zich onder den C. N. voorgedaan, die, zooals boven gezegd, daaromtrent geene bepaling inhield. De vraag schijnt thans van minder belang en praktisch nut, onder eene wetgeving, waarin dat Wetboek met al zijne aankleve is afgeschaft.

PERSIL, questions sur les privilèges et hypothèques, uitgave van Brussel 1834, bl. 229, houdt het voor ongeoorloofd, daar art. 2078 C. N. duidelijk de nie-



tigheid uitspreekt van elke bepaling, waardoor de schuldeischer het goed zou mogen verkoopen, »*sans les formalités prescrites par la loi.*» Het hof van Bourges heeft om dezelfde reden een vonnis in dien geest gewezen <sup>1)</sup>. Men zie verder de schrijvers, die met veel zorg voor en tegen dat gevoelen zijn aangehaald bij PUTTKAMMER, Advies over de vraag, hoe kan zonder gevaar geld op hypotheek worden geplaatst? Leeuwarden 1845, bl. 7 en volgg.

Ik zal later de gelegenheid hebben om over de kracht welke in het algemeen aan bedingen, waaroemtrent partijen zijn overeengekomen en die niet in de wet zijn opgenomen, te spreken en ga nu over tot de nadere ontwikkeling van de natuur des bedings.

Het beding is onherroepelijk, zegt art. 1223 B. W. Uit die onherroepelijkheid vloeit, dunkt mij, voort, dat men zijn wezen niet kan zoeken in lastgeving. Lastgeving toch gaat te niet door herroeping en dood van den lasthebber, alsmede van den lastgever. Het is er echter verre van af, dat hierdoor ook dit beding te niet zoude gaan. Neen; het is onherroepelijk, een accessorium van het zakelijke regt en het volgt het goed in welke handen het ook moge overgaan. De schuldenaar heeft zich aan den schuldeischer verbonden, niet alléén voor zich, maar ook voor zijne erfgenamen. Ook van de zijde des schuldeischers gaat dit regt over op zijne regtverkrijgenden (art. 1354 B. W.). Indien het goed naderhand in handen mogt komen van min-

---

1) Cf. PERSIL, t. a. p. bl. 230.

derjarigen, geheel of gedeeltelijk met meerderjarigen, ontheft dit den schuldeischer van de verpligting om het anders gevorderde verlot van verkoop der goederen van minderjarigen te vragen. Indien men het tot lastgeving brengt, dan zou na den dood des lasthebbers of lastgevers de schuldeischer of zijne erfgenamen niet meer dezen weg van verkoop kunnen inslaan, maar den gewonen weg van geregtelijke uitwinning moeten volgen en het is juist om dit te voorkomen, dat de wetgever het beding heeft toegelaten. Het zakelijke regt verder wordt er door gewijzigd. De schuldeischer krijgt meer regt dan bij gewone hypotheek. Het regt is tevens met de hypotheek aan het goed verbonden en wordt mede op de registers aangeteekend 1). De schuldeischer moet echter bij den verkoop wel als de lasthebber van den schuldenaar beschouwd worden. 't Is toch niet zijn eigen goed, dat hij verkoopt, maar het goed des verkoopers, wien hij vertegenwoordigt. Hij moet dan ook bij den verkoop de plaatselijke gebruiken volgen en geene verzwarende omstandigheden in de veilconditiën voegen; anders zou hij het regt van den eigenaar (schuldenaar-lastgever), wien hij vertegenwoordigt, te kort doen. Hij is de vertegenwoordiger van den schuldenaar, van daar ook, dat de Notaris, in de akten verleden ten gevolge der onherroepelijke magtiging, de vóornamen, den naam, het beroep of de maatschappelijke betrekking van den schuldenaar moet vermelden en aan de verkoopakte

1) R. Bijblad, 1<sup>e</sup> Deel, bl. 439.



gehecht zal moeten worden de expeditie van het hypothecair verband, waarin die onherroepelijke magtiging is omschreven 1). Uit die vertegenwoordiging verder bij den verkoop vloeit voort, dat de schuldeischer tot geene andere overdragt van het goed, dan de gewone door overschrijving op de registers (art. 674 B. W.) gehouden is. De koper kan van hem niet vorderen, dat hij hem in het werkelijke bezit van het goed stelle. Hij kan toch niet meer regt op een' anderen overdragen dan hij zelf heeft, en alhoewel in den regel de verkoper verpligt is, om het verkochte goed in de magt en het bezit van den koper te brengen, behoeft de schuldeischer en kan hij ook in dezen niet anders, dan de eenvoudige overdragt van eigendom doen. De koper zal dus zijn eigendomsregt zelf geldig moeten maken en indien het goed zich bij toeval in handen van derden mogt bevinden, dit van hen opvorderen, want hij is wel regtens eigenaar geworden, maar daarom niet feitelijk bezitter. Dit neemt niet weg, dat wanneer het goed verhuurd mogt zijn, hij de huur volgens de gewone regelen van regt gestand zal moeten doen en eerst na verloop van den huurtijd het vrij bezit van het gehuurde zal kunnen vorderen 2). Verder behoeft de schuldeischer, die uit kracht van zijne onherroepelijke volmagt ageert, aan zijne tegenpartij

1) Vonnis van den H. Raad der Nederl. van den 21 Maart 1850. W. v. h. Regt, n<sup>o</sup>. 1112. Wet op het Notarisambt van 9 Julij 1842, Stb. n<sup>o</sup>. 20, art. 26 en 32.

2) Vonnis van de Arrondiss. Regtb. te Gorinchem van 6 Nov. 1847. R. Bijblad, 10<sup>e</sup> Deel, bl. 60.

niet te doen beteekenen den titel waaruit hij ageert, want de bepaling van art. 500 B. Regtsv. is op hem niet toepasselijk, daar hij geheel en al verschilt van den gewonen executant. Deze bepaling dus op den schuldeischer met onherroepelijke magtiging te willen toepassen, zou eene willekeurige uitbreiding der wet zijn, die niet mag worden toegelaten <sup>1)</sup>. De registratie heeft gemeend, dat men zoodanig beding, als eene afzonderlijke beschikking niet afhankelijk of voortvloeiende van de hoofdverbindtenis moest beschouwen en dat er alzoo een afzonderlijk regt van registratie (80 cts.) van moest worden betaald <sup>2)</sup>. Bij resolutie echter van denzelfden minister van 2 Feb. 1841, n°. 39, Bijv. Stbl. n°. 42 is echter nader bepaald, dat wegens bepalingen in akten voorkomende, welke bij de art. 1223, 1302, 1303 en 1553 B. W. zijn voorzien, geene afzonderlijke regten van registratie verschuldigd zijn. Dit doet, dunkt mij, duidelijk zien, dat ook de regering dit beding voor een accessorium van het zakelijke regt heeft willen houden.

Verskillend zijn de namen, die men aan dit beding heeft gegeven.

Onze voorouders schijnen het wel eens »*parate executie*» genoemd te hebben, ten minsten wij vinden dit bij BIJNKERSHOEK, *Quaestiones juris privati*, lib. 2, c.

1) Vonnis van de Regtbank van Arnhem van 4 Julij 1848. R. Bijblad, 10<sup>e</sup> Deel, bl. 543.

2) Decisie van den Minister van Financien 24 Nov. 1840, n°. 103. Bijv. Stb. n°. 335. Mr. J. S. VERNÈDE, Handleiding tot de Nederl. Wetgeving op art. 1223. B. W. aant. 2.



43, opgeteekend. Deze benaming houd ik voor onjuist. *Parate executie* komt alleen toe aan hem, wien het imperium in jurisdictione gegeven is. De Staten van Holland maakten er dan ook in de eerste plaats gebruik van tot het innen van belastingen, volgens het Edict van den laatsten Mei 1588. De daarbij voorgeschrevene manier van executie was, dat de betaling den belastingschuldigen werd aangezogd en zoo daaraan niet binnen de 24 uren werd voldaan, de belastingschuldige in hechtenis werd genomen en de goederen in beslag. De solemniteiten alsdan te volgen staan verder in dat Edict beschreven <sup>1)</sup>. Buiten de Staten waren nog wel anderen met dat regt door de Staten zelve *bekleed*, maar gewoonlijk was de vorm van executie bepaaldelijk bij het privilegie voorgeschreven; zoo niet, dan regelde men zich naar dat Edict van den laatsten Mei 1588. Bij ZURCK, Codex Batavus, verbo executien, § 2, 3, 12, 13, 14, kan men zien, aan wien dat regt nog meer toekwam. Zij waren daarmee door de staten *bekleed*, want dit regt kunnen partijen elkander onderling niet geven. Dit toch gaat buiten de grenzen van gewone overeenkomst en grijpt in de hoogste magt. Buitendien is ook de schuldeischer met dit beding er verre van af van paraat te executeren. Hij verkoopt, bij wanbetaling aan de zijde des schuldenaars van hoofdsom en renten, als onherroepelijk gemagtigde, tot terugbeking van zijne opgeschotene penningen. Aan het regt om dit beding te mogen maken, schijnt men,

---

1) BLINKERSHOEK, t. a. p. lib. 2, c. 13, bl. 316.

ook volgens het gevoelen van BIJKERSHOEK, t. a. p., niet te kunnen twijfelen. Wel is waar zegt MERULA, Manier van procederen, lib. 4, tit. 100, cap. 4, n°. 10, dat dit regt is afgeschafte door »*Ordonantiën en Placaten van de Hooge Overheid*», maar BIJKERSHOEK zegt, t. a. p. lang naar die wetten gezocht en ze niet te hebben gevonden. Meer schijnt dan ook waar te zijn, 't geen MERULA er bijvoegt, dat dit het gevoelen van de praktizijns is.

Het voormalig Hooge Gerechtshof te 's Hage heeft, bij een arrest van 15 Maart 1826 <sup>1)</sup> dit beding voor eene poenale clause gehouden en op grond van den Code Napoleon, die geene bepaling daaromtrent inhield, voor ongeoorloofd verklaard. Ook deze zienswijze houd ik voor min juist. Bij verbindtenissen onder beding van straf of poenaliteit toch, is het de schuldenaar die tot iets bepaalds verplicht is, ingeval hij daaraan niet voldoet. 't Is dus van hem afhankelijk en in zijne magt om of de verbindtenis te voldoen, of de straf te betalen. De poenaliteit dient alléén tot zekerheid van de uitvoering der verbindtenis. De onherroepelijke volmagt daarentegen dient niet tot zekerheid der uitvoering. De schuldeischer behoeft geene zekerheid meer, want hij heeft een aan hem voor zijne schuld verbonden goed. 't Is alléén om op eene gemakkelijke en min kostbare wijze zijn geld terug te krijgen, *eene uitbreiding en wijziging van zijn zakelijk regt*. Bovendien is

1) Regtskundig Tijdschrift voor het Notarisambt, 1<sup>e</sup> Deel, 1<sup>e</sup> stuk, bl. 17 volgg.



het, bij verbindtenissen onder beding van poenaliteit, de schuldenaar die tot iets bepaalds verplicht is; bij de onherroepelijke magtiging is de schuldenaar tot niets verplicht. De schuldeischer alléén handelt in geval van wanbetaling en zoekt zijn regt geldig te maken.

Mr. A. DE PINTO <sup>1)</sup> noemt het eene soort van lastgeving, waarbij de schuldeischer gemagtigd wordt, om het goed van zijnen schuldenaar te verkoopen.

De Heer VAN EELDE <sup>2)</sup> noemt het, wat zijnen aard betreft ook eene gewone lastgeving, alléén met het verschil, dat het niet kan worden herroepen noch eindigt op eene der andere wijzen, waarop anders lastgeving ophoudt te bestaan.

Anderen <sup>3)</sup> gelooven, dat door die bepalingen geheel en al de aard van de lastgeving wegvalt. Want dat de herroepelijkheid en andere wijzen, waarop lastgeving eindigt volgens art. 1850 B. W. zoozeer met haren aard verbonden zijn, dat met het wegvallen er van ook de lastgeving ophoudt te bestaan.

Ik voor mij geloof, wegens het boven ontwikkelde, dat de schuldeischer met onherroepelijke volmagt, niettemin altijd in zich het karakter van gevolmagtigde blijft behouden, vooral bij den verkoop van het verbondene onroerende goed. Zoo ook heeft dan de H. Raad bij arrest van 21 Maart 1850, Weekbl. van het Regt, n°. 1112, hem als procurator in rem suam en als ge-

1) Handleiding tot het Burgerl. Wetb., § 704, bl. 416  
3<sup>e</sup> druk.

2) Regt en Wet, 2<sup>e</sup> Deel, 1<sup>e</sup> stuk, bl. 63.

3) Mr. G. V. D. KEMP, in Dissert. sua, bl. 9.

volmagtigde en vertegenwoordiger van zijnen schuldenaar bij den verkoop beschouwd. Ook de Arrondissements-Regtbank van Gorinchem in haar vonnis van 6 Nov. 1847 <sup>1)</sup> meent, dat men het beding steeds van het eigenlijk gezegde mandaat moet onderscheiden houden en het ook vroeger hier te lande steeds als zoodanig beschouwd heeft. Zij noemt het verder een bevoorregt middel van regtsdwang of uitwinning van den schuldeischer op het verbondene goed van den schuldenaar.

Van een ander gevoelen wederom is Jonkh. Mr. M. VAN PUTTKAMMER, t. a. pl. bl. 8 volgg. alwaar hij zegt: » *Dat beding is, onzes inziens de voorwaardelijke overdragt van de eigendomsregten op den schuldeischer,* » enz. Ook dit gevoelen is, gelooven wij, onjuist. Waar en wat zijn dan toch die eigendomsregten? Heeft de schuldeischer het regt van verpanden, bezwaren met erfdiensbaarheden of anderzins? Geenszins. Alléén in een bijzonder geval mag hij vervreemden door verkoop, en dan nog wel als gemagtigde van den schuldenaar. De wet verklaart er zich verder sterk tegen in art. 1223 B. W. 1<sup>e</sup> gedeelte. » *Alle bedingen, bij welke de schuldeischer gemagtigd zoude worden om zich het gehypothekeerde goed toe te eigenen, zijn nietig.* » Heeft dus de schuldeischer niet dan in een bepaald geval het regt van *vervreemden*, ook het regt om te *bezitten*, die andere zijde van het eigendomsregt, heeft hij niet. Neen. De onherroepelijke magtiging tot verkoop is eene *wijziging van het zakelijke regt*, waarin

1) Regtsg. Bijblad, 10<sup>e</sup> Deel, bl. 60.



ecne verandering in den staat der personen des schuldenaars of schuldeischers geene verandering kan te weeg brengen. Het adagium *de convertir l'hypothèque en prix*, brengt dit ook niet mede, want bij elk verbonden perceel wordt de hypotheek in geld veranderd 1).

---

1) Mr. A. DE PINTO, Themis, 7<sup>e</sup> jaargang, bl. 113. De Heer G. PLIESTER, in Bedenkingen over het advies van Jhr. PUTTKAMMER, Arnhem 1845, bl. 11.

## HOOFDSTUK II.

BEHANDELING VAN VERSCHILLENDE VRAAGPUNTEN,  
WAARTOE DIT BEDING AANLEIDING GEEFT.

---

Na de algemeene beschouwing van dit beding zal het gemakkelijk zijn de bijzondere quaestiën te behandelen, waartoe dit beding aanleiding geeft.

### § 1. KUNNEN TWEDE EN VOLGENDE HYPOTHEEKHOUDERS DAT BEDING OOK MAKEN?

De Regtbank van Utrecht heeft in een vonnis van den 18 Februarij 1852 die vraag beslissend beantwoord 1). In een' tegenovergestelden zin heeft de Regtbank van Appingadam op den 8 Jan. 1852 beslist 2). Oppervlakkig zou men bij de inzage van dit artikel gencigd zijn, met de Regtbank van Appingadam die vraag ontkenkend te beantwoorden. Ik geloof echter, dat het

1) R. Bijblad, 1852, bl. 382 volgg.

2) Opmerkingen en Mededeelingen betreffende het Nederlandsch regt, verzameld door Mr. A. OUDEMAN en Mr. G. DIEPHUIS, 8e jaargang. Groningen 1852, bl. 178.

tegenovergestelde gevoelen juist is. De wet spreekt wel is waar uitdrukkelijk alleen van den *eersten* hypotheekhouder en, indien wij de beraadslagingen daaromtrent inzien bij Mr. J. C. VOORDUIN 1), dan is dit, zooals de Regering zeide, »omdat anderzins de regten van »den eersten zouden zijn verkort, indien latere hypo- »theekhouders zich een regt voorbehielden, waardoor »de eerste zoude moeten dulden, dat een perceel, »waarop hij zonder zoodanige voorwaarde heeft geld »geschoten, door een' lateren schuldeischer zoude wor- »den verkocht.»

»Ook zoude de toelating van zoodanig beding door »meer dan één' opvolgenden schuldeischer ongelegen- »heden doen geboren worden, doordien er geschil zoude »rijzen of er al dan niet een regt van praeferentie bestaat.»

Met den Heer V. D. KEMP 2) geloof ik, dat de Regering hier min juist het woord »voorwaarde» voor »beding» gebruikt en dat de woorden doelen op het geval, of, wanneer de eerste hypotheekhouder dit beding niet heeft gemaakt, volgende hypothecaire schuldeischers dit kunnen maken en of alle hypothecaire schuldeischers, die eene zaak aan zich verbonden hebben, dit kunnen doen? Door dit aan verschillende schuldeischers toe te laten, bestaat er geene oorzaak van vrees en blijft het artikel met de toelichting gaaf, want hij alléén kan er gebruik van maken, die op

---

1) Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken. Utrecht 1838, 4<sup>e</sup> Deel. Burg. Wetb., bl. 529.

2) In zijne aangeh. Dissertatie, bl. 6, 7.



het oogenblik, dat het beding zal worden ten uitvoer-gelegd, eerste hypothecaire schuldeischer zal zijn. De eerste hypothecaire schuldeischer heeft er geen na-deel van, want het regt van uitvoering blijft altijd opgeschorst, totdat aan hem hoofdsom en renten zijn voldaan. Over het regt van praeferentie kan geen sprake zijn, want niet dan nadat de eerdere hypothe-ken voldaan en aan het kantoor van hypotheken ge-roijjeerd zijn, wordt het beding van de latere hypothe-caire schuldeischers uitvoerbaar 1). De uitdrukking »eerste hypotheekhouder" moet verder ook niet in een' *volstrekten* maar in een' *betrekkelyken* zin genomen worden. Het is niet die hypothecaire schuldeischer, die de eerste is, wanneer het beding gemaakt, maar wanneer het ten uitvoergelegd wordt. Ook geloof ik, dat men zelfs bij latere akte dit beding kan maken, indien maar niet vóór de inschrijving er van op de registers latere hy-potheken zijn gevestigd, want anders zou hun regt er door benadeeld worden. Latere hypothecaire schuldei-schers kunnen er zich naderhand niet over beklagen, want zij hebben er kennis van kunnen nemen in de registers. Maar, zou men kunnen beweren, dat de schuldeischers in het algemeen zich er over kunnen beklagen, op grond van art. 4377 B. W., als over eene daad van den schuldenaar

---

1) PLEIESTER, Leerboek der Notariële Wetenschap. Arnhem 1845, bl. 273. Dezelfde, Aanteekeningen op de Nederl. Burg. Wetgeving, Arnhem 1840, op art. 1223. VAN EELDE, in Regt en Wet, 1, bl. 64 volgg. SCHÜLLER, Aanteekeningen, Utrecht 1854, op art. 1223. VERNÉDE, Nalezingen, Utrecht 1851, op dit art. DE PINTO, Handleid. tot het B. W. bl. 416, 3<sup>e</sup> druk.



tot bedriegelijke verkorting van hunne regten? Neen; want zouden hunne regten minder verkort zijn, indien de latere hypothecaire schuldeischers langs den gewonen weg van geregtelijke uitwinning hun regt geldig maakten, welk regt toch hun altijd verblijft? Zou men verder niet kunnen beweren, dat het beding valt onder de verbindtenissen wier vervulling alléén afhangt van den wil van dengenen, die verbonden is en dus nietig is, art. 1292. B. W.? Neen; want hoewel het waar is, dat de schuldenaar verbonden is en het van hem afhankelijk is, de eerste hypotheekhouders te voldoen, ten einde de lateren, die het beding gemaakt hebben, het kunnen doen gelden; zoo is het ook niet minder waar, dat eerste hypotheekhouders niet van hunnen schuldenaar afhankelijk zijn, om hun regt door geregtelijke uitwinning geldig te maken. Niets belet verder ook de latere hypothecaire schuldeischers, door aflossing en roijering der eerdere hypotheeken, hun regt uitvoerbaar te maken. Het beding strijdt verder ook niet tegen de publieke orde of de goede zeden. De Heer DIEPHUIS <sup>1)</sup> had reeds vroeger de meening voorgestaan, welke nu de Regtbank van Appingadam heeft uitgesproken. Men houdt zich aan de letter der wet en wijst het gezegde der regering af, als eene uitbreiding der wet, die bij haren duidelijken zin niets afdoet. Ik geloof dat men de wet moet opvatten in het licht der beraadslagingen, zonder letter en bedoeling tegen over elkander te stellen. Scire leges non hoc est,

1) Ned. Burg. Regt, Deel 5, no. 973. PUTTKAMMER, Advies, bl. 19.

verba legum tenere, sed earum vim ac potestatem. Te-  
 regt geloof ik, dat die Regtbank heeft beweerd, uitgaande  
 van het beginsel, dat volgende schuldeischers dit be-  
 ding niet kunnen maken en hunne handeling dus van den  
 beginne van regtswege nietig zijnde; men ook geene actie  
 kan instellen tot vernietiging (action en rescision) maar  
 bloot tot nietigverklaring (action en nullité). 't Geen toch  
 van den beginne nietig is, kan in regten nimmer eenig  
 effect hebben en kan dus ook niet vernietigd worden 1).  
 Bovendien is er nog eene vraag, die bij de beide Regt-  
 banken onbeslist is gebleven. Indien toch de volgende  
 hypothecaire schuldeischer, nadat hij eerste geworden  
 was, van zijn regt gebruik heeft gemaakt en verkocht,  
 aan wien komt dan de vordering tot nietigverklaring van  
 den verkoop toe? De eerste hypotheekhouder, aan wien  
 dat regt het eerst zou toekomen, heeft geen belang meer,  
 zijne schuld is betaald en de hypotheek doorgehaald.  
 Latere hypothecaire schuldeischers kunnen er niet tegen  
 opkomen, want zij hebben door de inzage in de registers  
 vóór de geldschieting er kennis van kunnen nemen. De  
 eenigste, die er nu overblijft, is de schuldenaar. Deze  
 was het dan ook, die in beide bovengenoemde vonnissen,  
 de nietigverklaring van den gehouden verkoop vroeg.  
 Maar de schuldenaar heeft zelf het beding aangegaan en  
 kan deze nu tegen zijne eigene handeling opkomen? Ik  
 geloof neen; want dit is in strijd met de beginselen van  
 het regt, waarnaar ieder gehouden is datgene na te

---

1) DIEPHUIS en OUDEMAN, Opmerk. en mededeel., bl. 183,  
 7<sup>e</sup> jaargang.



komen waartoe hij zich wettiglijk heeft verbonden, uitgezonderd natuurlijk in geval van geweld en bedrog. Buitendien zou, indien men dit aan den schuldenaar gaat toestaan, de onherroepelijkheid van het beding in duigen vallen <sup>1)</sup>).

§ 2. MAG DE SCHULDENAAR, NIETTEGENSTAANDE DIT  
BEDING, OOK ZELF NOG VERKOOPEN?

De schuldenaar blijft, niettegenstaande het verleen van dit uitgebreide zakelijke regt, toch steeds eigenaar en meester over zijn goed. Niets verhindert hem dan ook, al is ook zijn goed bezwaard met onherroepelijke volmagt tot verkoop, dit goed zelf te verkopen en den eigendom daarvan op den koper regtens over te dragen <sup>2)</sup>. Den schuldeischers is dat onverschillig, want zij behouden hun regt op het goed, in welke handen het ook moge overgaan. Art. 1242 B. W.

Ik geloof zelfs, dat de koop geldig zou zijn, indien de eerste hypotheekhouder uit kracht zijner volmagt alreede zijn regt zocht geldig te maken, maar door de dertig dagen van art. 1255 B. W. opgehouden werd, en in dien tusschentijd de schuldenaar het goed zelf verkocht, mits de titel van verkoop maar eerder in de registers

1) DIEPHUIS en OUDEMAN, t. a. p. bl. 185.

2) PUTTKAMMER, Advies, bl. 21. v. EELDE, Regt en Wet, 2<sup>e</sup> Deel, 3<sup>e</sup> stuk, bl. 370. DIEPHUIS, Burg. Regt, Deel V, n<sup>o</sup>. 982, 983. VERNÈDE, Burg. Regt, op art. 1223, n<sup>o</sup>. 4. Vonnis van de Regtbank van 's Bosch van 14 April 1841. Nederl. Regtspraak, 10<sup>e</sup> Deel, bl. 444. Vonnis van de Regtbank van Deventer van 26 Junij 1850. Regtsgel. Bijblad, 1<sup>e</sup> Deel 1851, bl. 418.

is overgeschreven, dan die uit kracht der onherroepelijke volmagt. Door de overschrijving toch gaat de eigendom over; het goed is geleverd. Men kan beweren, dat die verkoop van den schuldenaar dient tot verkorting der regten der schuldeischers en dat zij alzoo, volgens art. 1377 B. W., de vernietiging er van kunnen vragen, maar men houde in het oog, dat, indien zulks al waar moge zijn, het verkoopen van het goed niet in het allermintst het regt van de schuldeischers verkort en dat hun zakelijk regt geheel onverminderd op het goed blijft kleven. Men bewere ook niet, dat de schuldeischer dien verkoop kan voorkomen, door het beding te maken van art. 1254 2<sup>o</sup> ged. B. W. Met dit beding toch kan de eerste hypothecaire schuldeischer niet gedwongen worden, zijn geld dikwijls minder dan het opgeschoten geld, als de verkoop ongunstig was en de koopprijs minder dan de hypotheek bedroeg, terug te nemen, lang vóór dat de daartoe bij de hypotheek gestelde termijn dáár was. Maar is dat niet alreède voorgekomen, door dien de zuivering zich alleen bepaalt, tot hetgeen de koopprijs te boven gaat en dat volgens art. 1257 B. W., van inschulden, wier geheel bedrag batig is gerangschikt, de inschrijvingen zullen blijven bestaan. De tweede helft van art. 1254 B. W. schijnt dus overbodig te zijn, daar het voorkomt, wat in den regel reeds onmogelijk is, of men moet zich bepalen tot het uiterst zeldzame geval, dat eene eerste hypotheek meer bedraagt, dan de waarde van het goed. Want door dit beding wordt toch niet verhinderd het zuiveren van verdere hypotheeken, die den koopprijs te boven gaan.



Dit te beweren, zou in strijd zijn en met de woorden van de wet zelve, en met de geheele manier van zuivering 1). 't Is waar, dit beding zou ook nog zijne toepassing kunnen vinden, indien een met hypotheek belast stuk goed plotseling veel in waarde daalde en de schuldeischer meende, door zijn zakelijk regt voor het tegenwoordige te zien gehandhaafd, naderhand in staat te zullen zijn, om bij eene mogelijke eventuele verhooging der prijzen, het volle bedrag te zullen bekomen. Maar een verstandig schuldeischer neemt zijne voorzorgen bij het stellen van hypotheek op een stuk goed, dat zoozeer aan rijzing en daling zou bloot staan. Wil men nut van dit beding zien, men kan alsdan ten minste gerust zeggen, dat dit zich tot uiterst zeldzame gevallen bepaalt.

§ 3. KAN MEN OOK BEDINGEN, DAT DE SCHULDENAAR HET PAND  
NIET ZAL MOGEN VERKOOPEN ZONDER TOESTEMMING  
VAN DEN SCHULDEISCHER?

De wetgever heeft in den titel van hypotheeken (art. 1223, 1230, 1254 B. W.) drie bedingen opgenoemd, welke de hypotheekhouders tot meerdere zekerheid en gemak van terugbekoming van hun geld bij de hypotheek kunnen voegen, die op de registers moeten worden ingeschreven en dan ook verbindende kracht tegen derden hebben. Nu ontstaat echter de vraag: mag men die bedingen uitbreiden en er moerdere maken, met dezelfde kracht en werking, of zijn ze *strictae interpretationis*, omdat men ze als zoovele uitzonde-

1) Mr. v. d. BURGH, Themis, 1<sup>e</sup> Deel, bl. 15 volgg.

ringen, door den wetgever toegelaten, moet beschouwen? Ik geloof het laatste, juist, omdat de wetgever bepaaldelijk de bedingen, die hij als goorloofd heeft beschouwd, in de wet opgenoemd heeft en speciale bepalingen daarvoor noodig geacht. Wil men echter meerdere bedingen maken, niets belet zulks, maar zij brengen ook dan slechts eene persoonlijke verbindtenis mede; derden zijn er niet door verbonden. De niet nakoming er van tusschen partijen heeft het gevolg, dat de nalatige partij tot schadevergoeding kan veroordeeld worden, waarin elke verbindtenis om iets te doen of niet te doen zich oplost (art. 1275 B. W.). Art. 1276 B. W. verder vindt hier volstrekt niet zijne toepassing, want het daar bepaalde ziet slechts op eene persoonlijke daad van den schuldenaar en niet op 't geen door derden is geschied. Op dezelfde wijze moet ook het beding, dat de schuldenaar het pand niet zal mogen verkoopen zonder toestemming van den schuldeischer, beoordeeld worden. Ook dit beding zou, om tegen derden te kunnen werken, eene speciale bepaling des wetgevers gevorderd hebben. 't Gevolg er van zal dan ook zijn, dat de schuldenaar tot schadevergoeding zal veroordeeld kunnen worden, maar nooit, dat de verkoop door hem met derden aangegaan, vernietigd kan worden. De verkoop behoudt zijne kracht en 't zal niet baten, dat men zegt »derden hadden er kennis van kunnen nemen, want het was op de registers ingeschreven.» Maar die bloote inschrijving kan toch geene regten tegen derden geven, ofschoon zij bij bepalingen, waarmede regten van derden gemoeid zijn,



gevorderd wordt 1). De wetgever laat het duidelijk zien, door in art. 1230 B. W. omtrent het beding, waarbij de eigenaar in zijne bevoegdheid om te verhuren wordt beperkt, er bij te voegen, dat het ook tegen den huurder zal kunnen worden ingeroepen. Er zou dus eene uitdrukkelijke bepaling gevorderd worden, om den koop door den schuldenaar zonder toestemming des schuldeischers aangegaan, te doen vernietigen. Dit bestond in het Romeinsche Regt, volgens VOET ad tit. D. de pign. et hypothecis n°. 22. VOET beroept zich daar op *lex 7. § ult. D. de distractione pignorum et hypoth.* en zoekt die plaats te regtvaardigen, door het als een aanhangsel en gevolg (*accessorium*) van het zakelijke regt te beschouwen. Dit beding, zegt hij, ofschoon gewoonlijk niets anders dan eene persoonlijke verbindtenis meëbrengende, moet echter bij hypotheek als een deel van het zakelijke regt, dat regt, 't welk de zaak zelve aandoet, beschouwd worden. Doch dit is juist het punt van onderzoek; wanneer eens voldongen is, dat het een deel van het zakelijke regt uitmaakt, volgt de verbindbaarheid tegen derden van zelf. PUCHTA heeft dan ook het Romeinsche regt van die smet bevrijd en in het Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft B. 42. Heft 2 bl. 220 bewezen, dat de tekst van genoemde *lex 7* bedorven is en dat men aldaar moet lezen, »*quaeritur, si pactum sit a debitore, ne*

---

1) Mr. v. D. BURGH, Themis, 1e Deel, bl. 15 volgg. Mr. G. DIEPHUIS, Burg. Regt, Deel V, § 982, 983. VAN EELDE, Regt en Wet, 2e Deel, 3e stukje, bl. 376 volgg.



*liceat creditori hypothecam vendere vel pignus'* en op het einde »*et certum, nullam esse pactionem, ut venditioni stetur*''

Hier is dus sprake van den schuldenaar, die bedongen had, dat de schuldeischer het pand niet zou mogen verkoopen, welk beding door Marcianus, als strijdig met de natuur van het pandrecht, dat juist in den verkoop zijn' waarborg vindt, voor ongeoorloofd wordt verklaard.

Mr. PUTTKAMMER, Advies, bl. 24, wil de kracht van zoodanig beding ook tegen derden uitgestrekt hebben, maar geeft geene gronden op voor dit zijn gevoelen en komt er ook niet dan schoorvoetende toe. Is dit beding echter tusschen partijen geoorloofd? Ik geloof, dat men dit gerustelijk toestemmend kan beantwoorden, want er is niets in, dat met de goede zeden of openbare orde strijdt. Het doet er niet toe, dat het goed daardoor eenigzins onvervreemdbaar wordt, want ofschoon dat door onzen wetgever niet als gunstig is beschouwd, en b. v. ook aanleiding heeft gegeven, tot afschaffing der fideicommissen; zoo is dat verbod nergens zóó bepaald opgegeven, dat eene verbindtenis dit met zich brengende, daarom als nietig zou moeten worden beschouwd <sup>2)</sup>. De onvervreemdbaarheid is bij dit beding verder ook niet volstrekt, want het hangt toch bloot van den schuldenaar af, om zijn goed verkoopbaar te stellen, door aflossing van de schuld.

1) Mr. J. E. GOUDSMIT, Themis, 6e jaargang, no. 4, bl. 608 volgg.

2) Mr. v. D. BURGH, t. a. p. bl. 15.

§. 4. MAG DE SCHULDEISCHER BEDINGEN, DAT DE SCHULD  
OPVORDERBAAR ZAL ZIJN, INGEVAL HET GOED DOOR  
EEN' DERDEN WORDT UITGEWONNEN?

Het spreekt van zelf, dat de schuld van den schuldeischer niet opvorderbaar kan worden door de daad van eenen derden. Van groot belang is het dan ook voor den onherroepelijk gemagtigden dit te bedingen. Hierdoor toch zal hij de gedwongene uitwinning kunnen stuiten en zijn regt van verkoop doen gelden. De Regering zelve heeft de goorloofdhed er van erkend, ter gelegenheid, dat men in de afdeelingen voorgesteld had, het bepaaldelijk in de wet op te nemen. De Regering <sup>1)</sup> antwoordde: »dat men het niet had kunnen opnemen, omdat het met de beginselen van regt zoude »strijden, dat eene niet opvorderbare schuld, door »de daad van een' derden opvorderbaar zoude worden." Daarenboven; zeide de Regering; »bedenke men hierbij, dat de executant nog zijne executie kan stuiten en desniettegenstaande de schuld opvorderbaar zoude geworden zijn en zou moeten blijven;" vervolgens, »dat men al de gevreesde nadeelen kon ontwijken, door reeds bij de verbindtenis te bepalen, dat de schuld bij executie van het verhypotheceerde opvorderbaar worden zal." Dit beding stelt dan ook slechts eene persoonlijke verbindtenis daar en heeft volstrekt geene werking tegen derden. Het aangaan er van wordt ook door verschillende schrijvers aanbevolen <sup>2)</sup>. Het

1) v. D. HONERT, Burg. Regtsv., 2<sup>e</sup> stuk, § 512.

2) PLESTER, Leerboek der Not. wetenschap § 273. DIERP-



behoeft echter niet gemaakt te worden, voor het geval van faillissement of den staat van kennelijk onvermogen, als wanneer de schuld reeds van zelf opvorderbaar is geworden. (Art. 778 W. v. K. in verband met art. 891. Burg. Rv.). Met art. 1223 B. W. is echter niet bestaanbaar het beding, in dezelfde akte opgenomen, dat de gebrekkige koper in geval van herveiling gehouden zal zijn, het minder geldende bij te leggen, zonder van het meerdere iets te kunnen vorderen. Het meerdere toch behoort aan de overige schuldeischers en bij gebreke van die aan den schuldenaar 1).

§ 5. MOET DE KANTONREGTER OOK BIJ DEN VERKOOP  
TEGENWOORDIG ZIJN?

De onherroepelijk gevolmagtigde moet, volgens art. 1223 B. W. in verband met art. 1255 B. W., dezelfde formaliteiten in acht nemen, welke de koper in geval van zuivering of ontlasting, (zooals de wet spreekt) ten gevolge van willige verkooping heeft op te volgen, uitgezonderd de tegenwoordigheid des Kantonregters. De andere vereischten bestaan volgens art. 1255 B. W. 1<sup>o</sup>. dat de verkoop in het openbaar plaats hebbe, volgens plaatselijke gebruiken, ten overstaan van eenen ambtenaar en in tegenwoordigheid van den regter van het Kanton, alwaar alle of het meeren-

HUIS, B. R., Deel V, § 984. Mr. D. ROESSINGH, Weekblad van het Regt, no. 287.

1) Vonnis van Maastricht van 31 Jan. 1850. Weekbl. v. h. Regt, no. 1122.



deel der goederen gelegen zijn; 2°. in het verwittigen der ingeschrevone schuldeischers, ten minste dertig dagen voor de toewijzing. Door die verwijzing van de beide artikelen ontstaat de vraag, of de verkoop volgens onherroepelijke magtiging door den wetgever onder de willigen is gerangschikt? Zij, die van dit gevoelen zijn, redeneren aldus: er zijn slechts twee wijzen van zuivering, die bij geregtelijke uitwinning en bij willige verkooping; de onherroepelijke volmagt kan niet met de geregtelijke uitwinning gelijk gesteld worden, want het is juist om haar te vermijden, dat het beding is toegelaten; dus is zij willig. Verder, de aard er van is lastgeving, de schuldenaar heeft er zelf in toegestemd, het doet er niet toe, dat zijn bestaan noch afhangt van het leven des lasthebbers of lastgevers, noch van omstandigheden, die tot hen betrekking hebben, dit behoort tot het wezen dier magtiging, want als een aan de hypotheek verbonden regt, kan zij niet eindigen, dan wanneer deze ophoudt te bestaan <sup>1)</sup>. Ik heb vroeger over den aard van dit beding handelende, aangetoond, zoo ik meen, dat, hoewel dit beding niet uit lastgeving maar uit bezwarende overeenkomst voortspuit, zijne natuur echter lastgeving is. In zooverre zou men kunnen zeggen, dat ook deze verkoop willig was, want de schuldenaar had kunnen voorzien, dat ingeval hij niet betaalde, zijn goed verkocht zou worden. Maar hiertegen strijdt, dunkt mij, dat de verkoop verre van met den wil des schulde-

---

1) VAN EELDE, Regt en Wet, 2<sup>e</sup> Deel, 3<sup>e</sup> stuk, bl. 271.

naars te geschieden, tegen zijn wil uit dwang en noodzaak voortgang heeft. 't Is waar, dat die gedwongene verkoop het gevolg is van de overeenkomst der partijen, dat die voor partijen wet is, maar dit neemt niet weg, dat de verkoop tegen den wil des schuldenaars en uit noodzaak plaats heeft. De verkoop ten gevolge van het beding van art. 1223 B. W. is van een' bijzonderen aard, een eigenaardig iets. Juist door het verwijzen naar art. 1255 B. W. is men het met willige verkooping gaan gelijk stellen <sup>1)</sup>. Men wachte zich echter vooral, om den verkoop door gemagtigde met den geregtelijken te gaan verwarren. 't Is juist, om dien omslagtigen en kostbaren weg te vermijden, dat de Wetgever het beding heeft toegelaten. De onherroepelijk gemagtigde heeft zich dan ook niet te houden aan voorschriften voor de geregtelijke uitwinning voorgeschreven, want hij verschilt geheel en al van den gewonen executant <sup>2)</sup>.

Nu tot de voorgestelde vraag overgaande, is het zeker, dat de tegenwoordigheid des Kantonregters niet vereischt wordt, indien er geene meerdere hypothecaire schuldeischers zijn ingeschreven. Maar indien er meerdere zijn of de schuldenaar failliet of in staat van kennelijk onvermogen is, wordt zijne tegenwoordigheid ook dan niet vereischt? De Heer DIEPHEIS, Burg. Regt, Deel 5, § 976, wil verkoop en zuivering scheiden en niet dan

1) PUTTKAMMER, Advies, bl. 58. v. D. KEMP, in zijne Dissertatie, § 7, bl. 17 volgg.

2) Vonnis van de Regtb. te Sneek van 12 Nov. 1845, R. Bijblad, Deel IX, bl. 525. Vonnis van de Regtb. te Arnhem van 4 Julij 1848, R. Bijblad, Deel X, bl. 543.



bij de zuivering de tegenwoordigheid des Kantonregters vorderen. Maar dit houd ik voor onjuist. Dezelfde reden, die men heeft, om de tegenwoordigheid des Kantonregters bij de zuivering te vorderen, bestaat ook bij den verkoop. Men kan deze niet bij het eene aannemen en bij het andere verwerpen. De reden, waarom de wet de tegenwoordigheid des Kantonregters vordert, vinden wij in het antwoord der Regering bij VOORDUIN, B. R., 4 Deel, bl. 668. Het is om zamenspanning van den schuldenaar met den koper te voorkomen. Maar dient ook daartoe niet het verwittigen van de overige ingeschrevene schuldeischers? 't Een hangt met het andere te zamen en hoewel het waar is, dat de Regering steeds van zamenspanning van den schuldenaar spreekt, doet dit niets ter zake bij den gemagtigde, die den schuldenaar bij den verkoop vertegenwoordigt; *ubi eadem ratio, idem jus*. 't Is echter niet te ontkennen, dat de woorden der wet reden tot twijfeling geven en dat er ten dezen eene gaping bestaat. Waarom toch de Kantonregter wel bij de zuivering (art. 1255 B. W.) is bijgehouden en niet bij den verkoop door gemagtigde, valt niet wel te doorgronden. Indien de Wetgever gewild had, dat voor het geval, dat er meerdere schuldeischers zijn, ook de tegenwoordigheid des Kantonregters niet vereischt werd, had hij er in art. 1223 B. W. moeten bijvoegen, »*noch de kennisgeving aan de overige ingeschrevene schuldeischers, ingeval die mogten bestaan.*» Voor de tegenwoordigheid des Kantonregters en de kennisgeving aan de overige ingeschrevene schuldeischers bestaat dezelfde reden en



men kan niet aannemen, dat 't eene zou gevorderd worden en het andere wegvallen 1). Voor het geval van faillissement of kennelijk onvermogen is de wet duidelijker. Daar wordt toch raauwelijs naar art. 1255 B. W. verwezen en de daar gevorderde formaliteiten, zonder eenige uitzondering te maken. Dit zet kracht bij aan de boven verdedigde stelling, dat zoodra er regten van derden mede in 't spel zijn, alle formaliteiten moeten opgevolgd worden. Dezelfde reden toch die bij faillissement bestaat, bestaat ook indien er meerdere schuldeischers zijn ingeschreven. W. v. K. art. 858, in verband met B. Regtsv. art. 897.

§ 6. MOET HET GOED OOK VOORAF IN BESLAG GENOMEN WORDEN?

De in beslagneming wordt niet door de wet gevorderd maar is een maatregel van voorzigtigheid. Door de in beslagneming wordt de eigenaar van het regt van beschikking ontzet en de schuldeischer zal niet te vreezen hebben, dat de eigenaar van het goed, die toch altijd daartoe bevoegd blijft, het verkoope of bezware. (B. Regtsv. art. 505). Het moge dan al niet gevorderd zijn, voor den schuldeischer is het tot uitvoering en bewaring van zijne regten zeer aan te prijzen 2). Men zegge niet, dat dit onwettig is, doordien de schuldeischer, door het in beslag nemen van het goed, ge-

1) V. ERLDE, Regt en Wet, 2<sup>e</sup> Deel, 1<sup>e</sup> stuk, bl. 70, 371 volg. Anders PUTTKAMMER, Advies, bl. 58. SCHÜLLER, Aanteek. op art. 1223 B. W. IMMINK, R. Bijblad, 11<sup>e</sup> Deel, bl. 222, 12<sup>e</sup> Deel, bl. 286. V. D. KEMP, Dissertatie, § 7.

2) VAN BELDE, 2<sup>e</sup> Deel, 3<sup>e</sup> stuk, bl. 375.

rekend moet worden regtens afstand gedaan te hebben van de volmagt tot openbaren verkoop, hem bij het hier bedoelde boding toegestaan en den weg van geregtelijke uitwinning te hebben ingeslagen <sup>1)</sup>). Dit gaat uit van de veronderstelling, dat na de in beslag-neming, tot den verkoop van het in beslag genomene niet anders mag worden overgegaan, dan met inacht-neming van alle formaliteiten voor eenen executorialen verkoop voorgeschreven. Maar waar staat dat geschreven? Men legt door die redenering willekeurig de wet uit en buitendien kan de in beslagneming ook nog niet gezegd worden een eigenlijk gezegd begin tot eenen executorialen verkoop te zijn, maar alléén een behoed-middel hetwelk moet voorafgaan om tot den verkoop te kunnen komen <sup>2)</sup>). Het spreekt echter van zelf, dat de schuldeischer wel bij geregtelijke uitwinning zijn regt mag geldig maken. Want de magtiging hem, door de wet verleend, is niet dan een voorregt, ten gevolge van zijn beding, om den kostbaren weg van geregtelijke uitwinning te voorkomen. *Beneficium nemini obtruditorum et quisque juri, pro se introducto, potest renuntiare*, zijn regelen van gemeen regt en dus ook op hem toepasselijk.

---

1) MABÉ, Handboek voor Notarissen, 3e druk, 2e Deel, bl. 338. PUTTKAMMER, Advies, bl. 19.

2) PLEESTER, Leerboek der Not. Wetens., bl. 273. DIEPHUIS, Burg. R., Deel 5, § 977. Vonnis van de Regtbank van Alkmaar van 30 Jan. 1851, R. Bijblad 1851, bl. 452 volgg.



§ 7. MOET DE KOOPER DEN GEHEELEN KOOPPRIJS BETALEN  
EN WELKE ZIJN DE GEVOLGEN VAN DIE BETALING?

Wanneer de schuldenaar niet aan zijne verpligting voldoet in het betalen van hoofdsom en renten, kan de onherroepelijk gemagtigde het goed verkoopen om uit de opbrengst zoowel hoofdsom als renten en kosten te verhalen. Maar hiertoe is het noodig, dat de schuldenaar vooraf behoorlijk in gebreke zij gesteld, tenzij men is overeengekomen, dat hij door enkel verloop van tijd gerekend zou worden, in gebreke te zijn. Wanneer echter aan den schuldenaar na behoorlijke in gebreke stelling, dag, plaats en uur voor de veiling zijn beteekend, kan hij zich vervolgens niet meer tegen den verkoop verzetten, indien deze zonder oppositie zijn geheel beslag heeft gekregen, maar moet hij gerekend worden de handelingen van zijnen gemagtigde te hebben goedgekeurd <sup>1)</sup>. De schuldenaar kan echter wel den verkoop stuiten, maar dan moet hij buiten hoofdsom en renten nog de kosten betalen, die reeds op den verkoop zijn gevallen, zoodat b. v. wanneer er een hooggeld of premie aan den hoogstbiedenden is gegund, deze tevens door hem moet worden betaald. De gegadigden toch hebben een verkregen regt, zoodra bij verkoop zonder beraad een hoog gesteld is, om of de premie te vorderen, welke bij de voorwaarden

---

1) Arrest van het Hof van Gelderland, sine die, Weekbl. v. h. Regt, no. 1049. VERNÈDE, Nalezingen, Bijvoegsels enz. op dit art. no. 12.



op de hoogen gesteld is, of om als koper te worden aangenomen 1). De gemagtigde is echter de persoon, die den koopprijs ontvangt, om daaruit voor zich hoofdsom, renten en kosten te verhalen. De lastgever is wel, volgens art. 1836 B. W., bevoegd, om den genen, met wien de lasthebber gehandeld heeft, onmiddelijk in regten aan te spreken, maar die bevoegdheid verdwijnt bij den gemagtigde, want zijne bevoegdheid om te verkoopen en kooppenningen te ontvangen is onherroepelijk, behoudens verantwoording door den lasthebber van hetgeen de opbrengst de waarde van de hypotheek te boven gaat. De curator dan ook in een' faillieten boedel, die den schuldenaar in regten vertegenwoordigt, is wel bevoegd om den gemagtigden tot rekening en verantwoording aan te spreken, maar niet om regtstreeks van den koper den koopschat te vorderen. Dit regt komt alléén den eersten hypotheekhouder toe, behoudens verantwoordelijkheid 2). Wanneer het goed slechts met de hypotheek van den onherroepelijk gevolmagtigden is bezwaard, gaat alles zeer eenvoudig. Hij verkoopt het goed, ontvangt den koopprijs, verhaalt daarop hoofdsom, renten en kosten en doet rekening en verantwoording aan zijnen lastgever en eindigt met de overblijvende penningen, zoo die er zijn, hem ter hand te stellen 3). De schulde-

---

1) Weekblad v. h. Regt. n<sup>o</sup>. 845, E.

2) Vennis van de Regtbank van Amsterdam van 20 Nov. 1849. R. Bijblad, Deel 12, bl. 174.

3) VAN KELDE, Regt en Wet, 2<sup>e</sup> Deel, 3<sup>e</sup> stuk, bl. 379.

naar kan hem daartoe door de gewone middelen van regt dwingen. De eerste hypotheekhouder is natuurlijk alsdan verplicht, om in de doorhaling van zijne hypotheek toe te stemmen. Hij is voldaan en heeft niets meer te vorderen. Maar indien het goed met onderscheidene hypotheeken is belast, twijfelt men of de koper wel verplicht is, den geheelen koopprijs te betalen, daar toch zijn goed, niettegenstaande de betaling, met de overige hypotheeken blijft bezwaard. In dit geval moet de verkooper-gemagtigde, met inachtneming der regelen van art. 1255 B. W., het goed doen verkoopen en is de koper verplicht, indien hij het genot wil hebben van de zuivering der hypotheeken, 't geen de waarde van het goed te boven gaat, eene rangregeling te doen houden van den koopprijs, volgens art. 551—562 B. Regtsv. en art. 1256 B. W. Indien de gemagtigde echter bij de veilconditiën bepaald heeft, dat aan hem de koopschat zal moeten worden uitbetaald, is de koper daartoe verplicht. Het is er echter verre van af, dat de gemagtigde, na op den koopschat hoofdsom, renten en kosten te hebben verhaald, de overige kooppenningen aan den schuldenaar of schuldeischers mag uitkeeren. Hij kan niet afgeven dan geregteijk of op last des schuldenaars met toestemming van alle belanghebbende partijen. Maar zoo daar belangen tegen strijden, is de regter alléén bevoegd om den koopprijs naar ieders rang te regelen en om uitbetaling en doorhaling te bevelen <sup>1)</sup>. De verkooper-gemagtigde is an-

1) OBBEEN, Themis, 8<sup>e</sup> jaargang, n<sup>o</sup>. 2, bl. 269.



ders verplicht om het overschot der penningen onder zich te houden en is daaromtrent jegens den kooper verantwoordelijk. Want de kooper is het, die eene rangregeling over het bedrag der koopenningen moet doen houden, ten einde zijn goed gezuiverd worde van de inschrijvingen, die het beloop van den koopprijs te boven gaan. Zijn goed toch blijft bezwaard met de inschrijvingen, wier bedrag geheel of voor een gedeelte batig worden gerangschikt, Art. 1257 B. W. Ook de voorwaardelijke inschrijvingen blijven gehandhaafd en voor deze allen krijgt hij den koop-schat terug. De doorhaling der hypotheeken kan niet anders gevorderd worden, dan uit kracht der rangregeling. PUTTKAMMER, Advies, bl. 27, 33, 64 en elders, geeft den eersten hypotheekhouder met onherroepelijke volmagt, het regt, om terstond, na betaling van den koopprijs door den kooper, de doorhaling der overige hypotheeken te vorderen. Maar van waar ontleent die eerste hypotheekhouder dit regt? 't Is waar, de kooper heeft betaald en het is dus billijk, dat zijn goed van hypotheeken worde gezuiverd, maar dit moet geschieden door eene rangregeling van den koopprijs. Want, waar zal het heen, indien men die buitensporige regten aan den eersten hypotheekhouder met onherroepelijke volmagt, gaat geven; zijn de regten van volgende hypotheekhouders niet even heilig als die van den eersten? Wie geeft hem het regt, om daarover maar eigendunkelijk te beschikken en de doorhaling te vorderen? Neen; geen schuldeischer beschikt eigenmagtig over het regt



van zijne medeschuldeischers 1). Wie zou nog geld op hypotheek willen leenen, wanneer zijn regt afhankelijk werd gesteld van de willekeur des eersten hypotheekhouders? Neen; de landbouw en de ontginningen, die Mr. PUTTKAMMER door zijn advies zoozeer hoopt te bevorderen, zullen er niet door winnen. Want, waar zal de ontginner, na eene nietige som van den eersten hypotheekhouder met onherroepelijke volmagt, te hebben ontvangen en het goed misschien drie of vierdubbel in waarde te hebben vermeerderd, geld voor meerdere verbeteringen kunnen vinden, indien men weet, hoe zwak die regten zijn en hun bestaan afhankelijk van den willekeur des eersten hypotheekhouders 2)? De eerste hypotheekhouder met onherroepelijke volmagt, is verder niet verplicht om het overblijvende der kooppenningen, in geval dat hem volgens voorwaarden van verkoop de geheele koopprijs is ter hand gesteld, ter griffie te depôneren. Het depôt is alleen verplichtend in geval van art. 540 B. Rv. en mag daarom niet tot andere gevallen uitgestrekt worden. Het is den overigen hypothecairen schuldeischers ook zeker tamelijk onverschillig, want zij behouden hun regt op het goed zelf en wat de chirographaire aangaat, deze hebben het zich zelven te wijten, indien zij het goed niet in beslag hebben genomen, alvorens de eerste hypotheek-

---

1) PLESTER, Bedenkingen op het Advies van Mr. PUTTKAMMER, Arnhem 1845, bl. 12.

2) PLESTER, Bedenkingen, bl. 13.

houder met onherroepelijke volmagt, van zijn regt gebruik maakte. Hebben zij het goed in beslag genomen, dan gelden de bepalingen van art. 510 B. Regtsv. en is de eerste hypotheekhouder met onherroepelijke volmagt, tot depôt verplicht. Vraagt men echter, of het niet doelmatig is voor den eersten hypotheekhouder met onherroepelijke volmagt, de overblijvende kooppenningen, ten einde zich van verdere verantwoordelijkheid te bevrijden, te depôneren; dit wil ik niet ontkennen, maar ik geloof, dat het depôt, uitgenomen in 't geval van art. 510 B. Rv. niet verplichtend is <sup>1)</sup>. 't Is evenwel de koper, die er belang bij heeft, dat de overblijvende kooppenningen bewaard blijven, want zijn goed blijft bezwaard, en hij heeft voor de rangregeling en zuivering te zorgen. Art. 1256. B. W.

§ 8. 1°. IS DE HYPOTHEEKHOUDER, WIEN ONHERROEPELIJKE MAGTIGING TOT OPENBAREN VERKOOP IS VERLEEND, NIET VERPLIGT HET ALZOO IN VEILING GEBRAGTE PERCEEL AAN DEN HOOGSTBIEDENDEN OF MIJNENDEN TE GUNNEN?

2°. IS HIJ VERPLIGT DATZELFDE PERCEEL BIJ EENE LATERE HERVEILING GUNNENDE, DESWEGE REKENING EN VERANTWOORDING TE DOEN AAN DEN EIGENAAR?

De bovenstaande vragen hebben zich voorgedaan bij de Regtbank van Amsterdam en zijn in hare teregtzitting van 24 Mei 1853, de eerste bevestigend en de laatste ontkennend beantwoord <sup>2)</sup>. De eerste hypotheek-

1) VAN EELDE, Regt en Wet, 2<sup>e</sup> Deel, 3<sup>e</sup> stuk, bl. 382 volg. Mr. A. DE PINTO, Themis, 7<sup>e</sup> jaargang, bl. 123.

2) R. Bijblad 1853, 3<sup>e</sup> deel, bl. 456 volg.



houder is met het beding van art. 1223 B. W. onherroepelijk gemagtigd om te verkoopen, indien zijn schuldeischer nalatig is in het betalen van hoofdsom en renten. Nadat het goed door hem in veiling is gebragt en een inzet bepaald, blijft hij geen koper van het goed, indien er geen hooger opbod of afmijning plaats heeft. Dit heeft alleen plaats bij geregtelijke uitwinningen (B. Rv. art. 526), en de eerste hypotheekhouder met het beding van art. 1223 B. W. is daarvan geheel onderscheiden. Hij vertegenwoordigt den eigenaar bij den verkoop en kan niet gezegd worden eigenaar of koper voor zich geworden te zijn, door het ophouden van het perceel. Hij heeft het regt om het goed in het openbaar te doen verkoopen en dit regt gaat niet te loor, naar het oordeel der Regtbank zelve, indien hij, bij eene verkooping het goed niet aan den hoogstmijnenden gunt en later eene nieuwe verkooping houdt. Waarom kan hij dan naderhand niet bij eene veranderde waarde der vastigheden gemakkelijker zijn in het berusten van den verkoop, dan vroeger? Heeft hij dat regt (en de Regtbank zelve is het van oordeel, daar zij hem het regt geeft tot eenen nieuwen verkoop) dan is het ook die laatste *werkelijke* verkoop, welke hem in rekening moet gebragt worden, hij kan dan niet aangesproken worden, om verantwoording te doen van vroegere verkoopen, wier bedrag niet in aanmerking komt. Het bedrag dus, hetwelk de *werkelijke* verkoop opgebragt heeft, kan, dunkt mij, hem alleen in rekening gebragt worden. 't Gevolg van dien vroegeren verkoop zal alléén zijn, dat de schuldeischer eenige vergeefsche



kosten heeft gemaakt, die dan ook door hem betaald moeten worden 1).

§ 9. VERKLARING VAN ART. 510 WETB. VAN BURG. REGTSV.

Nadat de Wetgever in het Burg. Wetboek de onherroepelijke volmagt had opgenomen, moesten de gevolgen daarvan in overeenstemming worden gebragt met de bepalingen, omtrent de in beslagneming van onroerende goederen door andere schuldeischers, in het Wetboek van Burg. Regtsvordering. Er moest worden gezorgd, dat de onherroepelijk gevolmagtigde door het beslag van derden niet in zijne regten kon worden verkort, maar tevens, dat ook de executant voor de handhaving van zijne regten kon waken. Het is om aan deze behoefte te voldoen, dat de artikelen 508—512 in het Wetboek van B. Rv. zijn opgenomen 2). Het is van belang, om deze bedoeling des Wetgevers wel voor oogen te houden, want zij kan dienen om over de moeilijkheden, waartoe deze bepalingen en vooral art. 510 B. Rv., aanleiding hebben gegeven, licht te verspreiden. Zien wij vooraf in 't kort den inhoud van die artikelen. De executant moet vier dagen na de overschrijving van het procesverbaal van in beslagneming in de registers van den bewaarder der hypothecken, aan den schuldeischer, die dat beding gemaakt heeft, het door hem godane beslag doen beteekenen, (art. 508 B. Rv. in verband met art. 1231 n°. 4,

1) Prof. v. HALL, R. Bijblad 1853, bl. 456 volgg.

2) v. D. HONERT, Regtsv., 2 Bock, § 512, bl. 523. DE PINTO, Handl. Regtsv., § 350, bl. 586.

B. W.) aan de door dezen op de registers der hypothecken gekozene woonplaats. Indien de schuldeischer van dit beding gebruik kan maken, doordien zijn schuldenaar niet voldaan heeft aan zijne verplichtingen na behoorlijke in gebreke stelling, en indien hij daartoe geneigd is, is hij gehouden binnen veertien dagen, nadat hem de in beslagneming is beteekend, zulks kenbaar te maken aan den Procureur van den executant, met opgave tevens van den termijn, binnen welken door hem tot den verkoop zal worden overgegaan (art. 511 B. Rv.). Indien de schuldeischer dezen termijn, welke altijd dertig dagen voor den dag des verkoops aanvangt, behalve wanneer reeds vóór de in beslagneming de verkoop was begonnen, te lang heeft gesteld, of ook, indien de schuldeischer in gebreke blijft, om binnen den gestelden termijn tot den verkoop over te gaan, kan de executant hem in regten oproepen, ten einde door den regter een termijn worde bepaald en, zoo hij daaraan niet voldoet, is hij van zijn regt vervallen en de executant bevoegd, om met de executie voort te gaan (art. 512 en 509 B. Rv.). De schuldeischer is verder gehouden, om na zich zelve in hoofdsom en interessen te hebben voldaan, het overschot ter griffie over te brengen en daarvan aan den executant binnen vier dagen kennis te geven. De Heer v. d. HONERT, Formulierboek, bl. 481, meent, dat de vier dagen beginnen te loopen van den dag des verkoops, omdat voor den dag van de overbrenging ter griffie geen termijn is bepaald. Die meening is onjuist, want de betaling van den koopschat kan niet altijd binnen vier dagen na den verkoop plaats



hebben, terwijl ook, indien die overbrenging altijd binnen vier dagen na den verkoop moest plaats hebben, de kennisgeving aan den executant voor overbodig zou kunnen gehouden worden. De vier dagen dan beginnen te loopen van den dag der overbrenging ter griffie. 't Is waar, dat voor die overbrenging geen termijn is bepaald, maar de executant en andere belanghebbenden kunnen hem door gewone middelen van regt oproepen en noodzaken om rekening en verantwoording te doen en het overschot ter griffie over te brengen <sup>1)</sup>. Het spreekt van zelf, dat de schuldeischer slechts van de bevoegdheid om te verkoopen gebruik kan maken, indien zijn schuldenaar vooraf behoorlijk in gebreke is gesteld, want zijn regt kan niet beter worden door eene daad van een' derden en 't is ook juist in dit geval, dat het nut van het beding, dat de schuld opvorderbaar zal zijn, in geval het goed door een' derden wordt uitgewonnen, waarover ik in § 4 handelde, te pas komt. Indien de schuldeischer niet binnen veertien dagen, volgens art. 511 B. Rv., aan den Procureur des executants heeft doen beteekenen, dat hij van zijn regt wenschte gebruik te maken, verliest hij daardoor zijne bevoegdheid niet, om als nog tot den verkoop over te gaan en zulks tempore utili aan genoemden Procureur te doen beteekenen, maar hij moet alsdan persoonlijk de kosten betalen, welke door den Procureur des executants na verloop van veertien dagen sedert de beteekening van

---

1) v. d. HONERT, Formulierb., bl. 481. OUDEMAN, Regtsv. 2<sup>e</sup> Deel, § 86, bl. 176.

het beslag zijn gemaakt, om tot de executie te geraken. In dezen zin toch moet art. 511 B. Rv. worden opgevat, 't welk duidelijk is uit de daarover gehouden beraadslagingen der Staten-Generaal <sup>1)</sup>, maar vooral uit het volgende art. 512 B. Rv., alwaar met zoovele woorden gezegd wordt, dat de schuldenaar, indien hij niet aan de daar vereischte bepalingen voldoet, van zijn regt tot verkoop zal verstoken zijn, welke strafbepaling, voor het ontegenzeggelijk lichtere verzuim der bij art. 511 B. Rv. gelaste kennisgeving aan den Procureur des executants, wordt gemist <sup>2)</sup>.

Nu tot de behandeling van art. 510 B. Rv. overgaande, merk ik op, dat de schuldeischer, volgens de voorschriften van dit artikel, na den verkoop zich zelve het bedrag zijner vordering met interessen en kosten uitbetaalt en het overschot ter griffie moet deponeren. Het is natuurlijk, dat hij in de doorhaling van zijne hypotheek moet toestemmen, want hij is voldaan en heeft niets meer te vorderen. Maar hoe gaat het met de overige hypotheeken? Blijven die nog na de betaling van den koper op het goed gevestigd of moeten die te gelijk met de betaling doorgehaald worden? 't Is waar, de koper heeft betaald en hij was daartoe verplicht volgens de wet, hij mag het bedrag der kooppenningen voor het beloop der hypotheeken niet onder zich houden en

1) v. D. HONERT, § 512, bl. 523.

2) Arrest van het Provinciale Hof van Gelderland, R. Bijblad, 9<sup>e</sup> Deel, bl. 772 volgg. VERNÈDE, Nalezingen op art. 510 Regtsv.



eindelijk, het is niet meer dan billijk, dat ook het goed van hem, die betaalt en naar de wet betalen moest van hypotheken worde gezuiverd en hem vrij en onbelast geworde. Deze zijn dan ook voornamelijk de gronden, waarom Mr. P. A. DE LANGE, in de Themis, 5<sup>e</sup> jaargang, bl. 138—148 beweert, dat de kooper geregtigd is, dadelijk na de betaling van den koopprijs de doorhaling der overige hypothecaire inschrijvingen te vorderen en dat alzoo in dit artikel, bij de drie wijzen, waarop hypotheken te niet gaan, in art. 1253 B.W. opgenoemd, nog eene vierde wijze wordt gevoegd. Dit althans schijnt zijne meening te zijn uit de woorden bl. 146 voorkomende, »aannemende, dat de kooper niet »tot eene rangregeling zijne toevlugt behoeft te nemen, »kan hij dan dat roijement dadelijk na de betaling of na »het depôt vorderen? Mijns inziens dadelijk na de betaling, dan heeft hij aan zijne verpligtingen voldaan. »Zoo hij van het depôt moest afhangen, dan zou hij »afhankelijk wezen van de daad des crediteurs, die »deponeren moet." Hiermede is in strijd, hetgeen door dien schrijver bl. 143 wordt gezegd: »Art. 510 heeft »derhalve ter wille van den eerst ingeschreven crediteur, »opdat deze op eene spoedige, gemakkelijke en onkostbare wijze het bedrag zijner vordering zou terugbekomen, de geregtelijke consignatie, die in 1834 was »verworpen, ingevoerd." Hij staat hier toch de meening voor, dat eerst door het depôt ter griffie het goed wordt gezuiverd en dus vóór dit depôt het goed bezwaard blijft. Hoe is hier nu mede te rijmen, dat door de betaling (bl. 146) de kooper geregtigd wordt om de roijering der

hypotheken te vorderen <sup>1)</sup>. De Heer PUTTKAMMER, Advies bl. 32 en 33, meent, » dat de eerste hypotheekhouder de » doorhaling zelf kan bewerkstelligen en dat op het » gedeponeerde geld niet een verband voor de schuld » rust, maar dat het deponeren ter griffie is het doen » van uitkeering aan de gezamenlijke belanghebbenden » van dat geld, tot waarborg voor welks terugbetaling » dat perceel was verbonden." Ten onregte zegt hij verder, bl. 33, dat de Heer DE LANGE meent, dat de eerste hypotheekhouder de verdere hypothecaire crediteuren kan dwingen tot roijement. Neen; de Heer DE LANGE stelt zich (bl. 445) met zoovele woorden de vraag voor, of de koper regtstreeks van de crediteuren de doorhaling der hypotheken kan vorderen, of dat hij die allcen door middel van rangregeling kan provoceren? De Heer v. D. KEMP ook meent (bl. 49) dat in art. 540 B. Rv. eene vierde manier, waarop hypotheken te niet gaan, de betaling namelijk, is vastgesteld.

De opgenoemde gevoelens laten zich, dunkt mij, tot deze vraag terugbrengen: is de Wetgever in art. 540 B. Regtsv. van de gewone regelen voor het te niet gaan der hypotheken afgeweken (art. 1253 B. W.) en heeft hij eene vierde manier van te niet gaan in dat artikel vastgesteld? Alvorens deze vraag te beantwoorden, herhaal ik hier, hetgeen reeds boven gezegd is, dat het doel der Regering bij het opnemen van dit en andere artikelen hiertoe betrekking hebbende, geen ander is geweest, dan om de regten van den onher-

1) v. D. KEMP, Dissert. laud., § 10, bl. 26.



roepelijk gevolmagtigden in overeenstemming te brengen met de regelen op de executie, opdat geen van beide in zijne regten worde verkort. En nu, de drie manieren, waarop hypotheeken te niet gaan, vinden wij opgesomd in art. 4253 B. W. namelijk: 1°. door het te niet gaan der hoofdverbindtenis, 2°. door des schuldeischers afstand van de hypotheek, 3°. door geregtelijke rangschikking. Nergens vinden wij gesproken van of opgenoemd de betaling, als eene vierde manier. Integendeel wij zien hoe schoorvoetende en met hoe vele behoedmiddelen de Regering er toe gekomen is, om bij willige verkoop de zuivering der hypotheeken toe te laten en zodoende van onze oude landregten af te stappen, waarnaar nooit zuivering plaats had, dan ten gevolge van geregtelijken verkoop. De verkoop zal dan ook, mijns inziens, volgens art. 4255 B. W. moeten plaats hebben en daarna eene rangregeling volgens art. 551—562 B. Rv. Die rangregeling zal moeten aanwijzen, wie tot de penningen gerechtigd zijn, welke hypotheeken batig of niet batig gerangschikt zijn en alzoo voor het geheel of gedeeltelijk blijven bestaan, en verder welke ten gevolge dier rangregeling doorgehaald moeten worden. De wetgever schijnt dit ook zelf te willen, daar hij den schuldeischer verplicht te deponeren ter griffie, opdat de regter zou aanwijzen, wie en tot welk bedrag ieder op de kooppenningen gerechtigd is. Indien hij gewild had, dat de schuldeischer het regt zoude hebben, om de verdeling daar te stellen, zou het depôt niet gevorderd zijn. Hij is het toch ook niet, die er belang bij heeft,

om de doorhaling der hypotheeken te vorderen, hij is voldaan en heeft niets meer te vorderen. Waaruit ontleent hij die regten, om zoo maar eigendunkelijk over het regt van zijne medeschuldeischers te beschikken, om de doorhaling van hun niet minder heilig regt te vorderen?

't Is waar de koper heeft betaald en moest volgens de wet betalen, en hoe hard het ook moge schijnen, dat zijn goed, niettegenstaande die betaling, bezwaard blijft, zoo kan men toch niet daarom zoo maar doorhaling van hypotheeken vorderen, zonder zelfs degene, wier regten daarmede gemoeid zijn, te hooren. Men laat zich te veel wegslepen om voor de belangen van den eersten hypotheekhouder te zorgen en verliest ten eenemale de regten der overige schuldeischers uit het oog. De koper dan doet eene rangregeling houden, hij heeft er belang bij, dat zijn goed van hypotheeken worde gezuiverd. Heeft de schuldeischer niet of niet genoegzaam gedeponcerd, de koper kan hem door gewone regtsmiddelen dwingen, hetzij dan om te deponeren, hetzij tot betering van zijn depôt. Hij, die niet genoeg deponeert, deponeert in juridischen zin niet <sup>1)</sup>. De gewone gang van dit artikel dan is deze: de eerste hypotheekhouder, na den verkoop gehouden en den koopschat ontvangen te hebben, betaalt zich zelve uit de hoofd-

1) Mr. A. DE PINTO, Regtsv., § 350 en 351; OUDEMAN, Regtsv., 2<sup>e</sup> Deel, § 85, bl. 172; Regtsgeleerde Adviezen, derde verzameling, bl. 133.



som en renten, na aftrek der kosten, en deponceert het overige ter griffie. Is er niet genoeg gedeponceerd of in het geheel niet, men dwinge hem daartoe. Daarna wordt er eene rangregeling over het overschot der koopenningen gehouden, de hypothecken, die niet batig of gedeeltelijk batig zijn gerangschikt vervallen of voor het geheel of gedeeltelijk en alsdan wordt aan den kooper het bedrag daarvan terug gegeven, tenzij de schuldeischers van hun regt gebruik maken, voor zoo verre de inschrijvingen slechts gedeeltelijk batig zijn gerangschikt, om de betaling dadelijk te vorderen; Art. 1257, 2<sup>e</sup> lid B. W. Zoo keert alles tot het gewone regt terug, zonder dat men noodig heeft aan den eersten hypotheekhouder die buitengewone en willekeurige beschikkingen te geven, of ook in de van den kooper gevorderde betaling eene vierde manier te zien, waarop hypothecken te niet gaan. Er bestaat dus geen strijd tusschen het Burgerlijk Wetboek en dat van Burgerlijke Regtsv. Zoo die strijd mogt bestaan, ik zoude niet twijfelen om aan dit laatste de voorkeur te geven, niet omdat het later is geregeld, want alle wetboeken hebben gelijke kracht, het eene derogeert niet aan het andere en de dag van invoering en verbindbaarheid is voor allen gelijk; maar omdat in de Regtsv. de bepalingen van het Burgerlijk regt hunne *toepassing, wijziging, uitbreiding of beperking* vinden 1). De Heer DE PINTO, Themis, 7<sup>e</sup> jaargang, bl. 117, bestrijdt dit gevoelen, in deze bewoordingen:

---

1) R. Bijblad, 3<sup>e</sup> Deel, bl. 67.

» dat het W. van B. R., dat den vorm regelt, dienen  
 » moet, om de bepalingen van het stellig regt, en dus  
 » ook die van het B. W. *toe te passen*, zal wel door  
 » niemand worden tegengesproken; maar juist daarom  
 » ook, kan het onmogelijk worden gebezigd als middel  
 » om te vernietigen, af te schaffen of buiten werking  
 » te stellen die voorschriften van het B. W., die het  
 » geroepen is, *toe te passen*. En dat het ooit in den aard  
 » of het doel kan liggen van een wetboek van regtsvor-  
 » dering om te *wijzigen, uit te breiden* of te *beperken* de  
 » voorschriften der stellige wet, die eene geheel andere  
 » strekking hebben, en waarmede het niets anders ge-  
 » meens heeft, dan dat het die in praktijk moet brengen,  
 » en daaraan het leven geven; dit meen ik met vertrouwen  
 » te mogen ontkennen." Hoe waar deze bewoordingen  
 misschien ook in jure constituendo mogen zijn, zoo heeft  
 men toch mijns inziens voor oogen te houden, dat het  
 W. v. B. Regtsv. even als het Edict van den Romein-  
 schen Praetor, de *viva vox juris civilis* is, waarin de  
 bepalingen van het stellige regt, niet alleen hunne toe-  
 passing, maar ook hunne beperking, wijziging en uit-  
 breiding vinden. Dat ook bij ons het W. v. B. Regtsv.  
 in dien geest wordt beschouwd, laat zich gemakkelijk  
 bewijzen. Men heeft toch maar dat wetboek op te slaan  
 en wel bepaaldelijk het derde Boek, den zesden Titel,  
 waar de bijzondere regtsplegingen worden behandeld,  
 om zich van de waarheid er van te overtuigen. Ik  
 zal dit met eenige voorbeelden staven:

1°. Het B. W. geeft aan ouders, voogden, sommige  
 bloedverwanten enz. het regt, om zich tegen het voor-



genomene huwelijk van hunne kinderen, pupillen enz., in de bij de wet bepaalde gevallen, te verzetten, of, zooals de wet spreekt, het te stuiten. Maar de plaats waar de stuiting moet geschieden, 't geen de akte van stuiting moet inhouden enz., dit alles vinden wij bij het W. van B. R. bepaald, art. 801 B. Regtsv. volgg.

2°. Het B. Wetboek verleent aan de vrouw het regt, om scheiding van goederen in bepaalde bij de wet uitgedrukte gevallen, te vragen. Den weg, welken de vrouw daarbij heeft te bewandelen, de formaliteiten die daarbij moeten in acht genomen worden, vinden wij wederom in het W. v. B. Regtsv. art. 804 volgg.

3°. Het B. Wetboek verleent aan de echtgenooten het regt, om in de bij de wet bepaaldelijk uitgedrukte gevallen, echtscheiding te vragen. Maar welk verzoekschrift de echtgenooten daartoe moeten indienen, de inhoud daarvan, de manier verder waarop tot de echtscheiding gekomen wordt, dit alles vinden wij wederom in het W. van B. Regtsv. art. 816 volgg.

Ik zou meerdere voorbeelden kunnen aanhalen, maar houd dit voor doelloos. Maar hoe kan men dan zeggen, dat het W. van Burg. Regtsv. niet het B. W. wijzigt, uitbreidt en beperkt? Of is het geene wijziging of beperking, wanneer, nadat het B. W. gezegd heeft, dat de bijstand van den man in eene regtsvordering tot scheiding van goederen voor de vrouw niet noodig is (art. 166 B. W.), het W. v. B. Regtsv., art. 804, bepaalt, dat de vrouw dit niet mag doen zonder autorisatie van den President der Regtbank, en omgekeerd eene uitbreiding, wanneer art. 807 W. v. B. Rv. aanwijst, hoe

de scheiding openbaar zal moeten bekend gemaakt worden, terwijl het B. W. toch alléén in art. 242 bevolen had, dat de eisch tot scheiding openlijk bekend moet worden gemaakt. En zoo is het op vele plaatsen. Men kan eene aanhaling van artikelen daaromtrent zien bij Mr. J. VAN HALL, Handleiding, 4<sup>e</sup> stuk, § 26, bl. 37.

§ 10. OVER DE KOSTEN.

Art. 510 B. Rv. bepaalt, dat de schuldeischer, na aftrek van hoofdsom, interessen en kosten het overschot ter griffie moet overbrengen. Nu ontstaat de vraag, zijn onder het woord *kosten* ook die begrepen, welke door andere schuldeischers, tot uitvoering van hun regt gemaakt zijn, of moet men daaronder alléén die verstaan, welke door den eersten hypotheekhouder zijn gemaakt?

Art. 1195 n<sup>o</sup> 1, B. W. plaatst de geregtskosten als eerst bevoorregte schulden op al de roerende en onroerende goederen in het algemeen, zelfs boven pand en hypotheek. Wanneer de eerste hypothecaire schuldeischer niet concurreert met andere schuldeischers, is de zaak zeer eenvoudig, hij verhaalt de door hem gemaakte kosten tot uitvoering van zijn regt. Maar wanneer het goed door anderen in beslag genomen is en, volgens art. 508 B. Rv. en volgg., door den eersten hypotheekhouder de executie is gestuit, waarop moeten dan die kosten van executie verhaald worden? 't Is waar, de eerste hypotheekhouder heeft er geen belang bij, zij zijn niet in zijn voordeel gemaakt, de overige schuldeischers hebben er zich niet over te beklagen, want



zij wisten dat hij de executie kon stuiten <sup>1)</sup>, maar dit neemt niets weg van de algemeene bepaling van art. 1193 B. W., in het licht der beraadslagingen beschouwd, als wanneer alle deze bezwaren wel degelijk overwogen en voorzien zijn. Wanneer de schuldenaar meerdere goederen heeft, zullen deze natuurlijk ook in de kosten naar evenredigheid moeten bijdragen, indien het uitgewonnen goed niet zooveel heeft opgebracht, dat ze daarop alle kunnen verhaald worden. De billijkheid schijnt mij toe ook geene andere oplossing mede te brengen; want een schuldeischer moet niet meer geld op het goed geven dan eene som, welke, behalve kosten van uitwinning, daarop verhaald kan worden, en, indien men aan den eenen kant wil, dat de overige schuldeischers uit de registers hebben kunnen vernemen, dat er een eerste hypotheekhouder was met het beding van art. 1223 B. W. en dus in staat om de begonnene executie te stuiten; zoo kan men aan de andere zijde met even veel regt zeggen, dat de eerste hypotheekhouder ook uit de registers kon zien, dat er meerdere hypotheekhouders waren, die hun regt kunnen uitvoeren en kosten maken. De uitlegging is niet in strijd met het beding, dat gemaakt is, om de kosten van geregtelijke uitwinning uit te sparen; want juist zijn deze artikelen in de B. Regtsv. opgenomen, om de regten van den onherroepelijk gevolmagtigden met die van andere schuldeischers in geval van inbeslagneming in overeenstemming te brengen en om de geregtskosten verder te

1) PUTTKAMMER, Advies, bl. 13, 14, 15.

voorkomen, door de executie te stuiten. De meesten zijn dan ook van gevoelen, dat men onder *kosten* in art. 510 B. Rv. moet verstaan, *alle kosten* 1). De Heer v. D. KEMP, Dissert., bl. 31, meent, dat art. 4195 B. W. hier niet van toepassing is, omdat daar het geval behandeld wordt, dat het goed, wegens schuld wordt uitgewonnen en art. 508—510 B. Regtsv. slechts dient om de begonnen executie te stuiten; verder, dat de schuldeischer die begonnen is het goed te executeren, zelf de kosten moet betalen, maar die van den schuldenaar kan terugvorderen. Men kan, dunkt mij, hierop met regt antwoorden, dat toch in beide gevallen sprake van uitwinning is, dat art. 4195 B. W. niet spreekt, dat de geheele executie moet zijn afgeloopen. Bovendien de hypotheek is immers op het goed gevestigd ten gevolge en verzekering van inschuld. De schuldenaar heeft verder de kosten ook niet te betalen, maar zij moeten op het goed verhaald worden. De eerste hypotheekhouder begint met alle kosten te betalen en daarna zich zelf hoofdsom en renten te voldoen. De bepaling van art. 4195 B. W. is algemeen en laat geene willekeurige uitzondering toe.

§ 11. IS DE CURATOR IN EEN' FAILLIETEN BOEDEL PRAEFERENT BOVEN DEN EERSTEN HYPOTHEEKHOUDER?

Het beginsel, dat de beleener of pandhouder geen

1) DE LANGE, Themis V, bl. 146; DIEPHUIS, Deel 5, bl. 645, § 985; OUDEMAN, Regtsv., 2e Deel, bl. 176, § 86; DE PINTO, Regtsv., § 351, bl. 589; VAN EELDE, Regt en Wet, 2e Deel, bl. 392. Anders PUTTKAMMER, Advies, bl. 12, 14, 55.



nadeel in de uitoefening van zijne regten behoort te lijden, ter zake, dat de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard, gaf aanleiding, dat de artt. 854, 855, 856 in het Wetboek van Koophandel zijn ingevoegd. Hetzelfde beginsel ligt ten grondslag bij art. 858 W. v. K. volgg., alwaar bepaald is, dat de onherroepelijk gemagtigde met het beding van art. 4223 B. W. zijn regt kan uitoefenen, als of er geen faillissement heeft plaats gehad. Bij art. 865 W. v. K. vervolgens wordt bepaald, dat de curators, als eerstbevoorregte schuldeischers, op de geheele opbrengst worden gerangschikt, voor de kosten op het faillissement gevallen, hun loon daaronder begrepen. Nu ontstaat de vraag: is de eerste hypotheekhouder, die volgens art. 858 W. v. K. verkocht heeft, bevoorregt boven den curator in een' faillieten boedel? Het spreekt van zelf, dat deze vraag zich slechts dan kan voordoen, wanneer er geene andere goederen, dan die bezwaard zijn in eene failliete massa worden gevonden en de roerende goederen niet voldoende zijn, om daaruit de kosten te verhalen. De Regtbank van Heerenveen, in een vonnis van 28 Junij 1842 en evenzoo de schrijver in de Regtsgelerde Adviezen, tweede verzameling, bl. 194, hebben die vraag bevestigend beantwoord 1). Ik meen die vraag ook toestemmend te moeten beantwoorden en zal in het ontwikkelen der gronden, de geopperde bedenkingen zoeken te wederleggen. Mijn gevoelen berust

---

1) Van een tegenovergesteld gevoelen zijn: Mr. A. DE PINTO, W. v. Kooph., 2<sup>e</sup> stuk, 2<sup>e</sup> Deel, bl. 511, § 621; PUTTKAMMER, Advies, bl. 55, 56, 57; ASSER cum Sociis, op art. 858, W. v. K.; v. D. KEMP, Dissertatie, bl. 31 volgg.

voornamelijk op dezelfde motieven als door de Regtbank van Heerenveen en den schrijver in de Regtsgeleerde Adviezen zijn aangenomen. Zij zijn deze:

1°. De woorden van art. 858 W. v. K.: »*Kan de hypotheccaire schuldeischer zijne regten uitoefenen, alsof er geen faillissement had plaats gehad.*» Deze woorden kunnen toch in een' gezonden zin niets anders beteekenen, dan dat de schuldeischer, niettegenstaande het faillissement, bevoegd blijft het goed te verkoopen, zonder aan de termijnen en formaliteiten, bij een faillissement bepaald, gehouden te zijn. Het ziet dus op de vorm van uitvoering van regt, niet op het regt zelf. Buiten dien kan ook de bedenking, dat de schuldeischer niets met het faillissement te maken heeft, niet altijd met regt toegepast worden. Want door het faillissement worden alle schulden opvorderbaar (W. v. K. art. 778) en zal dus een schuldeischer, die slechts een eventueel regt had, een dadelijk opeischbaar regt verkrijgen. Is het dus niet door het faillissement, dat hij dikwijls in staat wordt gesteld zijn regt uit te oefenen? Hoe is het dan in dit en dergelijke gevallen mogelijk, dat hij handele, als of er geen faillissement had plaats gehad?

2°. De woorden van art. 863 W. v. K.: »*op de geheele opbrengst.*» Tot de geheele opbrengst der goederen behoort toch ook zeker de opbrengst der met hypotheek belaste goederen, want hoewel iemand zijn goed bezwaart of met hypotheek belast, blijft hij desniettemin eigenaar; hij behoudt alle regten, aan den eigendom verbonden en geen er van gaat tot den hypotheekhouder over. Ofschoon dan ook al art. 859 in



verband met art. 855 W. v. K. moge zeggen, dat de hypothecaire schuldeischer slechts verplicht is, om de opbrengst van het verkochte voorwerp aan de curators te verantwoorden, met uitkeering van hetgeen die opbrengst het verschuldigde met interessen en kosten te boven gaat, zoo neemt dit niet weg, dat wanneer art. 863 W. v. K. van de geheele opbrengst in het algemeen spreekt, daaronder zoowel de opbrengst van de met hypotheek belaste als andere goederen begrepen is. Eerst wanneer het geheele bedrag hiervan is opgemaakt, kan de vraag ontstaan: *wie daarop het eerst bevoorrecht zijn* en art. 863 W. v. K. geeft daarop het antwoord: *de curators*.

3°. En wel voornamelijk art. 4195 B., W. n°. 4. Dit artikel toch bepaalt, dat de geregtskosten bevoorrecht zijn op alle roerende en onroerende goederen in het algemeen, zelfs boven pand en hypotheek. Van de al of niet toepasselijkheid van dit artikel hangt alles af. Zij, die zulks ontkennen, redeneren aldus: de geregtskosten zijn daarom alleen bevoorregte schulden, omdat zij in het belang van alle schuldeischers, en tot behoud des boedels gemaakt zijn. Bij den hypotheekhouder nu faalt die reden, want hij heeft niets te maken met die kostbare handelingen, hij heeft en vervolgt zijn recht op het goed zelf, in welke handen dit ook moge overgaan. Het gehypothekeerde goed behoort slechts in schijn tot den boedel, men kan het als vervreemd beschouwen, volgens den algemeenen regel »*tantum alienatum, quantum hypothecatum*." Van veel gunstiger positie verder is nog de toestand van den onherroepelijk-gevolmag-

tigden. Voor hem is het faillissement eene onverschillige zaak, want hij vervolgt, volgens art. 858 W. v. K., zijn regt, als of er geen faillissement had plaats gehad. Voor hem is het bestaan van curators geheel onverschillig, zooals ook alle die verdere formaliteiten tot bewaring van den boedel. Die leer eindelijk, zegt men, is uitdrukkelijk door de Regering bekrachtigd <sup>1)</sup>, op eene door de derde afdeeling geopperde vraag: of de pandhouder of beleener, die het zijne uit de opbrengst terughoudt, echter niet verplicht is pro rata te dragen, in de nog meer geprivilegieerde vorderingen, die van de beredding des boedels. (Men dacht aan art. 4185, n°. 4 en art. 4495, n°. 4, B. W.). » Men gelieve op te merken, » antwoordde de Regering, dat, bij de herziening van den » achttienden titel van het 2<sup>le</sup> boek B. W., pand niet » onder de geprivilegieerde schulden is opgeteld. Daar » uit volgt, dat de pandhouder niets gemeens heeft met » den boedel, voor zooverre hij het aan hem verschuldigde, nevens interessen en kosten op het pand kan verhalen. Hij kan derhalve nimmer in de gelegenheid » zijn, tot de kosten bij te dragen, dan voor zooverre hij » voor het te kort schietende concurrent schuldeischer is » geworden." Alhoewel de regering dit op art. 855 W. v. K. gezegd heeft, is het ook op art. 858 W. v. K. van toepassing, daar dit artikel hetzelfde regt aan den eersten hypotheekhouder, als art. 858 W. v. K. aan den pandhouder gegeven heeft. De Tweede kamer heeft vervolgens dit artikel onveranderd aangenomen en alzoo schijnt de

1) VOORDUIN, 10<sup>e</sup> Deel. W. v. K., 3<sup>e</sup> Deel, bl. 798.



meerderheid der Kamer zich met het gevoelen der Regering te hebben vereenigd. Deze zijn de gronden, die men voor de niet toepasselijkheid van art. 4195 n°. 4 B. W. aanvoert.

Met meer regt, meen ik, dat men daartegen aan kan voeren het stellige voorschrift van art. 4195, n°. 4 B. W., dat geregtskosten, uitsluitend veroorzaakt door uitwinning en boedelredding als eerst bevoorregte schulden verklaart op alle roerende en onroerende goederen in het algemeen. Hiertegen baat niet, dat men zegt, dat de hypotheekhouder niets met het faillissement te doen heeft en er niet door gebaat wordt. Dit beweren is bovendien ook nog onjuist. Indien hij toch op het verbondene goed, zijne geheele schuld niet kan verhalen, treedt hij voor het overige als concurrent schuldeischer op (art. 855 W. v. K.). Worden dan ook niet voor hem de kosten van verificatie en vereffening des boedels gemaakt? De tegenwoordigheid en benoeming van eenen curator is verder voor den hypotheccairen schuldeischer ook van belang; of heeft hij er geen belang bij, dat er iemand zij, die den boedel vertegenwoordigt en is het niet aan de curators, dat hij het overschot moet uitkeeren? Als eene toepassing verder van art. 4195, n°. 4 B. W. lezen wij in art. 863 W. v. K. »dat de curators als eerst bevoorregte schuldeischers op den geheelen boedel gerangschikt worden.» Al die bedenkingen verder zijn bij de beraadslaging over art. 4195, n°. 4 B. W. gopperd; men heeft alles wel overwogen en voorzien. Hooren wij slechts den Heer QUINTUS, bij VOORDUIN, 4<sup>e</sup> Deel, bl. 402. Na den inhoud van de artikelen en

veranderingen, die zij in de verschillende wetsvoordragten hebben ondergaan, opgesomd te hebben, zegt hij: »Maar de geregtskosten van boedelredding, van administratie en liquidatie der overige goederen van den schuldenaar zijn geheel vreemd aan de uitwinning van het pand, of het verhypothekeerde goed, als welks uitwinning, krachtens het zakelijk regt door den schuldenaar aan den pand of hypotheekhouder op dit goed toegestaan, door den schuldcischer zelven en in allen gevallen, in de eerste plaats te zijnen behoefte moet plaats hebben, want aan hem is het pand, aan hem is de hypotheek gegeven tot zekerheid van zijne vordering boven alle anderen. Dit is het doel des kontrakts, dit is het regt daaraan verbonden, dit moet dus ook deszelfs uitkomst zijn.»

»Intusschen ontneemt de bijgevoegde bepaling deze zekerheid, door aan de kosten van boedelredding, op welker hoegrootheid geen peil is te trekken, den voorrang onbepaaldelijk te verleenen.»

Vervolgens noemt die spreker eene menigte bezwaren op, en zegt ten slotte (bl. 405): »Men zegge niet, dat dit de geest en het doel van het artikel (1195 n°. 1) niet zij; want daar geene duisterheid in de wet bestaat, behoeft men niet naar deszelfs geest en doel te zoeken. De regels van uitlegging brengen immers mede, dat wanneer de woorden der wet in hunne natuurlijke beteekenis genomen, een' duidelijken grammaticalen zin opleveren, alle andere uitleggingen daarvoor moeten wijken en niet te pas komen. En die woorden zijn eenvoudig en duidelijk: deze hebben



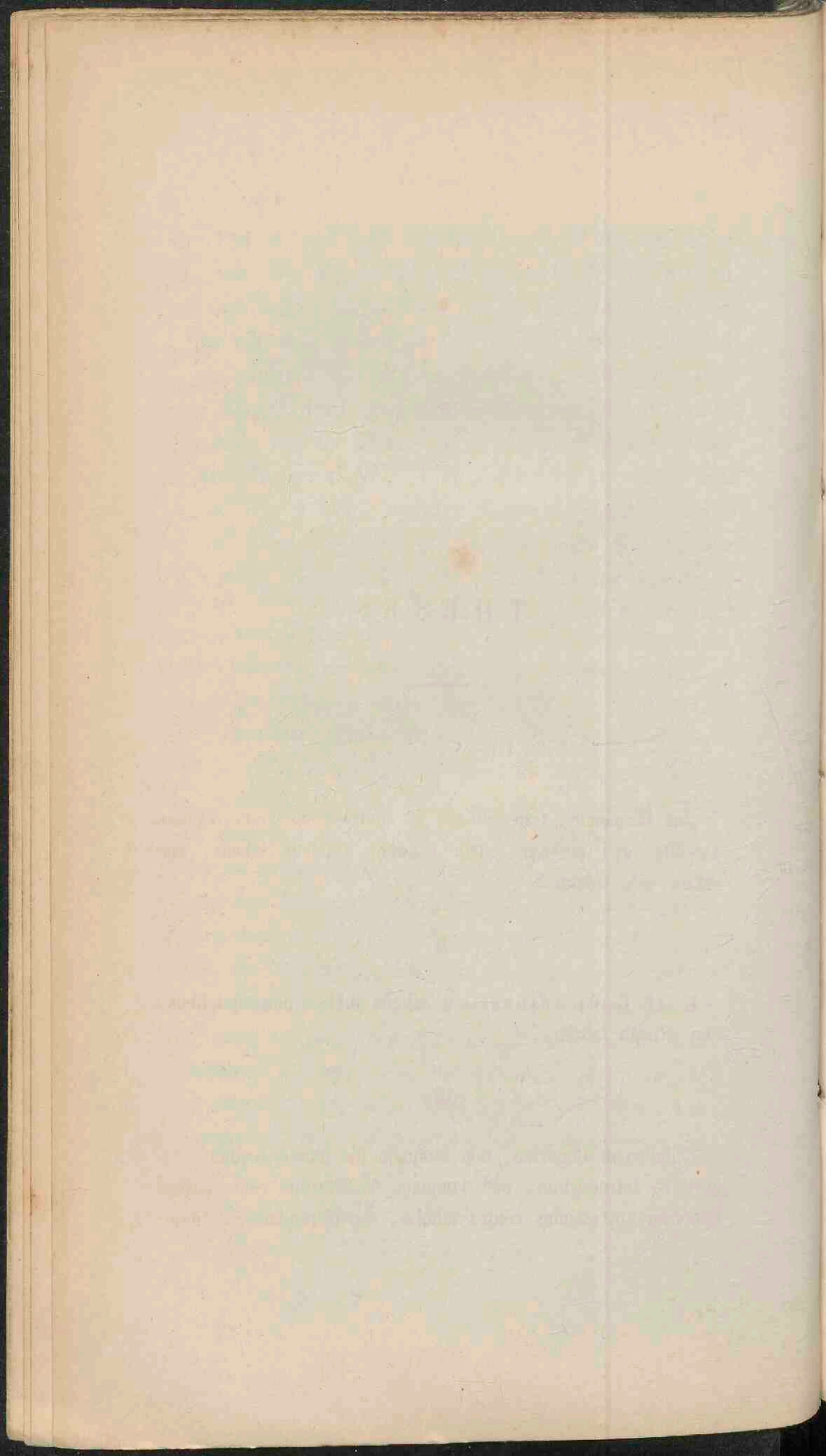
»voorrang boven pand en hypotheek, zij zonderen geen »geval uit, zij zijn onvoorwaardelijk.» Het antwoord der Regering daarop, bij monde van den Heer DONKER CURTIUS <sup>1)</sup> is geheel in strijd met het antwoord op art. 855 W. v. K. gegeven en ontneemt daaraan, mijns inziens alle kracht. De wet heeft in art. 4195, n°. 4 B. W. niet willen onderscheiden tusschen gewone hypotheek en hypotheek met onherroepelijke volmagt om te verkoopen. Het antwoord der Regering op art. 855 W. v. K. is even zoo goed op pand als hypotheek toepasselijk. Bij den pandhouder is het buiten allen twijfel, want ten zijnen opzichte valt art. 4195, n°. 4 B. W. niet weg te cijferen, en zal men nu uit het gezegde der Regering onderscheid tusschen den pandhouder en den onherroepelijk-gevolmagtigden mogen maken, uit een gezegde bovendien, dat hoe dan ook te verklaren, in volstrekten strijd is met de beraadslagingen op het algemeene artikel 4195 B. W.? Neen; waar de wet niet onderscheidt, mag men geene willekeurige onderscheiding aannemen. De noodzakelijkheid eindelijk dwingt er ons toe, om zoodanige uitlegging aan de wet te geven en den curator boven den eersten hypotheekhouder praefereent te stellen. De failliete massa kan toch niet voortdurend zonder beheer blijven en overgegeven worden aan de willekeurige regtsvervolging van elken individuëlen schuldeischer. Want welke curator zou zich nog met de beredding van eenen boedel willen belasten, waarvan het gevolg kan zijn, dat hij de kosten uit zijnen eigene

---

1) VOORDUIN, t. a. p., bl. 412 volg.

middelen zal moeten betalen? Men kan toch in de meeste massa's niet a priori zien, of en in hoe verre dit zal kunnen plaats hebben. De boedels zullen dan onbeheerd en onberedderd blijven, tenzij men den curators behoorlijken waarborg geve hunne onkosten terug te krijgen. Er bestaat dus geen strijd noch uitzondering tusschen art. 858 volgg. W. van K. en den algemeenen regel van art. 1195, n°. 1 B. W. 't welk de kosten van uitwinning en boedelredding, dus ook van faillissement, als eerst bevoorregte schulden plaatst op de opbrengst van al de roerende en onroerende goederen, zelfs boven pand en hypotheek.





## T H E S E S.

---

### I.

Jus Romanum, transactiones de controversiis, quae ex testamento oriri possunt, etiam nondum inspectis tabulis, non vetare mihi videtur.

### II.

L. 18 C. de transact. a delictis publicis non capitalibus, non exceptit falsum.

### III.

Collationem Bonorum, non tanquam jus merae aequitatis, a praetore introductum, sed tanquam necessarium consecrarium Bonorum possessionis contra tabulas, considerandam esse puto.



IV.

Conjectura BILDERDIJKII (Observat. et Emendation. lib. un. Lugduni Batavorum, 1819. Cap. 8, 9, et 40) ad l. 69 D. pro socio, quamvis ingeniosa, tamen mihi non probanda videtur.

V.

TRIBONIANUS in § 31, I. de Actionibus, rei vindicationem ab actionibus arbitrariis excludere noluit.

VI.

Facio cum PUCHTA (Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft, B. 12, Heft. 2, pag. 220) Legem 7, § ult. D. de distractione pignorum et hypothec. ita esse legendam: *»quaeritur, si pactum sit a debitore, ne liceat creditori hypothecam vendere vel pignus»* et in fine *»et certum est, nullam esse pactionem, ut venditioni stetur.»*

VII.

Errat PUTTKAMMER (Advies over de vraag: hoe kan zonder gevaar geld op hypotheek worden geplaatst? Leeuwarden 1845) pag. 8 in fine, dicens de pacto art. 1223<sup>b</sup> C. C.: *»Dat beding is, onzes inziens de voorwaardelijke overdracht van de eigendomsregten op den schuldeischer.»* etc.

VIII.

Non solum primo creditori hypothecario datur facultas pacti

art. 1223<sup>b</sup> C. C. faciendi, sed etiam secundo vel insequenti creditori, in tempus quo primus creditor evasurus sit.

IX.

Pacta, quae praeter ea, quae a legislatore admissa sunt, hypothecis adduntur, nullam habent vim, nisi inter paciscentes ipsos.

X.

Pactum art. 1254<sup>b</sup> C. C. abundat.

XI.

Art. 510 C. de meth. proc. in causis civ. non continet quartum hypothecarum exstinguendarum modum.

XII.

Judex Cantonnalis debet adesse venditioni, a primo hypothecario creditore, ex pacto art. 1223<sup>b</sup> C. C. habitae, si plures sunt inscripti creditores hypothecarii.

XIII.

Primus hypothecarius creditor, qui usus est pacto art. 1223<sup>b</sup> C. C., debitore deinde obaerato, in ordinatione postponendus est curatorii.

XIV.

Simplex ac duplex vinculum (vulgo *enkel* en *dubbel verband*) origine nihil aliud fuit, nisi electio juris legitimae successionis ab intestato.



XV.

Decreto Napoleontico 24 Januarii 1812, non introducto, fideicommissa in patria nostra fuissent abolita.

XVI.

Per verba *premier appelé* in Decreto Nap. 24 Jan. 1812, indicatur is, qui tempore introducti Codicis secundum ordinem devolutionis, proximam habebat fideicommissi expectationem.

XVII.

Ex Decreto Nap. 24 Jan. 1812 primus appellatus (*premier appelé*) nunquam potest plus accipere, quam quod ei in testamento est datum.

XVIII.

Improbanda est interpretatio extensiva ab analogia in art. 17 C. Crimineel Wetboek voor het krijgsvolk te lande, *judici militari concessa*.

XIX.

Minus recte *rossi* (*Droit pénal, Introduction chap. II, § 2*): » La division des actes punissables en crimes, délits et contraventions, division tirée du fait matériel et arbitraire de la peine, révèle à elle seule, ce nous semble, l'esprit du code et du législateur. C'est dire au public: Ne vous embarrassez pas d'examiner la nature intrinsèque des actions humaines;

—  
regardez le pouvoir: fait il couper la tête à un homme, concluez-en, que cet homme est un grand scélérat.”

XX.

Prudenter RAUTER, Droit Criminel, Introduction p. 31:  
» La peine de mort est donc licite, si elle est nécessaire”,  
cui assentior.

XXI.

Poena infamiae abolenda est.

XXII.

Censura orationis, ad Ordines Generales a Rege habitae,  
libera esto.

XXIII.

De maatregel, om papierengeld of ander ruilmiddel, waarvan de waarde in den omloop gedaald is, tegen de nominale waarde voor goed geld in te wisselen, is noch met de regtvaardigheid noch met het algemeen belang overeentebrengeu.

XXIV.

De instellingen, om hypothekeu op vast goed te verschaffen, gewoonlijk hypotheekbanken genoemd, zijn in vele opzigten aanbevelenswaardig.

XXV.

Het Groninger Beklemregt is bevorderlijk voor den landbouw.

---